



IURA

REVISTA JURIDICA



UNIVERSIDAD PRIVADA ANTEÑOR ORREGO
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

OCTUBRE 2000

Revista Oficial de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas



Pedro Planas Silva - Adolfo Alvarado Velloso - Guillermo Guerra Cruz
Víctor Julio Ortecho V. - Carlos H. Angulo Espino - Carlos Castañeda C.
Luis Reyes Sánchez - Alejandro Quispe Villanueva - Víctor Chanduví C.
José R. Ferradas - Humberto Henríquez Franco - Francisco José Falcón

La Conciliación como medio para solucionar Conflictos de intereses *

ADOLFO ALVARADO VELLOSO

Profesor titular de las Universidades de Buenos Aires y Rosario de Santa Fe

I. CONCEPTOS PREVIOS

1. Desde que el hombre asume en plenitud su condición de tal —ignoramos cuándo pudo ocurrir ello— se le presentan tres grandes problemas, algunos de los cuales aún permanecen insolubles: los relativos a su existencia, subsistencia y convivencia.

Los primeros —de existencia: qué es, de dónde y para qué viene, hacia dónde va— generan interrogantes que el ser humano no puede responder a un puro nivel racional; de tal modo, en la desesperada y al mismo tiempo esperanzada búsqueda de una respuesta, la concibe intelectivamente, la acepta y comienza a creer en ella. Hallamos aquí los atisbos de cualquiera idea religiosa.

Los segundos —de subsistencia— aparejan el necesario manejo de los medios de producción (latamente concebidos, en cuanto a alojamiento, alimentación, etc.), cuya reiteración en el tiempo derivará en el nacimiento de lo que hoy puede conocerse con el nombre de economía.

Los últimos —de convivencia— aparecen con la idea de conflicto y son resueltos mediante una respuesta que la sociedad —no el individuo— crea a través del derecho y que se concreta mediante un acto político de elección entre alternativas que se plantean conforme las ideas filosóficas imperantes en un lugar y tiempo determinados.

Ya que esto último es lo que interesa fundamentalmente a lo fines de este trabajo, preciso es que nos detengamos en el tema e intentemos bosquejar el concepto de conflicto.

2. Parece obvio sostener que en la hipótesis básica de *un hombre viviendo en soledad* —Robinson Crusoe en su isla— cualesquiera fueren el momento histórico y el lugar en el espacio

en que ello ocurriera, tiene al alcance de su mano, a su sola y absoluta disposición, todo bien de la vida suficiente para satisfacer sus exigencias o apetitos de subsistencia. De tal modo, puede sostenerse que carece de la posibilidad de entrar en conflicto —por ausencia de otro hombre— y, por tanto, no puede concebir la idea que la actual sociedad tiene del derecho.

En el mismo instante en el cual al hombre que existe solitario se le agrega la presencia de otro hombre, ocurre un fenómeno que, a nuestro juicio, marca el hito del nacimiento del derecho: *de vivir en soledad, el hombre pasa a vivir en sociedad*. Y ello trae como consecuencia ineludible la existencia de una interacción entre los coasociados que, desgraciadamente, de modo inevitable derivará en conflicto.

No creemos que nadie sepa cuál pudo ser el primer conflicto en la noche de los tiempos. Imaginamos, sin embargo, que en algún momento de la historia de la humanidad un mismo y único bien de la vida existente en la naturaleza serviría para atender las necesidades de subsistencia de —por lo menos— dos coasociados.

Fácil es colegir que sin conocerse aún el concepto de solidaridad y rigiendo en la incipiente sociedad —por lógica— el más crudo egoísmo, producto elemental de las precarias condiciones de vida en las cuales se desenvolvían sus componentes, aquel único bien no se repartiera sino que fuera tomado por uno de los coasociados, a quien —por razones obvias— identificamos como el más fuerte.

Creemos, así, que la fuerza —como acto material de violencia— prevalecía en el grupo haciendo omnimoda la voluntad del más fuerte sobre la voluntad del débil, quien quedaba en una suerte de estado de angustiosa insatisfacción, obviamente disvaliosa para la existencia misma del grupo.

En otras palabras y siempre en el terreno de las suposiciones, esbozando ahora el anunciado concepto: cuando un sujeto —coasociado— pretendía para sí y con exclusividad cierto bien de

(*) Estudio efectuado en homenaje al Dr. ANTONIO CASTIGLIONE.

la vida, intentaba implícitamente someter a su propia voluntad una o varias voluntades ajenas —de otro u otros coasociados—. En caso de lograrlo, satisfacía su exigencia —pretensión— aun a riesgo del descalabro del grupo mismo.

En el supuesto de no lograrlo, si frente al requerimiento del imperativo “dame”, la respuesta no era “te doy” sino, por lo contrario, “no te doy”, resulta que la *pretensión quedaba insatisfecha* por la aparición contemporánea de una *resistencia*.

Aunando las dos hipótesis, podemos decir ya que la coexistencia de una pretensión y de una resistencia acerca de un mismo e individualizado objeto en el plano de la realidad social, conforma un *conflicto intersubjetivo de intereses*.

Claro está, cuando el grupo se convierte en sociedad y ella se amplía y transforma en Estado, también se agranda —y notablemente— el campo conflictual. Ya no se trata del simple juego del “dame” y “no te doy” sino, por ejemplo, de una desinteligencia contractual y de saber, tal vez, si hay incumplimiento de un pacto, si el incumplimiento es de buena o mala fe, si es dañoso y en su caso cómo puede medirse el daño, etc.

3. Así planteada la noción de *conflicto* como existente en la realidad social y a consecuencia inmediata de la formación del grupo, veamos si es posible resolverlo por medios diferentes del uso de la fuerza, a la que hay que desterrar de modo imprescindible para lograr la sobrevivencia de la sociedad misma como tal.

Descartando que el triunfo de David en su desigual lucha contra Goliat es una mera anécdota en la historia, desconocemos —y creemos que hay total imposibilidad de saberlo— cómo hizo el débil para convencer al fuerte de utilizar un medio pacífico y no violento de solución de los conflictos. En otras palabras: cómo hizo para lograr que la fuerza de la razón sustituyera a la razón de la fuerza, reemplazando el brazo armado por la palabra, que ostenta la innegable ventaja —como medio de discusión— de igualar a los contendientes.

4. Y así, al nacer y aceptarse por los coasociados la *posibilidad de diálogo*, cómo se habrán compuesto los conflictos en ese momento de la historia?

A nadie escapa que, en un plano racional lógico, la respuesta a tal interrogante surge rápidamente: un conflicto puede resolverse sólo si los

interesados abandonan la discusión a base de una de estas tres posibles soluciones:

a) el pretendiente renuncia unilateralmente al total de su pretensión;

b) el resistente renuncia unilateralmente al total de su resistencia;

c) ambos contendientes renuncian simultáneamente en parte a cada una de las soluciones a las cuales aspiraban al entablarse el conflicto.

En todos estos supuestos cabe decir que los *interesados han conciliado sus intereses*, utilizando el vocablo en su preciso significado castizo: componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí, conformar dos o más proposiciones contrarias.

