

PONENCIA: “Gestión Conciliatoria: Prueba anticipada de peritos como pericial prevalente”

COMISION: (Procesal civil): Tema 4: Conflicto y Comunicación

AUTOR: María Florencia Alloatti, DNI 34315377, Dirección: Chacabuco 1262, 8° C, Nueva Córdoba, Ciudad de Córdoba, Teléfono: 0351-152270001, correo electrónico: floralloatti@hotmail.com, fecha de nacimiento: 08/04/1989.

SÍNTESIS DE LA PROPUESTA:

- Recalamos la importancia de repensar el rol de la justicia y brindar herramientas prácticas que den soluciones beneficiosas para la comunidad, de modo que se respeten de forma total las garantías de acceso a la justicia y a la solución justa. Procuramos un cambio de paradigma que involucre no solo a los operadores jurídicos, sino a la sociedad toda.
- Proponemos que a través de una prueba pericial prevalente puedan las partes arribar a la solución del conflicto mediante la celebración de una audiencia de conciliación que se llevará a cabo luego de producida la prueba pericial en forma anticipada.
- Dicha pericial anticipada podrá ser solicitada por la parte actora o dispuesta de oficio por el juez, antes de trabada la litis y luego de admitida la demanda, siempre y cuando la actora la hubiese ofrecido.
- Se le otorga al juez un rol preponderante cual es el de conciliar, debiendo lograr que las partes lleguen a un acuerdo, teniendo como base no solo fundamentos legales sino también técnicos.

POSTULACION: Manifiesto mi intención de participar en el concurso de mejores ponencias presentadas por jóvenes abogados y a competir para ser seleccionadas para publicar en el libro del Congreso y los Premios “Asociación Argentina de Derecho Procesal” y “elDial.com”.

INTRODUCCION

Uno de los problemas que se observa en nuestro país esta dado por la alta tasa de litigiosidad existente en nuestros tribunales, lo que se relaciona directamente, junto a otras variables con la prestación de una justicia ineficaz y lenta.

Lo cierto es que el conflicto es connatural al ser humano y la autocomposición muchas veces no suele ser el método buscado a los fines de su resolución.

Una vez que las partes han llegado a la instancia judicial, sus expectativas ya están puestas en la sentencia o en el acuerdo que logre el juez de la causa, antes que en la resolución alternativa, fuera del proceso y frente a un tercero sin imperio¹.

El proceso judicial aparece entonces, *per se*, como un método efectivo a los fines de la composición del litigio, ya que asegura el respeto de ciertas garantías que posibilitan una solución definitiva y ejecutoria. El imaginario colectivo ve en el juez y en el proceso una forma de solución de su conflicto y ello se debe, en gran medida a que existe enraizada en nuestra sociedad una cultura del litigio que se caracteriza por la tendencia a resolver los conflictos bajo la forma adversarial².

Sin embargo el proceso judicial no parece una alternativa eficaz ya que la realidad demuestra que la sobrecarga de causas trae aparejada como consecuencia que los plazos judiciales suelen ser mas amplios que los esperados y la resolución tarde años en llegar.

Estas variables nos llevan a definir dos realidades:

- a La composición adversarial del litigio y la cultura litigiosa predominante en nuestra sociedad.

¹ HIGHTON, Elena I., Aréan, Beatriz A. "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los codigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, 1° Edición, Tomo 1 pág. 568

² HIGHTON, Elena I., , ALVAREZ, Gladys S.. " Mediación para resolver Conflictos". Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, pag 25

b El proceso judicial lento, ineficaz que insume altos costos económicos, energías, ansiedades, esperas e incertidumbres a los que en él intervienen.³

Es por ello que debemos repensar el rol de la justicia y brindar herramientas prácticas que den soluciones beneficiosas para la comunidad, de modo que se respeten de forma total las garantías de acceso a la justicia y a la solución justa. Procuramos un cambio de paradigma que involucre no solo a los operadores jurídicos, sino a la sociedad toda.

En tal contexto, planteamos una propuesta, la que desarrollaremos en las líneas subsiguientes y que tiene alguna semejanza con el Discovery del sistema anglosajón, pero a la que adaptamos a nuestra realidad y a supuestos específicos.

