

Tema 4. Derecho Procesal Civil: Conflicto y comunicación

XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal: "El conflicto jurídico y sus soluciones en el Siglo XXI"

Autora: Amalia Fernández Balbis

Título: ¿ES EL PROCESO EL ÚNICO "PROCESADOR" DEL CONFLICTO?

"El conflicto debe ser asumido para no quedarnos atrapados en él, perdiendo la perspectiva general y el sentido de la unidad profunda de la realidad. De hecho, sólo aceptando el conflicto, éste se puede resolver y convertirse en eslabón de un nuevo proceso de paz".

Papa Francisco I°

Síntesis: La jurisdicción, en su concepto más actual, ya no es ejercicio de poder sino función y actividad de garantía de acceso a la justicia para la solución de conflictos. En su objetivo de pacificar con justicia, el proceso judicial no es la única herramienta disponible. Pero para una exitosa utilización de los medios alternativos que apuntan a la eficiencia, será preciso prepararse y echar mano de recursos y experiencias, cualquiera sea la disciplina de procedencia.

Sumario: I. Introducción. II. La función jurisdiccional conciliatoria. III. Condiciones y pasos para una conciliación eficiente. IV. La negociación: Tips y ventajas. V. La transacción como resultado de la negociación. VI. Cierre.

I. Introducción:

Tradicionalmente hemos aprendido y enseñado que el proceso es la herramienta al servicio de la jurisdicción para la solución de los conflictos. No obstante, hace ya algún tiempo que ese objetivo no es exclusivo del proceso judicial dado que han venido a sumarse a esa faena los *medios alternativos de resolución de conflictos*, que implican una auténtica reinención del rol del abogado que, corporizado como herramienta útil, debe abordar primero, el conflicto y luego, el caso puntual, para no partir de lo menos

(el caso) e ignorar lo más (el verdadero conflicto que subyace debajo de él).

Este cambio, entendemos, debe comenzar desde las bases, es decir, desde las carreras de grado que orienten a los futuros abogados a comprender que el Derecho Procesal no se agota con el *Proceso*, sino que existen nuevos "*procesadores*" del conflicto: la conciliación, la negociación, la mediación, entre otros, cuyo éxito depende de la formación de curiales y jueces con mentes abiertas en la búsqueda de soluciones más rápidas y económicas, es decir, que pongan énfasis en el debate de la eficacia más que en el de la eficiencia. Es preciso, entonces, incorporar la idea de que el abogado es aquél que defiende el interés de su cliente en cualquier contexto que el Derecho le proponga, y no sólo dentro de un proceso judicial. Este concepto (aunque referido a la mediación) ha sido llamado por Raúl Calvo Soler* la "*Mc Donnalización del proceso judicial*" en tanto vela por el principio de economía procesal que alude a la solución de un conflicto con el menor costo posible en términos de tiempo, gastos y esfuerzos.

Entre otros medios de solución del conflicto, en el mismísimo proceso judicial ha recobrado con especial fuerza protagonismo la conciliación, venida de la mano de la oralidad aplicada a los procesos civiles en diversas jurisdicciones de nuestro país. Veamos su actual situación.

II. La función jurisdiccional conciliatoria

En general, toda la doctrina señala la ventaja de que los conflictos se solucionen extrajudicialmente convirtiendo al proceso judicial ante los tribunales del Estado como la última alternativa, que aparece cuando se agotaron los demás medios para solucionar un conflicto.

Hemos dicho que el rol del abogado de hoy no se limita a intervenir en los procesos ante los tribunales sino que su función es contribuir, en la medida de las posibilidades, a solucionar los conflictos. En tal sentido, quien patrocina o representa a una de las partes, debe conocer profundamente los intereses de su cliente y explicarle la importancia de que comprenda los intereses de la otra, para poder negociar y tratar de encontrar soluciones que satisfagan a ambas.

