

Derecho Procesal Civil - COMISIÓN n° 3

Tema (título de la ponencia): **“Colaboración, incentivos, adaptabilidad de las formas y acuerdos procesales. La audiencia preliminar ‘anticipada’, hacia una demanda y contestación conjuntas”**

Autor: Sosa, Toribio Enrique

Domicilio: Pte. Uriburu 2026 – Trenque Lauquen (Bs.As.) 6400

Celular: 02392-15612427

Correo electrónico: tesosa@live.com.ar

Conclusiones

Hemos discurrido sobre el empleo de incentivos procesales a fin de fomentar la colaboración de las partes en el proceso para v.gr. adaptar las formas procesales a través de acuerdos procesales, en especial para delimitar y depurar el futuro proceso a través de una audiencia preliminar “anticipada”, acaso camino posible para una demanda y contestación conjuntas.

Eso así, abordando los siguientes temas:

- 1- Colaboración en el proceso
- 2- Incentivos procesales
- 3- Formas procesales y su adaptación
- 4- Acuerdos procesales
- 5- Derecho al debido proceso como límite para los acuerdos procesales
- 6- Demanda y contestación conjuntas: rara avis in Terris
- 7- Audiencia preliminar “anticipada” (APA) o instrucción civil preparatoria (ICP), hacia una demanda y contestación conjuntas
- 8- Incentivos para la APA o ICP

Referencia a Congresos anteriores

Sobre acuerdos procesales:

XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal “Nuevos sistemas de litigación” 12, 13 y 14 de septiembre de 2019, San Juan. COMISIÓN Nº 2 (Derecho Procesal Civil): Nuevas estructuras procesales, conclusión nº 5 (en <http://www.aadproc.org.ar/>).

Sobre instrucción civil preparatoria:

XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal 10, 11 y 12 de setiembre de 2015, San Salvador de Jujuy. COMISIÓN 1 (Derecho Procesal Civil y Comercial), SUBCOMISIÓN 1 (Implementación de nuevos sistemas de resolución de conflictos), conclusiones & 1906 y & 1907 (en “Congresos Nacionales de Derecho Procesal. Conclusiones”, FERNÁNDEZ QUIRÓS, Juan C. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, pág. 431/432)

1- Colaboración en el proceso

Según la RAE, “colaborar” es trabajar con otra u otras personas en la realización de una obra. En ese sentido, en el proceso existe colaboración, porque el juez solo no puede hacer un proceso, así como tampoco pueden solas, sin la otra, la parte demandante o la parte demandada. El proceso se desarrolla mediante múltiples interacciones entre todos los sujetos. Si por su naturaleza el proceso comporta, como comúnmente se acepta,¹ una relación jurídica compleja y diferente de la relación jurídica sustancial sobre la que se debate en su seno, los sujetos procesales (juez, partes, auxiliares) “colaboran” para construirlo, paso a paso, a través de la realización de los actos procesales que pueden o deben hacer cada uno a su turno.

Pero en ese mismo sentido, también existe “colaboración” v.gr. también en un partido de fútbol: los jugadores de ambos equipos, el árbitro y sus auxiliares, haciendo cada uno lo que debe o puede hacer dentro del campo de juego, “colaboran” para construirlo. Para completar la comparación, observemos que tanto en el proceso como en el partido de fútbol hay reglas, las partes y los equipos tienen que cumplirlas, hay un juez y un árbitro para dirigir el encuentro cumpliendo y haciendo cumplir esas reglas y, por supuesto, lo que resulta dirimente en el análisis, **hay un resultado**: se gana, se empata o se pierde.²

Por eso, si las partes del proceso saben, a nivel de resultado, que las opciones extremas son ganar o perder, madura el interrogante: durante el tránsito a través del proceso ¿acaso su objetivo no es ganar lo más posible o perder lo menos posible? ¿o será que su objetivo es alcanzar la “verdad” y la “justicia” aunque les cueste una derrota total?

Suponiendo que pudiera saberse objetiva y absolutamente qué son la “verdad” y la “justicia” en cada conflicto de intereses, ¿no es bastante idealista creer que las partes quieren alcanzarlas a toda costa, incluso arriesgándose a perder estrepitosamente en la sentencia que ponga fin al proceso? ¿no es más realista creer -porque precisamente la realidad cotidiana

¹ Desde la obra de Oskar VON BÜLOW, “Teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales” (1868).