PRUEBA PROACTIVA : EL DISCOVERY ANGLOSAJON, EL CODIGO BRASILERO Y CORRENTINO

En los países del common law, como en los Estados Unidos e Inglaterra, el juez impone su presencia física desde el primer momento, con su aparición oportuna y acción eficaz, a fin de echar las bases para un cambio de opiniones con los abogados y las partes, en un estilo de comunicación que permite encontrar salidas satisfactorias de tipo transaccional.⁴

Uno de los sistemas que allí se implementa es el Discovery, que permite a las partes recoger material probatorio a su favor y conocer el material probatorio del contrario antes del juicio, mediante el pre-trial o prueba previa, y las pretensiones y defensas de su adversario. Los principios fundamentales en que se funda ese instituto son los siguientes: a) cada una de las partes debe ser puesta en situación de establecer la existencia de prueba y de tomar vista antes del juicio del material probatorio de que quiere servirse el adversario, evitando así, en cuanto sea posible, el elemento de sorpresa; b) los expedientes dirigidos a obtener el material probatorio y a conocer el del adversario, no deben ser utilizados de mala fe y al objeto de obstaculizar el proceso; c) el juez

³ Conf. HIGHTON, Elena I., , ALVAREZ, Gladys S.. “ Mediación para resolver Conflictos”, Ob. Cit., pag 24

⁴ Idem nota 3, pag 104

interviene sólo en caso de controversia o de oposición; d) las actuaciones de prueba se incorporan durante el juicio (exhibición de actas y documentos) y pueden no ser admisibles; e) la parte puede citar como testigo a la contraria, quien declara bajo juramento de decir verdad.⁵

Sin embargo la implementación de este sistema en nuestra cultura jurídica no sería de gran utilidad en su forma mas pura, ya que los involucrados en el conflicto incurren en altísimos costos a los fines de la recolección de la prueba en forma privada. Es por ello que algunas legislaciones han implementado institutos con características similares al Discovery anglosajón, como es por ejemplo el código de Brasil que expresamente prevé la producción de prueba temprana cuando la prueba a producirse sea susceptible de viabilizar la autocomposición u otros medios adecuados de resolución de conflictos; o cuando el conocimiento previo de los hechos permita justificar o impedir el enjuiciamiento del caso. Es decir que la anticipación de la prueba se realiza a los fines de lograr un acuerdo o evitar el proceso judicial.

Por otra parte en nuestro país, específicamente en la Provincia de Corrientes se ha establecido normas semejantes a la anterior descripta y que tienden a la producción de prueba anticipada a los fines de lograr soluciones conciliadoras.⁶

Se ha dicho que en estos casos la anticipación de la prueba se realiza con finalidad proactiva ya que ésta propende a la medición de las propias fuerzas y las del adversario con el objetivo de calcular las probabilidades de éxito, pudiendo conducir a no iniciar el proceso o terminarlo sin llegar

⁵ ARAZI, Roland. Hacia un nuevo Código Procesal Civil y Comercial. Publicado en: LA LEY 26/09/2016 , 1 • LA LEY 2016-E , 1030. Cita Online: AR/DOC/2924/2016

⁶ Artículo 326 "bis" correntino: Prueba Pericial Anticipada: En todas las acciones judiciales donde las partes hayan ofrecido la prueba pericial y acompañados los interrogatorios periciales con los puntos a peritar, una vez contestada la demanda por los emplazados, el tribunal, antes de ordenar la producción de la restante prueba ofrecida por las partes, designará a los peritos que intervendrán para el correspondiente informe pericial, que se practicará con intervención de las partes y de los consultores designados por las partes, que refrendarán la pericia o practicarán las observaciones e impugnaciones que correspondieren. Audiencia de Conciliación: Inmediatamente de concluida la pericia y resueltas las observaciones e impugnaciones practicadas por las partes, el tribunal convocará a una audiencia de conciliación a la que concurrirán las partes personalmente, sus letrados, el perito y los consultores técnicos de parte, en la que se procurará con los resultados de la pericia, que las partes se avengan a un acuerdo resolutorio de todas las cuestiones en litigio, homologándose por el tribunal, en su caso, lo convenido por las partes. Ausencia de acuerdo: En caso de no lograrse en dicha audiencia que las partes se avengan para dar por concluido el proceso, las actuaciones proseguirán en la forma dispuesta por este Código.