De tal modo, la conciliación se presenta, al menos por ahora, como un modo eficiente para lograr la *autocomposición* de un conflicto, a la cual se llega —como es obvio— por la espontánea actividad de los propios interesados (advíertase que esta conciliación es, en rigor, un resultado). Sin embargo, la conciliación puede traducirse también en un *medio* para lograr una *heterocomposición*, es decir, una solución del conflicto a la cual se llega gracias o merced a la actividad desarrollada por un tercero ajeno a la interacción que ya hemos presentado (como la suma de una pretensión más una resistencia) y que actúa por voluntad acorde de los propios interesados.

En efecto: un tercero ajeno al conflicto (la palabra “tercero” está aquí cronológicamente elegida y considerada: el “primero” es el pretendiente; el “segundo” es el resistente y el “tercero” es quien ayuda a desatar o resolver el conflicto entre ellos) puede actuar en el caso:

a) de un modo espontáneo; o

b) a pedido de los propios interesados, a fin de intentar acercar sus criterios contrapuestos.

Pero en ambos supuestos, nótese bien, los contendientes *aceptan la presencia del tercero* en el carácter que luego explicaremos.

La heterocomposición tiene lugar también 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.

Resumiendo lo hasta aquí expuesto: nacido el conflicto entre dos coasociados, ellos pueden:

a) *autodefenderse*, mediante el uso de la fuerza que, generalmente, es ilegítima y prohibida por la ley y excepcionalmente aceptada y legitimada por ella (en este caso, la parte afectada no consiente el sacrificio de su propio interés, tal como lo hace en la autocomposición);

b) *autocomponerse directamente* (sin la ayuda de nadie), obteniendo un resultado consistente en uno de tres supuestos: allanamiento, desistimiento o transacción;

c) *autocomponerse indirectamente* (con la ayuda de otro), logrando al efecto un acuerdo que permite a un tercero efectuar una heterocomposición decisiva que opera como resultado (arbitraje o justicia privada);

d) *autocomponerse indirectamente* (con la ayuda de otro pero con variante respecto del caso anterior), mediante la aceptación mutua de la presencia de un heterocomponedor (simple conciliador, mediador) para que, actuando como medio de acercamiento, los interesados lleguen a desatar el conflicto mediante una autocomposición que operará como resultado, en una de sus tres formas conocidas (allanamiento, desistimiento, transacción);

e) *heterocomponer* directamente el conflicto, mediante la presentación espontánea de uno de los contendientes ante el órgano de justicia pública (juez) requiriendo una decisión que lo resuelva. De tal modo, dicha decisión opera como resultado (sentencia luego de proceso judicial). Es éste el único supuesto de solución que escapa al concepto genérico de conciliación, como luego lo veremos en detalle al explicar estos conceptos previos.

5. Interesa destacar ahora que una observación atenta de la realidad jurídica a nivel nacional revela un paulatino pero constante y creciente aumento de la actividad puramente autocompositiva, con el correlativo alejamiento por los interesados de la justicia pública. Baste mencionar al respecto cualquiera estadística judicial, de la cual surge que un elevadísimo porcentaje de pleitos no llega al estado de sentencia pues las partes han conciliado sus intereses durante la tramitación. Más aún: la realidad actual —comienzos de 1985— indica que la autocomposición se efectúa extrajudicialmente, durante las tratativas previas a la iniciación del juicio. Este aserto se basa en estadística reciente efectuada personalmente: el movimiento de expedientes en los quince juzgados de primera instancia en lo civil

y comercial de la ciudad de Rosario (con más de un millón de habitantes y un tradicionalmente altísimo índice de litigiosidad, tal vez por ser ella polo industrial y comercial del país) ha decaído de cuatrocientos a sesenta por turno. En otras palabras, el índice que muestra el ritmo pleitista ha bajado a un 15% del vigente en años anteriores.

Cierto es que la notable inflación que sufrimos incide sobre el otorgamiento del crédito y que la carencia de éste genera menor número de asuntos justiciables. Sin embargo, el dato nos parece importante de consignar y revela —sin lugar a dudas— un alejamiento del proceso judicial.

La misma observación atenta, ahora a nivel internacional, demuestra resultado similar, pero no ya con la autocomposición pura sino utilizando como medio de solución la actividad heterocompositiva de un tercero, que actúa como árbitro. Con lo cual se nota acá también que en el mundo entero los particulares se alejan cada vez más del proceso judicial en razón de todos los problemas que ha generado la indiscutible vigencia de una auténtica crisis de la Justicia: los procesos son caros, inmensamente largos en su duración temporal, la mayoría de las veces en exceso formulistas, o generadores de escándalo público al través de cierto tipo de prensa, en algunos casos ante órganos que no resultan ser auténticamente independientes, etc.

Frente a ello, las ventajas del arbitraje se presentan nítidas y formidables: el costo del pleito es igual o, a lo sumo, algo mayor que el del judicial, el proceso se desarrolla en absoluta privacidad ante terceros aceptados plenamente por las partes con un trámite no formulista que es pactable por ellas y, por ende, resulta asaz rápido y expeditivo. Volveremos sobre ello más adelante.

Como se desprende fácilmente de estas ideas preliminares, somos decididos partidarios del instituto conciliatorio en todas sus formas, que pasamos a explicar con mayor detalle.

II. LA CONCILIACION EN GENERAL

1. La voz *conciliación* proviene del latín *conciliatio*, del verbo *conciliare*: componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí, avenir sus voluntades, ponerlas en paz. De tal modo el instituto conciliatorio supone el arreglo de una diferencia entre dos o más personas me-

dante el logro de una renuncia unilateral o bilateral de sus derechos o, sin llegar a ello, mediante el acuerdo de voluntades para que un tercero ajeno a los intereses en juego haga propuestas de solución o, más aún, desate el conflicto existente con un acto de decisión.

Como es sabido, a la conciliación de intereses conflictivos puede llegarse antes, durante o después de la tramitación de un proceso judicial.

En cualesquiera de los tres supuestos fácticos, reiteramos que es posible lograrla:

a) *mediante simple acuerdo de partes*, renunciando integralmente el pretendiente a su pretensión (ya en etapa judicial ello toma el nombre técnico de desistimiento de la pretensión procesal) o renunciando integralmente el resistente a su resistencia (toma el nombre de allanamiento) o renunciando parcial y recíprocamente (toma el nombre de transacción). En tales casos, porque las tratativas se efectúan sólo entre las partes, sin la presencia, ayuda o actividad de un tercero, el resultado que se obtiene se conoce con la denominación de *autocomposición* (las propias partes han obtenido el resultado de componer su conflicto).

b) mediante acuerdo de partes en el sentido de ocurrir ante un tercero que ambos aceptan para que —sin mediar renuncia alguna— él adopte una de estas posibles actitudes:

1 — *De mero intento conciliatorio*: el tercero, espontáneamente o acatando un pedido expreso de los interesados se limita a intentar su acercamiento, dando consejo prudente y haciendo ver los inconvenientes que puede engendrar el litigio, pero sin proponer soluciones que, de haberlas, surgirán de las mismas partes. En este caso, como resulta obvio, *la actividad cumplida por el tercero es sólo un medio para que los interesados autocompongan sus intereses encontrados*.