Con ese norte, la conciliación es el acto procesal celebrado ante el juez de la causa o ante un funcionario especializado, convocado a fin de que las partes, junto con aquéllos, lleguen a un acuerdo que ponga fin al pleito. La presencia del juez o del

funcionario autorizado permite que ciertas cuestiones, que no pueden ser objeto de negociación privada ni de mediación, sí lo sean de conciliaciones válidas.

En algunas legislaciones, como la de la vecina República del Paraguay, el Código Procesal Civil contempla, inclusive, la expresa posibilidad de que las partes lleguen a acuerdos parciales (aún cuando el resultado de la conciliación no ponga fin al pleito), y en tal caso, se lo ejecuta en lo pertinente, continuando el proceso en cuanto a las pretensiones pendientes (art. 170 del CPCParaguay). Su artículo 15 inc. g, alude al deber de los jueces de procurar que los litigantes pongan término a sus diferencias mediante avenimiento amigable y que, a este efecto, puedan convocarlos a su presencia en cualquier estado del juicio. Es que como lo expresara en las últimas jornadas brasileñas de Derecho Procesal la recordada Ada Pellegrini Grinover, el proceso no sólo involucra a las partes, sino que involucra al Estado.

Estamos convencidos de que la actual fórmula en materia de oralidad que se abre paso en nuestras jurisdicciones del fuero civil, la que reúne como notas a la inmediación, publicidad, concentración, colaboración, buena fe procesal y a un principio dispositivo flexible propio de una nueva Teoría General del Proceso (1), debe transitar -necesariamente- de la mano de una conciliación bien ejercitada. Así también, que estamos presenciando un verdadero cambio en la cultura de la litigación para el cual hay que estar preparados.

¿Qué podemos hacer para optimizar la conciliación? ¿En qué consiste la tarea preparatoria que debe hacer el magistrado?

III. Condiciones y pasos para una conciliación eficiente

En primer término, es esencial la comparecencia de las partes, cuestión que constituye un deber procesal y cuya providencia resulta irrecurrible (2).

Para ello, se impone la notificación con suficiente anticipación y, si es posible, recurrir al apoyo del teléfono para confirmar la asistencia (al menos principiando el cambio de gestión que estamos experimentando). Su uso es el típico ejemplo de las "nuevas aplicaciones de viejas tecnologías", que se fundamenta en los principios de economía procesal y amplitud de los medios de comunicación (3).

Se le hará saber en la cédula al profesional no sólo la necesidad de contar con

facultades suficientes para celebrar acuerdos conciliatorios, sino también las consecuencias de su incomparecencia. En tal sentido, consideramos que podría ser efectivo mencionar la sanción contenida en el art. 35, inc.3° del CPCN (y su correlativo del CPCBA), que refiere a la potestad de los jueces de aplicar correcciones disciplinarias, destinándose el importe de las multas al que fije la Corte Suprema de Justicia de la Nación (o la Suprema Corte de Justicia, en el caso de Buenos Aires), cuya ejecución corresponde -por el momento- a los representantes del Ministerio Público Fiscal ante las respectivas jurisdicciones (o departamentos judiciales, según el CPCBA) (4).

Así también, será necesario hacer saber que la parte que injustificadamente no compareciere a la audiencia preliminar: 1) no podrá plantear en lo sucesivo cuestión alguna respecto de las resoluciones que se pronuncien en el curso de la audiencia, 2) se estará a la determinación judicial, que allí se haga, de los hechos controvertidos que deberán ser materia de prueba, 3) quienes no asistan, quedarán notificados de todas las decisiones que el tribunal adopte en el caso.

En segundo término, será indispensable que el juez prepare cuidadosamente el acto de la audiencia preliminar, con la previa lectura detenida de la causa, apuntando cuáles son los hechos controvertidos y cuáles los intereses de las partes, para enfocar en ellos a la hora de iniciar el diálogo.