a sentencia definitiva (demandante que desiste del proceso o del derecho, demandado que se allana, ambos que concilian o transigen) o a persistir en él hasta la emisión de la sentencia de mérito, en todos los casos para procurar el bien mayor o evitar el mal menor percibidos como mas probables. Se prueba ahora para luego decidir si iniciar o terminar o continuar el proceso. La consigna es probar antes de- y para luego recién- actuar procesalmente.⁷

NUESTRA PROPUESTA: PRUEBA DE PERITOS ANTICIPADA A LOS FINES DE LOGRAR UNA CONCILIACION ENTRE LAS PARTES

a) La elección de la prueba pericial como medio de prueba anticipada proactiva

Como dijimos anteriormente, nuestra propuesta se relaciona con las hipótesis anteriormente desarrolladas, pero aplicadas a un supuesto específico, cual es la prueba pericial.

El porqué de la elección de este medio probatorio esta dado por el carácter que reviste la función del perito dentro de un proceso judicial, ya que la pericia tiene una doble vertiente: a) verificar e informar sobre hechos que requieren conocimientos especiales que escapan a la cultura común del juez y de las personas, explicando sus causas y efectos; b) suministrar las reglas técnicas o científicas de la experiencia especializada de los peritos para formar la convicción del juez sobre tales hechos. Esto sería, propiamente, el dictamen debida y suficientemente fundado⁸

El conocimiento técnico que proporciona este auxiliar de justicia contribuye a complementar el rol que en este caso queremos otorgarle al juez, quien teniendo fundamentos técnicos (proporcionados por el dictamen pericial anticipado) y legales (iura novit curia) puede lograr

⁷ TORIBIO, Enrique Sosa." La prueba anticipada con finalidad proactiva." UNIDAD XII.1 - PRUEBA ANTICIPADA. 24 A G O . 2 0 1 3 . <http://sosaprocesal.blogspot.com.ar/2013/08/unidad-xii-prueba-anticipada.html>

⁸ ZALAZAR, Claudia E., ABELLANEDA, Román Valoración de la prueba pericial Publicado en: LLC 2014 (julio) , 587 . Cita Online: AR/DOC/2206/2014

que las partes arriben a una solución del conflicto por medio de la conciliación judicial.

Es lo que ha sido denominada pericial prevalente es decir que se habilita a efectos que las partes en conocimiento de los resultados de la pericia propongan una solución concordada que de por concluido el pleito⁹

No debemos dejar de pensar por ejemplo, en la importancia que adquiere la prueba pericial en procesos tales como los de daños y perjuicios, a los fines de determinar los daños reclamados, en la acción de mala praxis médica¹⁰ o en el caso de vicios o defectos ocultos de la cosa vendida.

b) Rol del Juez: Juez Conciliador

Se le otorga al juez un rol preponderante cual es el de conciliar, debiendo lograr que las partes lleguen a un acuerdo, teniendo como base no solo fundamentos legales sino también técnicos. Es decir que debe propender a que las partes puedan conciliar sus intereses, debiendo actuar con cautela e informando respecto de sus posiciones y de los riesgos a asumir en un proceso judicial.

Es muy importante destacar que en el ámbito judicial la presencia del juez importa para las partes la posibilidad de ser oídas en sus reclamos frente a su adversario, experimentando una suerte de catarsis que los

⁹ Ferreyra, Vide de Cesar, Prueba pericial prevalente. El artículo 326 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes"m c.p. PEYRANO, JORGE W." ANOTACIONES SOBRE LA GESTIÓN CONCILIATORIA. ESTÍMULOS Y PREDISPONENTES. LA LLAMADA PERICIAL PREVALENTE". <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/anotacionessobrelagestionconciliatoria.pdf>