2 — *De mediación*: el tercero, a pedido de las partes, asume un rol diferente del anterior y realmente preponderante, ya que no se limita al intento de acercamiento, sino, por lo contrario, asume la dirección de las tratativas y hace proposiciones que, nótese bien, los interesados están en plena libertad de aceptar o no. De lograrse el acuerdo, y al igual que el supuesto anterior, vemos aquí que *la actividad desplegada por el tercero es sólo un medio para que los contendientes autocompongan su conflicto*.

3 — *De decisión*: el tercero, a pedido expreso

de las partes, y dentro de los límites que ellas fijan al efecto, asume un rol aún más preponderante: no sólo intenta el acercamiento, sino que, luego de escucharlas en pie de perfecta igualdad, emite una decisión que desata definitivamente el conflicto. Como se ve, el caso es diferente de los dos anteriores: la actividad del tercero —al igual que la del juez en el proceso judicial— muestra una verdadera heterocomposición que deja de ser medio para convertirse en resultado.

Claro está que en el pacto arbitral —cláusula compromisoria o compromiso arbitral, conceptos ambos que luego se explicarán— los contratantes aceptan ab initio acatar y cumplir la decisión llegado el momento de hacerlo. Todo ello, por cierto, dentro de un marco de absoluta buena fe. Desapareciendo ella y, de consiguiente, no acatándose lo dispuesto por el árbitro, será menester lograr la respectiva ejecución de la prestación condenada por medio de un proceso judicial. Volveremos luego sobre el tema.

Mientras tanto, cerramos estas ideas con un breve resumen afirmativo: el instituto de la conciliación altamente concebido, muestra tanto el fenómeno de la auto como de la heterocomposición (privada) al través de las distintas formas que ambas pueden adoptar.

2. Surge de lo expuesto la innegable importancia y bondad del instituto conciliatorio. Sin embargo, justo es recordar aquí que la doctrina no es pacífica al respecto.

Por ejemplo, BENTHAM⁽¹⁾ se muestra decididamente contrario a tal afirmación, sosteniendo que la conciliación envuelve, por parte de los que transigen, una renuncia de sus derechos en favor de otros —(cosa que ya hemos visto no siempre es así)—; y como el Estado no debe sino procurar que la justicia se cumpla en toda su extensión y sin sacrificio alguno, resulta que no puede alentar un acto en el cual, necesariamente, cada parte sacrificará una porción de su derecho. La conciliación, así, —afirma— es un mercado en donde gana el que más regatea...

Sin perjuicio de destacar que tal concepto confunde conciliación con transacción, no vemos inconveniente alguno en que ello ocurra: son los propios litigantes quienes deben cuidar sus intereses pecuniarios (únicos susceptibles de transacción), de donde nadie mejor que ellos para de-

(1) Citada por CARAVANTES, "Procedimientos judiciales según la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", Madrid, 1856, T. I, p. 448.

cir si la solución a la cual se arriba es conveniente o no, con prescindencia de su justicia intrínseca.

En cuanto a la eficacia misma de la actividad conciliatoria, FERNANDEZ⁽²⁾ sostiene de modo enfático que, teóricamente, "es muy beneficiosa pero, en la práctica, es una mera formalidad...".

Tampoco compartimos esta opinión. En nuestra experiencia judicial de largos años hemos aprendido que el intento conciliatorio dentro del proceso efectuado en reunión amistosa, dirigida y calmada por persona prudente, respetuosa, inteligente e imparcial, que mitiga o disipa las prevenciones que las partes abrigan recíprocamente en sus ánimos, logra un acuerdo exitoso en cuatro de cada diez casos. Y ello conforma un elevado índice del 40% que muestra a las claras la bondad del instituto, que va mucho más allá de una simple formalidad...

3. Para mejor comprender todo lo expuesto, cabe recordar reiteradamente que de modo habitual se confunde el concepto de conciliación con el de transacción, sin tenerse en cuenta que aquél es el género y ésta la especie, toda vez que siempre que se transa hay conciliación y no a la inversa. Aunque esto parezca asaz claro, la doctrina no es pacífica al establecer su distinción.

Por ejemplo, PASSI LANZA⁽³⁾ sostiene que la transacción se produce sólo por la espontánea iniciativa de las partes, de donde se infiere, a contrario, que la conciliación existirá cuando intervenga un mediador, sin importar qué figura procesal se adopte para solucionar el diferendo.

A su turno, PODETTI⁽⁴⁾ sostiene que la conciliación no es transacción pues, cuando versa sobre el litigio, no se refiere al derecho que ampara la pretensión o la resistencia, sino al aspecto de hecho de ambas posiciones. Y así, afirma que "el que concilia no renuncia a sus derechos objetivos; acepta o reconoce que los hechos en los cuales funda la pretensión eran exagerados o equivocados, haciendo así posible un reajuste de lo pretendido".

No compartimos los criterios expuestos, insistiendo en la relación de género a especie que existe entre conciliación y transacción. Aceptamos, sí, una diferencia importante y de contenido

esencial que deriva de la legislación positiva: la transacción cabe en materia de intereses pecuniarios, exclusivamente, en tanto que la conciliación in genere puede comprender toda suerte de pretensiones.

4. Como lo señala COUTURE,⁽⁵⁾ al igual que en muchos otros pasajes de nuestra terminología jurídica, varias cosas diferentes son llamadas del mismo modo; en nuestro caso, la conciliación es tanto el acto de autocomposición pura como el de intentar ante o por el juez un acuerdo amigable (se habla de "audiencia de conciliación", de "citación a conciliación") como el avenimiento mismo que puede ser resultado de ese encuentro.

De ahí que nos parece importante continuar el desarrollo del tema desde una doble óptica: como actividad y como resultado.

5. Respecto de la actividad conciliatoria en sede judicial, enseña GALLINAL⁽⁶⁾ que se conocen cuatro sistemas diferentes en cuanto al tema:

a) el que la establece como requisito previo y obligatorio realizado por funcionarios con especial competencia al efecto;

b) el que la establece como facultad de las partes, quienes pueden intentarla o no ante los jueces o funcionarios con especial competencia al efecto;

c) el que la establece como diligencia necesaria de realizar una vez trabada la litis judicial, ante el mismo juez que conoce de ella;

d) el que la establece como diligencia que puede o no realizarse por el juez de la causa, en cualquier estado de ella.

Difícil resulta la elección de la pauta que puede orientar al legislador pues ello depende de innumerables circunstancias extraprocesales, por completo ajenas a la esencia del instituto, al cual pueden hacer fracasar de no sopesarse debidamente en el momento oportuno. Decidir si el intento conciliatorio debe ser preprocesal o un acto propio del proceso y, en ambos supuestos, si con carácter obligatorio o facultativo, requiere conocer antes cuál es la experiencia habida al respecto en el tiempo y en el espacio, así como

(2) *Código Procesal Civil Comentado*, Buenos Aires, 1955, T. I, p. 139.