Hecha esa lectura serena y a conciencia, será útil para el magistrado contar con antecedentes jurisprudenciales en los que hubiera abordado una situación semejante, ya se tratara de fallos propios o de Tribunales de Alzada, porque ese material le permitirá tener a mano datos objetivos que facilitarán los acuerdos de las partes sobre la base de lo real y posible, muchas veces alejado de lo ideal o dudosamente factible.

De más está decir, que en materia de indemnización de daños y perjuicios, la existencia de un informe médico pericial podrá ser útil a la hora de acercar "un número". Es que si bien éste carece de valor probatorio pues ha sido elaborado sin el contralor de la parte accionada en el marco del debido proceso (y no se equipara con el propio del dictamen producido por el perito designado judicialmente, con ajuste a las normas relativas a la prueba pericial), ello no es obstáculo para que se lo considere como pauta a la hora de esa audiencia preliminar, para una conciliación o transacción, que es, en definitiva, la finalidad de un sistema judicial que aspira a ser eficiente y

abierto (5).

Así también, deberá el juez contar con la causa penal que fuera solicitada en la misma oportunidad en que se dictó el auto de apertura del proceso y con cualquier informe que pudiera allegarse en tanto pueda ser de interés para la solución del caso.

Seguidamente, y dando por descontado el puntual inicio del acto, será de utilidad seguir algunos consejos para jueces conciliadores. Reseña Peyrano al respecto que:

a) Inicialmente, el juez conciliador debe informar a las partes sustanciales presentes los alcances y fines de la audiencia de conciliación, resultando necesaria su asistencia personal, la de sus letrados y el resguardo del principio de confidencialidad.

b) Tener en cuenta que la litis debe reducirse a términos económicos concretos.

c) Debe procurarse evitar ciertos diálogos o manifestaciones de los participantes en la audiencia de conciliación, que podrían hacer quebrar el delicado "puente de plata" tendido hasta entonces por el juez conciliador.

d) Es necesaria la colaboración activa del juez en la búsqueda de fórmulas de conciliación, las que no importarán prejuizamiento.

e) Es preciso agotar la instancia conciliatoria, procurando aprovechar lo más posible la audiencia, al menos para resolver cuestiones accesorias o conexas (ej, la carga de las costas, la decisión de un incidente pendiente, la suerte de un rubro en particular, etc.).

f) Resulta conveniente incluir, en su caso, una cláusula resolutoria en el acuerdo conciliatorio concertado "*ad referendum*". Si el litigante exhibe dudas o se muestra renuente a suscribir una fórmula conciliatoria, mediante esta cláusula pueden reservarse todas las partes la facultad de resolver unilateralmente el acuerdo (y pedir el dictado de la resolución respectiva), dentro de un lapso que pactarán (cinco o diez días), bajo expresa prevención de que el silencio guardado durante dicho término determinará la firmeza e irrevocabilidad de lo acordado (6).

De igual modo, será útil a las partes y letrados, tener presente las denominadas "Reglas de Harvard para la negociación"(7), que podrían resumirse así:

1. Centrar la negociación realizada en el marco de la audiencia de conciliación en

intereses, deseos y preocupación de las partes y no en sus posiciones. ¿Por qué quiere algo? y no ¿Qué quiere? Tal método de negociación debe juzgarse conforme a tres criterios:

Debe:

a-Conducir a un acuerdo sensato.

b-Ser eficiente.

c-Mejorar (o al menos no deteriorar), la relación de las partes.

2. Esa negociación propia de la audiencia preliminar exige preparación previa: conocer la oferta que se piensa hacer, a dónde quiere llegar, prever objeciones y preparar respuestas.

3. Cada parte debe saber cuáles son sus alternativas ante el fracaso de un acuerdo negociado, medir el precio del fracaso y analizar costo-beneficio de la sesión.

4. Involucrar al oponente en la solución del conflicto, permitiendo su participación en la elaboración de esa solución. Es preciso lograr ponerse en el lugar del otro, para esto, valorar las consecuencias que pueden tener para él la oferta que se le hace.