¹⁰ Así se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en autos Monicci de Huespe, Miriam M. y ot. c. Carignani, Jorge A. y ot. • 22/05/2007 cuando establece: "...Estoy haciendo referencia —en primer lugar— al peritaje médico-legal, desde que el mismo se erige como un elemento de ponderación inexcusable y de casi decisiva receptación habida cuenta no sólo la peculiar entidad de los sucesos sometidos a juzgamiento, "sino también la no apropiada formación de jueces y abogados para entender, en su cabal dimensión, la razón de ser de una concreta actuación médica" (Kent J., "Breves...", ob. cit.). En esta línea, ha sostenido autorizada doctrina que: "... un dictamen pericial es un elemento valiosísimo de orientación judicial que, en principio, si es coherente y fundado, no existe razón para apartarse de él y esto no implica sometimiento; muy por el contrario, implica una conducta responsable del magistrado, por el respeto, en la especialidad del conocimiento científico..." (Gherzi, C., "Responsabilidad médica. La trascendencia de la pericia médica. El tratamiento científico adecuado. La omisión, como causa del daño. La aplicación del art. 1625 del Proyecto de Unificación Civil y Comercial por la Suprema Corte de Buenos Aires", en JA, del 17 de junio de 1992, N° 5781). Publicado en: La Ley Online Cita online: AR/JUR/3774/2007 .

tranquiliza y les permite finalmente apreciar el valor y ventajas de un arreglo.¹¹

Los códigos procesales actuales le otorgan al juez la facultad y el deber de procurar la conciliación entre los intervinientes. Un ejemplo de ello es el Art. 36 Inc. 2 de el Código de la Nación, quien expresamente lo establece disponiendo incluso la comparecencia personal de las partes. Del mismo modo, el Art. 360 Inc. 1 del mismo cuerpo normativo, que ordena al juzgador a invitar a las partes a los fines que concilien o encuentren una forma de solucionar conflictos.

El Juez entonces puede y debe actuar como facilitador en la negociaciones de las partes y debe propender a ello.

Es por esto que nuestra propuesta, adelantamos, incluso otorga la facultad al magistrado de disponer de oficio la producción en forma anticipada de una prueba pericial ofrecida (por la actora) , a los efectos de que con el dictamen del perito y su leal saber y entender puedan las partes establecer las posibilidades de mínima y máxima de sus pretensiones y consecuentemente lograr una solución que satisfaga sus intereses y resuelva el litigio de forma rápida y efectiva.

La función conciliadora del juez importa que a través de mecanismo predisponente (cual es la prueba pericial prevalente) se cumpla la misión de persuadir a las partes acerca de la conveniencia de conciliar ante la comprobación de la inminencia de una sentencia que probablemente le sea desfavorable.¹²

METODOLOGÍA: PRUEBA ANTICIPADA

a) a solicitud de la parte actora

Proponemos que lo solicite la parte actora, una vez presentada la demanda y a los efectos de intentar un acuerdo con la contraria. En dicho caso si el juez admite dicha prueba, por resolución fundada¹³, se citara y correrá traslado a la contraparte quien manifestará o no su intención de

¹¹ Idem Nota 1

¹² PEYRANO, JORGE W." ANOTACIONES SOBRE LA GESTIÓN CONCILIATORIA. ESTÍMULOS Y PREDISponentes. LA LLAMADA PERICIAL PREVALENTE".

<http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/anotacionessobrelagestionconciliatoria.pdf>

¹³ La resolución fundada es a los efectos de "persuadir" a la parte contraria de los beneficios de someterse a este tipo de prueba anticipada y de solucionar el conflicto de forma rápida y efectiva.

someter la causa a prueba pericial a los fines mencionados. Podrá ofrecer puntos de pericia y proponer en su caso peritos de control.

En caso que la demandada no conteste o manifieste su intención de no someterla, el juez podrá valorar la conveniencia de efectuar dicha pericial en forma anticipada a fin de que una vez realizada, convoque a las partes a una audiencia conciliatoria.

Cabe aclarar que a diferencia de la propuesta que establece el código correntino ¹⁴ nosotros proponemos que esta prueba pericial se realice incluso antes de trabada la litis. Es decir que con la presentación de la demanda ya la actora podrá solicitar la realización de este medio probatorio con el objetivo de procurar un acuerdo con la contraparte.