(3) *"La conciliación en el proceso moderno"*, en "TEMIS", diario número 116 del 15.9.68.

(4) *"Tratado de los actos procesales"*, Buenos Aires, 1955, p. 398.

(5) *"Estudios de Derecho Procesal Civil"*, Buenos Aires, 1948, T. I, p. 299.

(6) *"Estudios sobre el Código Procesal Civil"*, Montevideo, 1915, p. 164.

indagar en profundidad cuáles son las condiciones políticas, económicas y de autosuficiencia del Poder Judicial. Desconocer el juego interarmónico de tales factores importará, sin duda, un acto de creación legislativa que, cual tantos otros, entrará inicialmente en la vía muerta de la total inaplicabilidad.

6. Comencemos el estudio del tema analizando la experiencia histórica de otro país que, como España, constituye la fuente mediata de nuestra legislación. Para ello, nada mejor que seguir el serio y erudito trabajo de JUAN MONTERO AROCA,⁽⁷⁾ donde comienza afirmando que la conciliación carece de antecedentes legales en los grandes textos antiguos así como que su origen auténtico en España se halla en las Ordenanzas de Burgos y de Sevilla del siglo XVI, las cuales la consagraron con carácter voluntario y preventivo para los casos del comercio (no podía ser de otra manera), y que fue obligatorio en las Ordenanzas de Bilbao de 1737 y en las de Burgos de 1776, cuyo texto pasó a la Novísima Recopilación (Libro IX, Título II, Ley VIII), donde se disponía:

"Quando qualquiera persona (com) pareciere en este Tribunal a intentar alguna acción, *mando que no se le admita* ni pueda admitir demandas ni peticiones algunas por escrito, sin que primero el Prior y Cónsules hagan (com) parecer ante sí a las partes, y oyéndolas verbalmente sus excepciones y defensas, procuran ajustar el pleyto y diferencia que hubiere con la mayor brevedad; y no pudiéndolo conseguir, les admitirán sus peticiones por escrito".

Texto similar se reproduce en normativas posteriores hasta el Real Decreto de 1827 (dos años antes del Código de Comercio), cuyos arts. 38 y 39 dicen:

"Artículo 38. El demandante se presentará en la audiencia personalmente o por medio de apoderado especial, y con brevedad y sencillez expondrá de palabra su demanda y la parte contra quien la intentare".

"Artículo 39. Inmediatamente se hará comparecer al demandado; y oídas verbalmente ambas partes con los testigos y documentos que

trajeren, si éstos fueren de fácil inspección, *se procurará averiguar proponiéndoles la transacción voluntaria o el compromiso de árbitros*. Si no pudiere conseguirse se expondrá la diligencia en juicio verbal y se procederá a votar".

De aquí en más comienza una suerte de evolución hacia la obligatoriedad de la conciliación que plasma, por fin, en la Constitución española de 1812, que la estableció como actividad previa y necesaria para todo tipo de procesos, en trascendente paso para evitar la multiplicación de pleitos sin causa suficiente. Así, veda toda actuación judicial sin que conste fehacientemente que se ha intentado el medio de la conciliación por los Alcaldes constitucionales de los pueblos, ante quienes debían comparecer los interesados en compañía de dos hombres buenos (uno por cada parte) a fin de aquéllos, después de oír las razones de demandante y demandado y el dictamen de tales hombres buenos, dictaren "la providencia que les parezca más propia para el fin de determinar el litigio sin más progresos, como se terminará en el efecto, si las partes se aquietan con esta decisión extrajudicial" (art. 283).

Cabe recordar aquí que la Constitución de 1812 es obra de las Cortes de Cádiz, cuya producción jurídica fue declarada nula y sin efecto alguno luego del Tratado de Valençay de 1813, que permitió el regreso al trono de Fernando VII.

Señala MONTERO AROCA que con posterioridad "y durante la época absolutista que siguió a la intervención de la Santa Alianza, no volverá a plantearse el problema de la conciliación en el proceso civil pero que, con distinta terminología derivada de las antiguas Ordenanzas, continuará su avance en el proceso mercantil" hasta que, después de la muerte de Fernando VII (1833), se vuelve al régimen de la conciliación obligatoria por Real Decreto del 29 de septiembre de 1835.

Así, el artículo 21 establecía que:

"Sin hacer constar que se ha intentado el medio de la conciliación —y que ésta no ha tenido efecto— no podrá entablarse en juicio ninguna demanda civil ni ejecutiva sobre negocio susceptible de ser completamente terminado por avenencia de las partes, ni tampoco querrela alguna sobre meras injurias ni de aquellas que, sin detrimento de la Justicia, se reparare la ofensa con la sola condenación del ofendido".

Seguidamente, la misma norma establecía numerosas excepciones al régimen de obligatoriedad

(7) "Bosquejo histórico de la conciliación hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855" en "Estudios de Derecho Procesal", Barcelona, 1981, p. 150 y ss.

del intento conciliatorio, para terminar con notable expresión de anhelos en el texto del artículo 30:

“Los jueces de paz, penetrándose de la importancia de sus funciones y de lo mucho que interesa el que se eviten cuanto sea posible los pleitos y disensiones entre los ciudadanos, pondrán la mayor eficacia en controlar a los que se presenten ante ellos, teniendo entendido que mientras más litigios y querellas eviten, mayor será el servicio que hagan al Estado y mayor el mérito que contraigan a los ojos del gobierno”.

Conforme lo expuesto, hasta el comienzo de la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, el intento conciliatorio previo era exigido en toda suerte de procesos —declarativos y ejecutivos— en tanto el litigio versara sobre asunto transigible.

Sistema similar rige en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil (1881), cuyo artículo 460 establece:

“Antes de promover un juicio declarativo deberá intentarse la conciliación ante el juez municipal competente. Exceptúanse:

- 1) Los juicios verbales.
- 2) Los juicios declarativos que se promuevan como incidente o consecuencia de otro juicio, o de un acto de jurisdicción voluntaria.
- 3) Los juicios en que sean demandante o demandado la Hacienda pública, los Municipios, los establecimientos de beneficencia y, en general, las corporaciones civiles de carácter público.
- 4) Los juicios en que estén interesados los menores y los incapacitados para la libre disposición de sus bienes.
- 5) Los que se promuevan contra personas desconocidas o inciertas, o contra ausentes que no tengan residencia conocida, o que residan fuera del territorio del juzgado en que deba establarse la demanda. En este último caso, si los litigantes residen en el mismo pueblo, deberá intentarse la conciliación.
- 6) Los juicios de responsabilidad civil contra jueces y magistrados.
- 7) Los juicios de árbitros y de amigables componedores, los universales, los ejecutivos, de

desahucio, interdictos y de alimentos provisionales”.

El artículo 462 dispone, a su turno:

“El juez no admitirá demanda a que no se acompañe certificación del acto de conciliación o de haberse intentado sin efecto en los casos en que por derecho corresponde”.