5. La forma que se utiliza para comunicarse es fundamental. Se aconseja comenzar hablando de temas generales que faciliten la comunicación y hablar en forma clara. Se puede manifestar lo que uno siente pero sin atacar directamente. Así también, no se debe dañar la imagen del contrario (en el caso, frente al juez y a las personas que participan de la audiencia). Las emociones son consideradas enemigas del análisis. Es natural y hasta predecible la aparición de enojo y negación. La irracionalidad no estaría en ese comportamiento, sino en no esperarlo y en no saber detenerlo a tiempo.

6. Es preciso crear opciones para la solución del conflicto.

7. Evitar tácticas engañosas, obrar de buena fe y generar confianza.

8. El diseño de acuerdos debe ser duradero (de modo que ponga fin al conflicto), de fácil comprensión y de cumplimiento posible.

La actividad conciliatoria supone que las partes se encuentran situadas en el mismo plano ante la obligatoria presencia del juez facilitador, un auxiliar que los ayuda

en la relación para establecer un diálogo y que debe contar con cierta experiencia, ser paciente, prudente y saber escuchar. Dado que la conciliación es su compromiso de terminar con el conflicto, no debe dejar "cabos sueltos" que conduzcan a su fracaso o reabran el debate que pretende cerrarse.

No obstante el esfuerzo volcado por los silenciosos jueces de primera instancia en este sentido, estamos convencidos de que no todos los casos pueden ser objeto de conciliación. En esos supuestos, creemos que ha de dejarse en manos del criterio del juez la decisión de destinar o no, esfuerzos que apunten a ese fin.

Seguidamente, veamos algunos apuntes sobre la negociación.

IV. La negociación: Tips y ventajas.

Principalmente en el orden de las relaciones personales, los conflictos reclaman formas adecuadas de resolución. Durante mucho tiempo se le ha dado un enfoque estrictamente jurídico a situaciones que excedían absolutamente esa dimensión. Como instrumento, el Derecho se ha mostrado insuficiente para solucionar los problemas que derivan, por ejemplo, de situaciones familiares tales como los divorcios, la violencia, el abandono de los hijos, la discriminación de la mujer, etc. Nadie puede ya permanecer indiferente a las consecuencias disvaliosas de un proceso judicial que la mayor parte de las veces destruye las relaciones y no deja el piso de cooperación mínimo como para que las partes puedan seguir interrelacionándose de manera productiva.

En otro tipo de relaciones personales, vg. las que derivan de las sociedades familiares, las sucesiones por causa de muerte, los consorcios de propiedad horizontal, el trabajo, la escuela, etc. la negociación y la mediación, como formas efectivas de resolución de controversias, también se han ido filtrando, con el fin de evitar que los conflictos que allí se suscitan degeneren en situaciones de violencia o pérdidas irreparables para las personas (8).

Se ha definido a la negociación como la forma más elemental de resolver las disputas. Elemental en cuanto a la cantidad de partes que intervienen (sólo las directamente implicadas), en cuanto a la estructura (no es necesaria una infraestructura legal, institucional, o física que la sostenga), en cuanto a costos financieros, y en cuanto a tiempo (sólo el necesario) (9). Tanto ella como la mediación, tienen la gran ventaja de que son por sí mismas un reaseguro contra la pérdida de tiempo. Al tratarse de procesos

voluntarios, si las partes consideran que no están funcionando bien o que se dilatan sin sentido, pueden retirarse cuando lo deseen. La negociación y la mediación sobreviven sólo si funcionan bien. En cambio el litigio sobrevive aun cuando su objetivo de alcanzar una solución justa en tiempo útil se haya tergiversado u olvidado (10).