² CALAMANDREI, Piero “Il processo come giuoco” Rivista de Diritto Processuale, Padova, A. Milani, v.1, n.1, año 1950.

nos lo muestra de ese modo- que las partes lo que quieren es obtener un resultado lo más favorable posible en esa sentencia?

2- Incentivos procesales

Es cierto, también hay héroes, santos y mártires, o personas comunes que por alguna clase de motivación social, moral, etc. preferirán la “verdad” y la “justicia” antes que ganar o no perder un juicio.

Pero asumamos, como hipótesis de trabajo, que un ser humano común medio al que le toque la experiencia de un juicio, tendrá como objetivo no tanto alcanzar la “verdad” y la “justicia”, como sí ganar lo más posible o perder lo menos posible. Ese objetivo de las partes en su tránsito a través del proceso, es relevante a los fines de poder diseñar estrategias que las induzcan a “colaborar”.

¿A “colaborar” con qué? A “colaborar” con una función jurisdiccional que no se limite a actuar la ley, sino que vaya más allá, en consonancia con las exigencias de la época, procurando una tutela efectiva de los derechos que se hacen valer a través del proceso. A “colaborar”, entonces, con una tutela judicial efectiva.

Mas, ¿por qué habrían de colaborar las partes en aras de una tutela judicial efectiva, si eso perjudicara sus intereses? Deberían colaborar porque, no colaborando, se exponen a la perspectiva de perjudicar sus propios intereses o advienen a la expectativa de beneficiar sus propios intereses: no colaboran en beneficio de un servicio de justicia eficiente sino en beneficio o para eludir el perjuicio de sus propios intereses.

¿Y cómo inducir a que las partes colaboren así en el proceso? A través de incentivos. Las personas responden a incentivos, reaccionan ante ellos. Los incentivos inducen a que el sujeto actúe o deje de actuar, al estructurar recompensas o castigos, de carácter material o no. En economía los agentes económicos toman decisiones en términos de costos y beneficios y los incentivos inciden sobre éstos (incentivos materiales); aunque en general también pueden consistir en presiones sociales, reconocimientos personales, motivaciones morales, etc. es decir, en métodos no necesariamente materiales (incentivos inmateriales).

Las normas jurídicas pueden establecer incentivos positivos (recompensas) o negativos (castigos) para que los comportamientos negativos sean evitados y los positivos realizados. Así, las normas procesales pueden establecer incentivos para la realización de determinados comportamientos en el proceso;³ por ejemplo, al estructurar cargas probatorias, estimulan la producción de la prueba ofrecida por las partes: satisfaciéndola, la parte gravada se coloca ante la expectativa de una resolución final favorable; en caso contrario, se sitúa ante la perspectiva de una resolución final desfavorable.

3- Formas procesales y su adaptación

Del análisis sistemático de algunos pocos pero muy significativos preceptos constitucionales (arts. 1, 5, 6, 17, 18, 31 y 75.12 Const. Nac.) se extrae que las personas en nuestro país tienen derecho a que los jueces, cumpliendo la función jurisdiccional del Estado, decidan sobre sus alegados derechos y a que lo hagan a través de un proceso (“juicio”) en cuyo transcurso puedan defenderse. En pocas palabras, tienen el derecho a un debido proceso.

Como todos los derechos constitucionales, el derecho al debido proceso ha de ser ejercido conforme a las normativas reglamentarias, que no deben alterarlo (arts. 14 y 28 Const.Nac.).

¿Cuáles normas reglamentan el derecho al debido proceso? Las normas procesales; en nuestro microcosmos vernáculo, contenidas comúnmente -aunque de ningún modo exclusivamente- en códigos.

Ahora bien, las normas procesales comunes, ¿garantizan en su máxima medida posible el ejercicio del derecho constitucional al debido proceso? No necesariamente: requieren o pueden requerir adaptaciones puntuales, a veces propugnadas por la ley, otras veces por el juez y otras por las mismas partes, para potenciar específicamente algún ingrediente del derecho al debido proceso⁴ y permitir así su ejercicio en la máxima medida posible.

³ SIRANGELO DE ABREU, Rafael “Incentivos processuais”, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2020.

⁴ En el capítulo V describiremos los “ingredientes” o “componentes” o “factores” del derecho al debido proceso.