Según el artículo 470, por fin, el acto de conciliación se celebra de la siguiente forma:

“Comenzará el demandante exponiendo su reclamación y manifestando los fundamentos en que la opone. Contestará el demandado lo que crea conveniente y podrá también exhibir cualquier documento en que funde sus excepciones. Después de la contestación podrán los interesados replicar y contrareplicar, si quisieren. Si no hubiera avenencia, los hombres buenos (que deben acompañar a las partes y el juez municipal procurarán avenirlos. Si no pudiesen conseguirlo, se dará el acto por terminado” extendiéndose acta y dándose certificación al interesado.

Como se ve, España —aún en la actualidad— encuadra en el primero de los sistemas mencionados, siendo obligatorio el intento conciliatorio como paso previo a cierto tipo de procesos.

Muchas críticas, en ambos sentidos, despertó el sistema. La negativa se basa en las corruptelas en las que degeneró aquél, mediante las cuales se derivó a los Alcaldes el deber de fallar dentro del juicio mismo de conciliación llevado —obviamente— sin las más elementales garantías procesales, por lo que se trataba más de una temeridad que de un acto de justicia, máxime teniendo en cuenta el desconocimiento de las leyes que tenían los Alcaldes, órganos de aplicación del intento conciliatorio.

Afinando la historia de críticas negativas se llega al argumento de GUASP en el sentido de que “poner la conciliación en función procesal como eliminadora de otro proceso, equivale a una auténtica contradictio in terminis, por cuanto se quiere evitar el proceso mediante otro especial y previo, con lo cual el mal no queda evitado sino simplemente sustituido”. A su turno, ARAGONESES defiende la actividad conciliatoria aduciendo que aun cuando fuere exacta la crítica de GUASP, “siempre es aconsejable el sufrir un mal pequeño para evitar otro mayor”.

MONTERO AROCA, partidario de la institución, deja de lado todo lo anecdótico que el tema conlleva y se guía por la experiencia objetiva que

surge de la mera compulsiva de estadísticas judiciales: estudiada la actividad conciliatoria desde 1953 hasta 1967, descubre que existe un promedio de avenencia del 38,10 % en un total de 629.098 causas justiciables. Y concluye de ello la eficacia del sistema, como es obvio.

Sin embargo, en la alternativa: conciliación preprocesal o intraprocésal, opta por ésta, que cuenta con numerosos antecedentes en la legislación argentina, de la cual citaremos algunos ejemplos.

7. a) En Argentina, el CPC anterior de la Capital Federal disponía en su artículo 64:

“Los jueces *deberán procurar*, en cuanto sea compatible con el ejercicio de sus atribuciones, que los litigantes pongan término a sus diferencias por medio de avenimientos amigables, y a ese efecto tendrán la facultad de convocarlos a su presencia en cualquier estado del juicio, siempre que crean posible conseguir aquél objeto”.

La ley nacional 14.237 (de reformas al CPC de Capital Federal) estableció en su artículo 64 que

“En los juicios de alimentos, litis expensas y tenencia de hijos, se señalará una audiencia a fin de oír a las partes acerca de las cuestiones planteadas y procurar que lleguen a una solución directa”.

A su turno, el art. 26 del CPC de la provincia de Buenos Aires (Ley 2958 del 21 de diciembre de 1905) repetía el texto del artículo 64 del CPC de la Capital Federal.

Sobre este tema, decía SENTIS MELENDO⁽⁸⁾ que la conciliación así legislada era como una aspiración permanente del juez cuya apreciación “él mismo realizará”, criticando largamente que la magistratura en general no hubiera interpretado que la actividad conciliatoria era un verdadero deber y no una mera facultad del juez, que podía o no realizar a su entera voluntad.

b) En la reforma operada en el CPC de la Capital Federal mediante ley 17454 (CPC de la Nación), creemos que se involucionó sobre el sistema anterior, tal vez porque éste había entrado en vía muerta debido a la falta de su apli-

cación por los jueces. Fue así que el artículo 36 estableció que

“aun sin requerimiento de parte, los jueces y tribunales *podrán* . . . 3) disponer en cualquier momento la comparecencia personal de las partes para intentar una conciliación. . . La mera proposición de fórmulas conciliatorias no importará prejuzgamiento”.

No obstante la bondad intrínseca del último párrafo apuntado, hemos afirmado que se involucionó en el sistema por cuanto la actividad conciliatoria pasó a ser una simple facultad discrecional del juez y no un claro deber, naturaleza ésta que surgía evidente del texto anterior.

Resta aclarar que el mismo cuerpo normativo establecía en su artículo 34, 1), congruente con la ley civil, que

“en los juicios de divorcio y nulidad de matrimonio, en la providencia que ordena el traslado de la demanda *se fijará* (nótese el imperativo verbal) 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 avenirlas sobre las cuestiones relacionadas con la tenencia de los hijos, régimen de visitas y atribución del hogar conyugal”.

Ambos textos permanecieron vigentes después de la reforma operada por la ley 22.434.

c) En la provincia de Santa Fe —donde ejercemos la magistratura, razón por la cual nos resulta harto conocido el sistema y la experiencia habida de él— el antiguo cuerpo legal de 1880 establecía en su artículo 120 que

“en cualquier momento y estado de la causa los jueces *podrán* decretar audiencias, sea para aclarar puntos dudosos, sea para procurar avenimiento o transacción”.

Acerca de su aplicación decía el comentarista PARODY⁽⁹⁾ que “esta disposición acuerda a los jueces una facultad que *muy pocas veces la utilizan*, a pesar de los grandes beneficios que reportaría su frecuente aplicación. Si los funcionarios judiciales, cumpliendo con su elevada y benéfica misión, trataran por los medios a su alcan-

(8) “El proceso civil”, Buenos Aires, 1957, p. 165 y ss.

(9) “Comentarios al Código de Procedimientos Civiles y Comerciales de la provincia de Santa Fe”, Buenos Aires, 1912, T. I, p. 130.

ce de conseguir un avenimiento o transacción entre las partes, siempre que lo creyeren conducente, no sólo se dignificaría la Justicia y se repararían muchos males, sino que se proporcionarían grandes ventajas a los litigantes, con el amigable arreglo de sus divergencias y la consiguiente economía de gastos y de tiempo que se pierde en toda contienda judicial. Hay muchos asuntos que no se terminan por avenimiento o transacción por falta de mediador —diremos así— y en los cuales las partes escucharían cualquiera indicación del juez de la causa para poner fin a su litigio. Por qué no hacer uso frecuente de este deber, que constituye uno de los fines principales de los encargados de la noble misión de hacer justicia?”.

Ignoramos si el contenido de esta crítica apunta hacia una desidiosa corruptela judicial (en rigor no sería tal, por cuanto la norma transcrita legisla la actividad como facultad y no como deber del juzgador) o si el desinterés de la magistratura para intentar avenimientos fue consecuencia de innumerables fracasos.

Esta pareciera ser la real causa, habida cuenta del texto contenido en el artículo 81 de la ley 2924 (1940) que vino a reformar el CPC de 1880:

“Los jueces *pueden* disponer en cualquier momento la comparecencia *personal* de las partes, *con o sin la presencia de sus representantes o abogados*, para intentar una conciliación”.