En el marco de una negociación, se pone énfasis en satisfacer necesidades más que deseos y ha de conocerse previamente, qué concesiones se está dispuesto a hacer, asegurándose previamente que el otro es merecedor de esas concesiones y si se expresa de entrada, con cautela, la voluntad de conceder, puede allanarse rápidamente el camino hacia el acuerdo, lo que ahorra tiempo y genera confianza (11). Es preciso también, no sólo una buena preparación previa sino también, administrar la información (la propia a compartir, la ajena a contrastar, la ajena a explorar), formular preguntas, escuchar y hacer ver a la persona que ha sido escuchada, observando siempre el lenguaje corporal (que desvela el nivel de ansiedad, de sinceridad, de poder). Quienes saben gestionar la información con habilidad, saben preguntar, cuándo hacerlo y cómo hacerlo, para conocer los verdaderos límites de la otra parte, evitándose contestar preguntas delicadas. Es preciso cuidar de apoyar siempre las ideas con buenos argumentos, hechos y datos. Asimismo, gestionar la relación interpersonal, percepciones, emociones y valores en juego (12), separando siempre el problema de la persona. La tarea se corona con una autoevaluación una vez terminada la negociación, haciéndose una síntesis de nuestra propia actuación para sentar las bases de mejora para oportunidades futuras.

En toda negociación es fundamental gestionar el uso del tiempo. A veces es conveniente frenar un proceso de negociación "atascado" no perdiendo más tiempo y solicitando un cuarto intermedio para pensar y evaluar nuevas alternativas, lo que puede permitir descomprimir la situación y obtener una solución beneficiosa a partir de un análisis más tranquilo y objetivo por parte de los involucrados. Ese tiempo debe traducirse en creatividad, no en ansiedad. Para la gestión de los "tiempos muertos" es siempre conveniente pedir una propuesta final antes y mantener la disciplina durante ellos.

El esfuerzo de ser creativos propone el rompimiento de paradigmas, esa voluntad de encontrar un acuerdo para satisfacer las necesidades básicas. Uno de los inhibidores de la creatividad está dado por el condicionamiento que el mandante genera en el letrado, dándoles poca libertad de acción. Esta situación se advierte a veces, entre

las compañías aseguradoras y sus apoderados enviados a una negociación o mediación.

Es preciso reconocer que el perfil argentino, a la hora de una negociación, se caracteriza por ser desconfiado, hábil, muy poco conciliador y mucho menos, modesto (13).

Negociar, en síntesis, supone la aceptación previa de la necesidad de interactuar con alguien, en el sentido más estricto de la expresión. Negociar es una práctica que requiere una actitud de gran receptividad y de máxima tolerancia. Negociar es escuchar, comprender, valorar, intercambiar, aprender, pactar, comunicar, acordar. La negociación supone inteligencia emocional, creatividad, escucha activa, empatía, asertividad, preparación, interculturalidad y gestión del tiempo (14).

VI. La transacción como resultado de la negociación:

La transacción, materia propia del derecho sustancial, se encuentra estrechamente ligada al proceso en cuanto su objeto son los derechos litigiosos, las pretensiones que las partes han esgrimido en el marco de un proceso contencioso. Con frecuencia, en la práctica forense se advierte la utilización de la transacción como un medio para llegar a una justa composición de los intereses de las partes, sea para finalizar un proceso o para prevenir esta vía.

La actual regulación del Código Civil y Comercial (CCC) ha cambiado la visión sobre la naturaleza jurídica de la transacción, a la vez que reafirma sus efectos.

Se la define como un contrato bilateral, oneroso y consensual. Para formalizar un acuerdo transaccional es necesario que la voluntad se exteriorice con la finalidad de evitar un litigio o ponerle fin. Se trata de un elemento tipificante del instituto establecido expresamente por el art. 1641 CCC que supone la preexistencia de una relación o situación jurídica objeto de una controversia, a la cual las partes pretenden dar término.

Muchas veces, esa transacción es resultado de la actividad diligente y habilidosa de dos partes que han venido a hacerse concesiones recíprocas luego de una negociación bien llevada y concluida en términos exitosos para ambas. Sus efectos, entonces, se capitalizan para el propio proceso, al que ponen fin aunque mediante la renuncia al dictado de la sentencia del juez.