Entre otras tantísimas variantes:

a- a fin de reforzar el ingrediente “plazo razonable”, por ejemplo la ley estructura un procedimiento sumario de amparo para la tutela urgente de derechos constitucionales afectados arbitrariamente o con ilegitimidad manifiesta;

b- a fin de vigorizar el componente “igualdad de las partes” (real, no meramente formal) la ley confía al juez la realización de ajustes razonables de procedimiento cuanto sean parte personas con discapacidad (ley 26378) o adultos mayores (ley 27360); el juez, además, puede interpretar la ley de modo tal de fortificar ese componente, v.gr. cuando considera que en materia precautoria la exención de contracautela no opera sólo con un beneficio de pobreza otorgado sino con uno todavía en trámite;⁵

c- a fin de robustecer el factor “derecho a ser oído”, las partes podrían acordar la admisión de alegatos allí donde la ley no los tolerase (v.gr. en el proceso plenario abreviado bonaerense, art. 493 CPCC Bs.As.).

En resumen, las formas procesales son adaptables para potenciar específicamente algún ingrediente del derecho al debido proceso y permitir así su ejercicio en la máxima medida posible.

4- Acuerdos procesales

Ha quedado esbozado que las partes pueden realizar acuerdos procesales para potenciar específicamente algún ingrediente del derecho al debido proceso y permitir así su ejercicio en la máxima medida posible.

Algunos de esos acuerdos aparecen explícitamente previstos en las normas procesales. Por ejemplo, el CPCC Bs.As., para procesos contenciosos, prevé los siguientes acuerdos procesales: unificación de personería (arts. 54/55), tratándose de costas en supuestos de conciliación, transacción o desistimiento (art. 73), para quitar perentoriedad, aunque no preclusividad, a los plazos procesales (art. 155), suspensión y abreviación de plazos procesales (art. 157), desistimiento bilateral del proceso (art. 304), demanda y contestación conjuntas (art. 335), selección de documentos indubitados de cara a un cotejo pericial caligráfico (art. 391), para determinar

⁵ CSN “A., V. M. c/ O.S.F.G.P.I.C. y D. s/ amparo ley 16.986” 13/12/2016 Fallos: 339:1683.

cantidad de peritos, designar peritos y fijar puntos de pericia (arts. 459 y 460), para consensuar martillero en una subasta judicial (art. 558.1), para aceptar una oferta alternativa en caso de configurarse la situación de postor remiso (art. 585); etc.

¿Y son admisibles otros acuerdos procesales, aunque no estén previstos expresamente en las normas procesales?

Sí, en tanto y en cuanto las partes en sus acuerdos:

a- involucren sólo sus propias facultades, cargas, deberes y obligaciones procesales (argumento res inter alios acta: art. 1199 Código Civil; art. 1021 CCyC);

b- no menoscaben el derecho al debido proceso, “debido” porque es deber del Estado garantizar su ejercicio.

5- Derecho al debido proceso como límite para los acuerdos procesales

Dado que el límite para los acuerdos procesales es propiamente el derecho al debido proceso, brota la incógnita, ¿qué incluye ese derecho? ⁶ Cual si fuera una “molécula”, el derecho al debido proceso contiene diversos “átomos”, pero cuáles átomos puede depender de criterios ideológicos.

Por ejemplo, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁷ el caudal de principios y valores que debe ser respetado para dejar a salvo el derecho al debido proceso es: a- derecho de ser oído: con asistencia letrada, públicamente, con chance probatoria, con chance de recurso, gratuitamente o al menos sin costos excesivos; b- derecho de ser respondido: de modo no arbitrario, con verdad y con justicia, con efectividad; c- todo eso, además: dentro de un plazo razonable, ante y por órgano judicial competente, independiente, imparcial y en condiciones de igualdad entre las partes.

Diseñado ese contexto, puede razonarse que no serían válidos los siguientes acuerdos procesales, por contrariar el irrenunciable contenido del

⁶ SOSA, Toribio E. “Derecho al debido proceso, ¿qué incluye?”, en El Derecho del 13/6/2015.