Explicando la razón de la reforma, CABAL Y ATIENZA⁽¹⁰⁾ expresan que el Código derogado “facultaba a los jueces para señalar audiencia con el objeto de ... intentar conciliación o avenimiento, pero no a hacer comparecer a las partes en persona, ni mucho menos sin la presencia de sus abogados o representantes. La nueva ley adoptó este sistema del artículo 141 del CPC alemán, acordando a los jueces en forma expresa esa facultad que, de todos modos, podía sostenerse que la tenían implícita en calidad de “mejor proveer”. El agregado responde al propósito de evitar que los profesionales —por convicción, amor propio, encono o interés— puedan dificultar soluciones amistosas, impidiendo arreglos tal vez convenientes y obligando a sus clientes a mantener una contienda no querida y a veces inútil”. Y terminan con una expresión de deseos que constituye

una verdadera contradictio in terminis: “Claro es que los jueces deberán usar esta facultad con *mucha parsimonia* ya que, de lo contrario, podría convertirse en un abuso”.

Como se ve, imperaba en la época el conocido prejuicio de VOLTAIRE: “Si se presentan al acto de conciliación las partes con abogados y procuradores, se hace retirar a éstos, como se separa la leña del fuego que se quiere apagar”.

Comentando similar problema español, el ya recordado MONTERO AROCA⁽¹¹⁾ afirma que en la alternativa de la presencia o ausencia de abogados en la audiencia conciliatoria “debe buscarse la solución no tanto con base en criterios teóricos como con miras a la eficacia; y es desde este punto de vista desde el que creemos conveniente la intervención de los letrados en el acto de conciliación preventivo. Las razones que así lo aconsejan son múltiples: puso ya de manifiesto BONCENNE — y la práctica lo ha confirmado— que sin la presencia de sus abogados las partes se limitan a un diálogo de sordos o, si se prefiere, a repetir de memoria los consejos de aquéllos, sin apartarse de ellos por ningún concepto; el estado de apasionamiento propio de los directamente implicados en la controversia no es el más indicado para la conciliación y, por el contrario, el profesional puede apreciar las ventajas de una propuesta de arreglo amistoso y aceptarla; la práctica ha demostrado que en la conciliación sindical, por ejemplo, los abogados intervienen normalmente, siendo su presencia preferida por los miembros de la Junta de conciliación; en materia de trabajo la experiencia ratifica que se logran más avenencias con la intervención de los abogados que cuando las partes intervienen sin ellos; las posibilidades de que ocurra alguna de las causas que invalidan los contratos, con base en los que puede ejercitarse la acción de nulidad, son menos. Las consideraciones prácticas podrían multiplicarse, pero en todo caso la oposición a la intervención proviene de una desconfianza secular que la ética actitud de los propios abogados debe desterrar”.

Como si hubiera conocido este pensamiento (cronológicamente posterior), el codificador de 1962 (ley 5531, CPC actualmente vigente en Santa Fe) dispuso modificar el sistema hasta entonces imperante, redactando así el artículo 19:

“Los jueces *pueden* disponer en cualquier momento la comparecencia *personal* de las partes para intentar una conciliación”.

(10) “Anotaciones interpretativas al Código de Procedimientos Civiles de la provincia de Santa Fe”, Rosario, 1975, p. 120.

(11) MONTERO AROCA, *op. cit.*, p. 207.

Explicando la reforma operada, CARLOS y ROSAS LICHTSCHEIN⁽¹²⁾ dicen que "se ha suprimido la potestad de excluir a los curiales de las audiencias en que las partes sean llamadas por los jueces a fin de conciliarlas o de pedirles explicaciones. No sólo importaba esa posibilidad una desconsideración para con los profesionales del derecho sino que, además, dejaba a los litigantes sin el patrocinio necesario respecto de declaraciones o transacciones que, a falta de un conocimiento adecuado de la legislación y de la situación del pleito, podrían llevarlos a consecuencias perniciosas y no queridas conscientemente. Esta modificación no significa que esté vedado a los jueces en algunas especies en que las circunstancias lo hagan absolutamente necesario, citar sólo a las partes, pues ellos conservan sus poderes respecto del proceso".

Pero refieren algo más que nos parece importante consignar aquí: "en lo que atañe a la conciliación, pese a la importancia que ella reviste para solucionar la litis, no se introdujo por la comisión reformadora variante alguna al texto del código derogado, no obstante la sugestión fundada de uno de sus miembros. Es interesante destacar que procesalistas de talla, entre los que cabe citar a CALAMANDREI, COUTURE, LASCANO y REIMUNDIN, se han pronunciado en el sentido de atribuirle a los profesionales del foro. En cambio, legislaciones instrumentadas de Francia, Alemania e Italia la instituyen obligatoriamente ante funcionarios especiales y salvo excepciones que taxativamente consagran. No se juzgó oportuno establecer un precepto que impusiera a los profesionales del foro el deber de intentarla con anterioridad a la promoción del juicio, porque siempre resultaba necesaria la certificación de las diligencias realizadas para su cumplimiento expedidas por funcionarios judiciales, lo que suponía recargar sus tareas. Por otra parte, si dicha conciliación se encomendaba a órganos especiales, requeríase la creación de nuevos cargos, difíciles de obtener por razones de orden económico. De ahí que, aun considerando conveniente que esa importante función de conciliar a las partes fuera realizada por curiales y sin desconocer que en la mayoría de los casos la efectúan extrajudicialmente, por las razones arriba apuntadas no se ha modificado la situación y se ha dejado como estaba: librada a la prudencia del juez, quien con la cautela necesaria para no anti-

cipar opinión sobre la causa podrá continuar ejercitando este poder sin que afecte su imparcialidad".

8. Con el actual sistema santafesino hemos trabajado y visto trabajar con sensible éxito durante largos años. Descartamos por completo la actividad en procesos ejecutivos, en los cuales poco o nada hay que conciliar. Empero, el instituto da sus frutos en toda suerte de procesos declarativos y, muy especialmente, en los que versan sobre asuntos de familia.

Claro está, tal resultado supone una actitud mental del juez proclive a la conciliación y una personalidad inteligente, creativa y dedicada con esfuerzo a su tarea, ya que el trato asiduo con las partes supone mayor tiempo de permanencia en el juzgado e indudable recargo de tareas por sobre las que cumple un magistrado del sistema escrito y que poco o nada toma contacto personal con los interesados.

En la actuación personal relatada y de la referencia legislativa recién apuntada, hemos aprendido que los principales problemas que genera la actividad conciliatoria, de cuya bondad teórica nadie reniega, son:

- a) si debe legislarse con carácter obligatorio o facultativo;
- b) si debe ser anterior al proceso o durante su tramitación y, en su caso, en qué etapa del juicio. En el primer supuesto —preprocesal— si debe o no adjudicarse a funcionarios con especial competencia al efecto;
- c) si se puede exigir o no la personal comparecencia de las partes;
- d) si durante el acto conciliatorio, aquéllas pueden estar o no acompañadas por letrados;
- e) si el juez debe o no intervenir activamente en la mediación y, en su caso, si sus dichos durante ella pueden o no constituir causal de recusación por prejuzgamiento.