VII. Cierre.

A la pregunta del título, entonces, respondemos por la negativa. Es que la jurisdicción, en su concepto más actual, ya no es ejercicio de poder sino función y actividad de garantía de acceso a la justicia para la solución de conflictos. En su objetivo de pacificar con justicia, entonces, el proceso judicial no es la única herramienta disponible. Pero para una exitosa utilización de los medios alternativos que apuntan a la eficiencia, será preciso prepararse y echar mano de habilidades, recursos y experiencias, cualquiera sea la disciplina de los que procedan, sin olvidar el abogado su carácter de representante de los intereses de su cliente, con conciencia de que "es mucho más fácil apostar la finca cuando uno es el dueño de ella"(15).

Como se habrá inferido ya de las citas, la ciencia de los negocios, del ámbito empresarial, la kinésica y el arte de la dialéctica y argumentación mucho tienen para aportar al Derecho, porque los tiempos han cambiado, y nos exigen una respuesta diferente ante el conflicto en este Siglo XXI.

Citas:

*En su exposición: "Del caso jurídico al conflicto jurídico. Tipos de conflictos", en las "Jornadas Preparatorias del XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal", San Nicolás (Prov. de Bs.As.), 11 de Julio de 2017, Colegio de Abogados de San Nicolás.

1. PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *Ensaio sobre a processualidade. Fundamentos para uma nova teoria geral do processo*, Gazeta Jurídica, Brasília, DF, 2016, pág. 5.
2. PEYRANO, Jorge W, "Anotaciones sobre la gestión conciliatoria. Estímulos y predisponentes. La llamada pericial prevalente", en Revista de Derecho Procesal, 2010-2, Rubinzal-Culzoni, pág. 97.
3. LABRADA, Pelayo Ariel-Courcade, Carlos E- De Cara, Andrés, *Manual de gestión para el servicio de justicia*, Nova Tesis, 2008, pág. 142.
4. FERNÁNDEZ BALBIS, Amalia, *El deber de comparecer a las audiencias de los procesos sometidos a la oralidad: Una propuesta de ejecución de la sanción ante el incumplimiento*, en Suplemento Doctrina Procesal, La Ley, Diciembre de 2016, 77. AR/DOC/3555/2016.
5. FERNÁNDEZ BALBIS, Amalia, "El informe médico pericial y su posible consideración en

el proceso de daños", en Doctrina Judicial Procesal, La Ley, 2016 (agosto), 4/8/16, pág. 67, AR/DOC/2212/2016.

6. PEYRANO, Jorge W, *Procedimiento Civil y Comercial I, Conflictos procesales*, "Cartilla para jueces conciliadores", Ed. Juris, Rosario, 2002, pág 41.

7. URY, William, *¡Supere el no!* Ed. Norma, Bogotá, Colombia, 1993.

8. DE GRACIA, María Isabel, *La negociación. Una capacidad práctica del abogado*, ed. LEP, 1999, pág. 33.

9. DE GRACIA, M.I, op.cit en nota 8, pág. 24.

10. DE GRACIA, op. cit, pág.111.

11. LUCHI, Roberto-ZAMPRILE, Alejandro-LUZURIAGA, Nicolás, *El arte de la negociación*, Ed.Temas, IAE, Bs.As. 2011, pág 46.

12. LUCHI-ZAMPRILE-LUZURIAGA, op.cit. nota 11, pág. 49.

13. LUCHI-ZAMPRILE-LUZURIAGA, op.cit. nota anterior, pág. 190/191.

14. PONTI, Franc, *Los caminos de la negociación*, Ed. Granica, Buenos Aires, 2016, pág.23.

15. BRANSON, Richard, *El estilo Virgin*, Ed.Paidós empresa, Bs.As.2016, pág.340.