Por nuestra parte creemos que ello debe ser así, ya que es importante un cambio de paradigma en donde pueda repensarse la articulación de la trama fáctica del proceso, como una antesala del juicio mismo, en que las partes interactúen, frente al magistrado y con el estímulo de un mecanismo predisponente, cual es el dictamen pericial, que tiene el carácter de prueba prevalente y que lleve a éstas a evaluar el éxito en conseguir o no una sentencia favorable y con ello a la búsqueda de una solución conciliadora.¹⁵

Asimismo queremos recalcar que la utilización de este medio probatorio anticipado en ningún modo importa conculcar el contradictorio ni el derecho de defensa de las partes, ya que el demandado tiene la posibilidad de manifestar su intención de someterse o no a la realización de la pericia y esta habilitado también a ofrecer puntos de pericia, proponer peritos de control y disentir e impugnar el informe pericial presentado.

La circunstancia que lleva a que la pericia se efectúe antes de trabada la litis y conjuntamente con la presentación de la demanda se debe a que los fundamentados aportados por el actor al momento de entablar la

¹⁴ Ver nota 6

¹⁵ Conf. Sosa, Toribio Enrique. Cucatto, Mariana, "Oralidad prejudicial para la depuración y delimitación de conflicto final" en XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal. Santiago del Estero, 2017. Disponible en: <http://congresoderechoprocesal2017.jussantiago.gov.ar/wp-content/uploads/2017/06/Tema-4-Sosa-Ccucatto-Oralidad-prejudicial-para-la-depuraci%C3%B3n-y-delimitaci%C3%B3n-de-conflicto-final.pdf>

acción resulta determinante para decidir la utilidad de la realización de dicha prueba pericial.

Además no debe olvidarse que el demandado será oído y podrá plantear todas las defensas que hagan valer su derecho en la oportunidad de la audiencia conciliatoria, o en caso de no presentarse o no existir acuerdo, en el momento de la contestación de la demanda.

Amén de ello debemos recalcar que el perito es un auxiliar judicial, es la *longa manus* del juez y por lo tanto reviste el carácter de tercero imparcial e independiente, ajeno a las pretensiones de las partes, lo que también importa una garantía de imparcialidad y debida defensa de las partes.

Destacamos y reiteramos que es importante repensar el proceso en aras a obtener beneficios para quienes acuden al servicio de justicia. Una amigable composición del litigio ofrece múltiples ventajas para las partes y la solución conciliadora que se encuentra dentro de un proceso judicial aprovecha las cualidades que tienen tanto los métodos alternativos de resolución de conflictos como el proceso judicial. Es conjugar ambos sistemas y extraer sus mejores características.

Por otra parte, no se prevé la posibilidad de ejercer esta facultad por el demandado en razón de que si nos atenemos a los modelos de proceso consagrados por los códigos modernos, al contestar la demanda y trabándose en consecuencia, la litis, deviene inmediatamente como consecuencia la realización de la audiencia conciliatoria en donde las partes podrían solicitar la producción anticipada o ordenarla el juez en virtud de las facultades que en dicha audiencia se otorga ¹⁶, por lo cual esta instancia, nada aportaría en relación con las posibilidades otorgadas por las previsiones normativas actualmente vigentes.

B) de oficio¹⁷

El juez de oficio podrá por resolución fundada, al momento de admitir la demanda, siempre y cuando la prueba pericial fuese ofrecida

¹⁶ Por ejemplo en el caso del Art. 360 Inc 5 del C.P.C.C.N.

¹⁷ Esta facultad podrá ser posible únicamente en aquellas legislaciones procesales en las cuales se exige con la presentación de la demanda el ofrecimiento de las pruebas que las partes intentaren valerse, ya que en caso contrario el juez no podría probar lo que las partes no probaron.

por la actora, ordenar su producción en forma anticipada si considere que de las resultas de dicha prueba pueda obtenerse una solución conciliadora para las partes, la que será intentada una vez efectuada dicha pericial y mediante una audiencia a la que convocará a ambas partes.

La razón por la que se le otorga la facultad de efectuarla de oficio radica en que si el juez tiene posibilidad de convocar a las partes a los fines de intentar una conciliación, ¿ por que no darle facultades para que dicha conciliación pueda ser llevada a cabo con herramientas precisas que tengan por efecto que dicho acuerdo se logre de forma mas rápida y efectiva?.