Todos estos problemas muestran ejemplarmente la vigencia del principio jurídico de alternitud que nos explicara brillantemente BRISEÑO SIERRA.

9. En cuanto a la primera opción, nos pronunciamos a favor de la obligatoriedad de la tarea conciliatoria respecto de toda pretensión declarativa, con lo cual descartamos la obligatoriedad casi irrestricta de la Constitución uruguaya, cuyo artículo 228 dice:

(12) "Explicación de la reforma procesal", Santa Fe, 1962, p. 24.

“No se podrá iniciar ningún pleito en materia civil sin acreditar previamente que se ha tentado la conciliación ante la justicia de paz, salvo las excepciones que estableciere la ley”,

las que son muy pocas a tenor de lo dispuesto en los arts. 276, 277 y 278 del CPC (advertimos al lector que todo el capítulo referente a la conciliación ha quedado derogado en la legislación uruguaya a raíz de un acta institucional ad hoc del gobierno de facto; no obstante, ya que el sistema es intrínsecamente bueno a nuestro juicio, nos referiremos a él con prescindencia de su falta de vigencia).

No obstante, admitimos importantes excepciones al principio de obligatoriedad en función de la naturaleza de las pretensiones incoables:

a) los procesos que se promuevan como incidente o como consecuencia de otro proceso o de un acto de jurisdicción voluntaria (CPC España, 460, 1): el fundamento es obvio, ya que el nuevo pleito supone la existencia de otro anterior donde la tarea conciliatoria fracasó;

b) los procesos que se promuevan contra personas desconocidas o inciertas o contra ausentes que no tengan residencia conocida o que residan fuera del lugar asiento del tribunal (CPC España, 460, 5): es de suponer que el intento de reunir a las partes será vano y representará inútil gasto de tiempo y dinero;

c) los procesos que se promuevan para reclamar la nulidad o el cumplimiento de lo convenido en el acto de conciliación (CPC España, 460, 6), ya que ello supone un avenimiento operado;

d) los procesos de responsabilidad civil contra los jueces en general (CPC, España, 460, 6), por los obvios problemas que ello entrañaría;

e) los procesos incoados ante árbitros o amigables componedores (CPC España, 460, 8) pues ello supone una conciliación como medio para llegar a una heterocomposición;

f) los procesos universales (CPC España, 460, 8) donde nada hay que pueda ser conciliado;

g) los procesos de ejecución en general (CPC España, 460, 8) pues ellos presuponen la existencia de un título ejecutivo en el cual viene predeclarado el derecho del acreedor;

h) los procesos en los cuales se deduzca alguna tercería (CPC Uruguay, 277), dada la ejecu-

tividad del principal, del cual resulta ser una consecuencia;

i) las medidas preparatorias de juicio declarativo (CPC Uruguay, 277) ya que la actividad conciliatoria será efectuada cuando se incoe el proceso principal.

Como se ve, no enumeramos otras excepciones contenidas en las legislaciones citadas pues no nos parece que merezcan intrínsecamente ese tratamiento. Así, descartamos:

a) los procesos verbales (CPC España, 460, 1) pues no existen en nuestro sistema procesal;

b) los procesos en que sean demandante o demandado la Hacienda pública, los Municipios, los establecimientos de beneficencia y, en general, las corporaciones civiles de carácter público (CPC España, 460,2) pues no hallamos razón alguna para conformar una excepción al respecto ni para que gocen de un trato procesal diferente. Nada impide en nuestra legislación que el Estado (en general) pueda conciliar un pleito.

Por cierto, no empecé a esta afirmación el texto del artículo 841 del Código Civil, en cuanto establece que

“no pueden hacer transacciones los agentes del ministerio público, tanto nacionales como provinciales, ni los procuradores de las municipalidades, ni los colectores o empleados fiscales de cualquiera denominación, en todo lo que respecta a las rentas públicas”.

Y ello porque, como lo señala Couture ⁽¹³⁾, “cuando dentro de nuestro régimen se habla de la necesidad de la conciliación... no sólo se tiene en cuenta la posibilidad de transacción; deben entrar también en la cuenta del legislador el desistimiento y el allanamiento. Son numerosos los casos de la vida forense en los cuales el demandado se allana y paga en el acto de la conciliación y en los cuales el actor, enterado en la misma oportunidad de las defensas que le opondrá el demandado, prefiere abreviar el juicio a tener que seguirlo en condiciones desventajosas. Presentadas las cosas en esos términos, resulta ya bastante más claro que es posible la avenencia en las acciones en las cuales está prohibida la transacción”.

c) los procesos en los que estén interesados

(13) “Conciliación y transacción” en “Estudios...”, op. cit., p. 231.

los menores y los incapaces para la libre administración de los bienes (CPC España, 460, 4 y CPC Uruguay, 261). La explicación de la excepción a la regla conciliatoria que proponemos surge de la propia ley uruguaya:

“La conciliación puede efectuarse entre personas que tengan capacidad legal para obligarse con relación al objeto de la controversia y cuando no se trate de materia en que esté prohibida la transacción”.

Para nosotros es factible desarrollar aquí la actividad conciliatoria. Volvemos a la cita de COUTURE (14): “en el texto legal que está en tela de juicio, nuestro legislador se limitó a traducir literalmente el artículo 2 del CPC italiano. Se apartó así de su fuente habitual, el CPC de Santa Cruz y de los textos francés y español, que han resuelto este problema en forma distinta. Pero ocurre que, de la adopción del texto italiano proviene toda la dificultad de la cuestión. Así lo dice expresamente el artículo 1 cuando establece

“Los conciliadores, cuando sean requeridos, deben hacer lo posible para solucionar controversias”.

“Por eso se explica que, a continuación, el artículo 2 diga:

“La conciliación puede tener lugar cuando las partes tengan capacidad de disponer de los objetos sobre los cuales recae la controversia y no se trata de materias en las cuales está prohibida la transacción”.

“La voluntariedad de la conciliación fue nota distintiva del CPC italiano anterior. Pero en nuestro código (sigue hablando COUTURE), la conciliación no es voluntaria sino obligatoria por norma constitucional. Y no puede prescindirse de ella, salvo texto escrito que lo dispusiere. Un texto que diga, traduciendo del italiano, que “la conciliación puede efectuarse entre personas que tienen capacidad de obligarse” constituye sin duda una incongruencia dentro del sistema. Las partes no “pueden” sino que “deben” tentar la conciliación”.

En rigor, lo que el texto contiene es una prohibición de transar, no de conciliar. La ley española es más clara que la uruguayya, ya que ella exceptúa o dispensa la conciliación considerada como género.

Pero insistimos: no debe descartarse la actividad de acercamiento de las partes que puede derivar, por ejemplo, en un desistimiento del pleito incoado contra el incapaz o en un allanamiento en el juicio en el cual éste es demandante. Y no vemos aquí que resulte vulnerado principio superior alguno.