Como sostuvimos anteriormente es importante definir el rol del juzgador quien tiene amplias potestades conciliatorias y debe intentar la conciliación entre las partes. Pensamos entonces que es mejor que dicha función la ejerza teniendo a mano un mecanismo predisponente a dichos fines.

No significa que con esta facultad el magistrado pruebe lo que deben probar las partes, ya que se trata de la pericial ofrecida por la actora. En la propuesta que motiva la presente ponencia, o que resulta determinante, es que la misma se realice de manera anticipada.

Se trata entonces de lograr una solución amigable que brinde ventajas tanto para las partes como para el servicio de justicia.

Descomprimir los tribunales es un objetivo que continuamente se intenta alcanzar y a través de estos medios puede llegarse a lograrse.

Es por ello que el juez debe desempeñar la función conciliadora buscando la colaboración de aquellos que aporten conocimientos técnicos para que las partes evalúen la conveniencia de evitar un proceso contencioso que en virtud del tiempo que insume, tienda a agravar las posiciones de las partes y con ello el conflicto existente entre ambas.

Ahora bien, el juez no debe incurrir en prejuzgamiento, sino que debe a partir de cuestiones fácticas y objetivas (en este caso prueba pericial) arrimar a las partes para que intenten una conciliación amigable.

Audiencia:

Una vez incorporado el dictamen pericial y resueltas las observaciones o impugnaciones formuladas, el juez convoca a las partes a una audiencia conciliatoria a la que deberán comparecer en forma personal. Su incomparecencia constituirá indicio en contra de quien no se presente.

En esta instancia, y ya con el material probatorio incorporado, se celebrará una audiencia en donde tanto la actora como la demandada expondrán sus argumentos frente el juez, quien intentará acercar a las partes para que estas arriben a una solución conciliadora.

Es de destacar que las partes deben colaborar y actuar de buena fe, como así también el magistrado quien debe avenir a las partes proponiendo fórmulas conciliatorias a partir de los resultados obtenidos en los dictámenes periciales.

BUENA FE Y DEBER DE COLABORACION DE LAS PARTES

Debe primar por sobre todo la colaboración y buena fe de los agentes que participan, es decir no solo de las partes sino de todos los que intervienen brindando el servicio de justicia.

Es por ello que no debe permitirse al actor desistir del proceso una vez de solicitada la prueba anticipada, sin que ello implique el pago de costas por su actitud contraria a la buena fe.

Asimismo el magistrado interviniente debe estar presente en la audiencia y adentrarse en el conflicto y las posturas de las partes a fin de proponer formulas conciliatorias eficaces¹⁸.

PROPUESTA DE NORMA:

Prueba De Peritos Anticipada: Podrá solicitarse por la actora conjuntamente con la presentación de la demanda y a fin de de intentar un acuerdo con la contraria. Si el juez admite la producción de dicha prueba, por resolución

¹⁸ Ver PEYRANO, Jorge W. Consejos para Jueces Conciliadores. Disponible en :
file:///C:/Documents%20and%20Settings/jf1z0m/Mis%20documentos/Downloads/CF170129F1%20(1).PDF

fundada, se citará y correrá traslado a la contraparte quien manifestará o no su intención de someter la causa a la prueba pericial mencionada.

En caso que la demandada no conteste o manifieste su intención en sentido negativo, el juez podrá valorar la conveniencia de efectuar dicha pericial en forma anticipada a los fines que una vez realizada la pericia, convoque a las partes a una audiencia a los efectos de intentar una conciliación entre las mismas.

Asimismo el juez de oficio podrá por resolución fundada, al momento de admitir la demanda, siempre y cuando la prueba pericial fuese ofrecida por la actora, ordenar su producción en forma anticipada si considere que de las resultas de dicha prueba pueda obtenerse una solución conciliadora para las partes, la que será intentada una vez efectuada dicha pericial y mediante una audiencia a la que convocará a ambas partes.

- a) La inasistencia a la audiencia conciliatoria constituirá un indicio en contra de aquel que no se presente.*
- b) Esta norma podrá aplicarse siempre y cuando no se encuentre comprometido el interés público o derechos indisponibles de las partes.*

En caso de no lograr acuerdo conciliatorio el trámite proseguirá conforme lo dispuesto.