10. En lo que toca a la siguiente opción —si la conciliación debe ser preprocesal o intraprocésal— elegimos la segunda.

No desconocemos la bondad del sistema que exige un intento conciliatorio previo al proceso. Pero lo vemos impracticable en nuestro medio: en primer lugar, carecemos de órganos adecuados para otorgarles una especial competencia al efecto y no creemos que las actuales condiciones económicas y presupuestarias de los respectivos gobiernos estatales puedan contemplar o resolver ello por mucho, mucho tiempo. En segundo término, las críticas que la institución recibe en España serían rápidamente repetidas aquí, dada nuestra particular idiosincracia. Por último, si bien es cierto que con la conciliación dentro del proceso no se evita su iniciación, también es cierto que se elimina su desarrollo integral, lo cual supone siempre un sensible alivio del desgaste jurisdiccional, uno de los objetivos buscados a la postre.

En este orden de ideas, preferimos —por experiencia habida al respecto— que el intento sea efectuado por el juez, con todos los ribetes de seriedad y solemnidad que ello entraña, después que se haya trabado la litis. De tal forma, tanto los interesados como el conciliador tienen completo conocimiento de lo pretendido y resistido; y como ello es inmodificable (salvo casos de autocomposición o de alegación de hechos nuevos), la respectiva audiencia puede servir no sólo para conciliar los intereses en juego, sino también —si ello no se logra— para facilitar, mejorar o despejar las condiciones del proceso.

A este respecto, veremos luego las facultades que concebimos para el juez actuante, cuando tratemos si sus propuestas pueden o no generar causal recusatoria por prejuzgamiento.

11. En cuanto a si cabe o no exigir la comparecencia personal de las partes, creemos que nuestra normativa constituye un verdadero acierto. Sólo ellas saben de verdad cuándo y cómo es conveniente conciliar, dado que nadie mejor que el propio litigante para cuidar su interés litigioso.

(14) *Op loc. cit.*, p. 226.

Por lo demás, hemos visto hasta el cansancio cómo ayuda a lograr una buena conciliación todo litigante de buena fe, emitiendo o recibiendo propuestas y contrapropuestas... Y mayor es el éxito cuando la parte actúa por vez primera ante los estrados judiciales...

Por lo contrario, la sola presencia del mandatario de la parte en la audiencia no lleva a resultado positivo alguno en la práctica, pues no hace otra cosa que mantenerse en la posición jurídica ya adoptada en el pleito. Sólo en raro y excepcional caso hemos visto lo contrario y, en tal supuesto, el mandatario contaba con instrucciones y poderes especiales al efecto.

12. La cuarta opción, referente a si las partes pueden hacerse asistir de letrados durante la audiencia de conciliación, no puede ser respondida sino afirmativa en esta época.

En nuestro medio forense, al menos, el buen abogado sabe que resulta preferible un mal arreglo a un buen pleito que, por su extrema duración, puede causar la ruina de los interesados (máxime en época de agudísima inflación monetaria, cual la que se vive). Por lo demás, el propio foro es proclive a la autocomposición, cosa que se ve en las numerosas tratativas que se efectúan casi sin excepciones antes de incoar un pleito.

Cómo no aceptar así, y de buen grado, la presencia de abogados en la audiencia...!

13. Por fin, en lo que toca a la presencia del juez en la audiencia, no podemos responder sino afirmativamente. Un natural y acendrado respeto de los justiciables hacia su persona hace que escuchen con atención su consejo prudente, el que pocas veces cae en saco roto.

Por supuesto, el juez debe dirigir personalmente la audiencia, intentando primero un simple acercamiento de las partes y actuando luego como mediador entre ellas. Con respeto, inteligencia y esmerada dedicación debe comenzar y continuar el acto, que sólo terminará lograda la autocomposición o después de advertir que ella es imposible.

Aun fracasada la conciliación, nada se ha perdido y, por lo contrario, mucho se ha ganado: las partes han visto, han "sentido" en carne propia el funcionamiento de la Justicia, la seriedad y honestidad de proceder que impera en el tribunal; y ello hace —necesariamente— que se mejore la idea y preconcepto que gran parte del pebulo tiene hacia la judicatura en general.

El juez, a su turno, ha conocido personalmente a los litigantes. El expediente deja de ser un mero número o nombre vacío para tomar en su recuerdo rostro, voz y emociones desplegadas durante el acto. Si el juez es atento e inteligente, rápidamente descubre quién dice la verdad y quién miente, cosa que podrá ayudarlo al momento de sentenciar si surgen dudas de la prueba acumulada o si el problema debatido es jurídicamente opinable.

Para esta actuación que concebimos, el juez debe contar con ciertas facultades expresamente otorgadas por la ley. No se trata, por cierto, de que intente la conciliación a cualquier precio, forzándola llegado el caso. Nada más lejos de nuestra aspiración y de lo que debe ser una correcta idea del funcionamiento del Poder Judicial.

Más simplemente, creemos que el juez debe poder brindar propuestas con toda libertad, haciendo ver inclusive, a las partes, los yerros ya cometidos y las consecuencias que ellos pueden tener al momento de sentenciar. Propiciamos, en esencia, que durante la audiencia de conciliación se permita que el juez deje de ser "neutral" (ni uno ni otro) para ser "alterneutral" (uno y otro al mismo tiempo).

Para eso, es imprescindible, a nuestro juicio, que el juez no se halle en la posibilidad legal de ser imputado de prejuzgamiento. De ahí el acierto de la normativa nacional que expresamente dispone eso.

En este orden de cosas, la actividad conciliatoria no ha de concretarse a obtener una autocomposición sino, como acabamos de decirlo renglones atrás, mejorar el debate o disipar problemas que dificulten un normal, rápido y eficaz desarrollo del proceso.

Así, adoptamos al efecto la propuesta que *COURTURE* hace en el artículo 89 de su Anteproyecto de Código Procesal Civil:

"Aun cuando las partes hayan cumplido los procedimientos de la conciliación sin resultado, podrá el juez de la causa, siempre que lo juzgue conveniente, llamarlas a su despacho para proponerles una forma de conciliación (de aspectos procesales). Esta propuesta puede consistir en:

- a) simplificar las cuestiones litigiosas;
- b) rectificar errores materiales en que se hubiera incurrido;
- c) aumentar el número de hechos admitidos, reduciendo así la actividad procesal probatoria;

- d) limitar el número de peritos o testigos;
- e) adoptar cualquiera otra solución parcial que facilite la más pronta solución del juicio”.

14. Resumiendo: convencidos de la bondad del intento conciliatorio para arribar a una auto-composición como resultado, se utilice o no la heterocomposición (privada) como medio, creemos que debe legislarse en el sentido de hacerla obligatoria en toda suerte de procesos declarativos

(con ciertas excepciones) a intentarse como acto propio del proceso (una vez trabada la litis) en acto convocado al efecto, al cual concurrirán personalmente las partes (pudiendo hacerse asistir por letrados), las que dialogarán ante y dirigidas por el juez, quien gozará de amplias facultades para actuar como mediador, haciendo propuestas que no han de ser consideradas como causal recusatoria en ningún supuesto.