⁷ En https://www.corteidh.or.cr/cf/themis/digesto/digesto.cfm#_Toc_36, puede ser consultado un desarrollo completo sobre qué es un debido proceso para la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

derecho al debido proceso: actuar en juicio sin asistencia letrada; que todo el procedimiento fuera secreto incluyendo la sentencia; que no hubiera chance de plantear defensas (ver art. 944 CCyC); que no hubiera chance de producir prueba; que no se pueda recurrir la sentencia definitiva;⁸ que la sentencia definitiva debiera emitirse pero sin ajuste a derecho (v.gr. según el leal saber y entender del juez) o sin necesidad de fundamentación ninguna según la íntima convicción del juez o con aplicación del derecho extranjero cuando no corresponda según las normas de derecho internacional privado, etc.; que si la sentencia no fuera cumplida voluntariamente no se puede instar su ejecución forzada; etc.

Y, desde luego, no faltarían zonas grises o de penumbra, como si, por caso, las partes acordaran litigar en soporte papel y no electrónico: si un debido proceso sólo pudiera ser realizado electrónicamente, entonces en la era anterior, en la del papel ¿nunca hubo un debido proceso?

6- Demanda y contestación conjuntas: *rara avis in terris*

Entre todos los acuerdos procesales, hay uno que siempre nos ha llamado la atención por su sonora y mayoritaria ausencia y por su excepcional y contradictoria presencia: la demanda y contestación conjuntas, prohibida para los casos de derecho de familia⁹ pero único ámbito en que al parecer ha llegado a funcionar alguna vez (v.gr. en divorcios por mutuo acuerdo).

¿Qué es lo que en cambio sucede?

El abogado de cada parte debe realizar una concienzuda instrucción preliminar¹⁰ y, por mejor que sea, sólo servirá para tener más o menos en claro con qué cartas cuentan sus respectivos clientes (el relato y las fuentes de prueba propias), pero no para conocer con esa misma claridad las cartas del adversario (el relato y las fuentes de prueba ajenas), máxime si cada cual al mismo tiempo procura ocultarlas para utilizarse lo más sorpresivamente posible dentro del proceso. Además, sin una cierta dosis de

⁸ Haremos una ponencia específica sobre el punto de la doble instancia amplia y profunda como requisito de convencionalidad a los fines de un debido proceso.

⁹ Art. 335 al final CPCC Bs.As.; art. 302 bis al final CPC Jujuy.

¹⁰ FALCON, Enrique M. "La recolección probatoria en el proceso civil", en Revista de Derecho Procesal. Prueba - I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, to. 2005-1, pág. 113 y sgtes. TESSONE, Alberto J. "El abogado y la instrucción preliminar", La Ley 1997-E-151.

bilateralidad en la delimitación del conflicto, siempre se correrá el riesgo de ser víctimas del humano don para la “visión de túnel” o “sesgo de confirmación”: desde una posición parcial, se filtran los datos de la realidad rescatando los que se acomodan a la forma en que queremos que las cosas sean y descartando los que no se acomodan así.¹¹

Luego, dentro de un proceso¹² y ante un juez letrado, ponemos en tensión relatos unilateralmente contruidos y expuestos en los actos postulatorios; en su transcurso se tiene que producir la prueba pertinente y conducente para determinar, en la sentencia que lo corona, qué relato es el más probable y, al fin, cuál es su significación jurídica. Y, antes del proceso judicial así concebido, “injertamos” un procedimiento obligatorio de mediación¹³ o conciliación,¹⁴ orientados a la obtención de un acuerdo sin el simultáneo esclarecimiento de los respectivos relatos, siendo posible que así esos medios alternativos conduzcan: (i) a acuerdos injustos; (ii) o, en su defecto, a su tránsito con rapidez, con disgusto y sin ningún provecho, con pena y sin gloria, en tanto visualizados como rituales vacíos, inútiles y antieconómicos en tiempo y dinero.¹⁵

¹¹ HONORÉ, Carl “La lentitud como método”, Ed. RBA, Barcelona, 2013, pág. 39. DOBELLI, Rolf “El arte de pensar. 52 errores de lógica que es mejor dejar que cometan otros”, Ediciones B, Barcelona, 2013, pág. 35/41.

¹² Tomamos como referencia un proceso de conocimiento pleno, aunque cualquier tipo de proceso suele ser de todas formas ineficiente si sus resultados son confrontados con las expectativas de los justiciables.

¹³ Cuya constitucionalidad ha sido redimida por la Corte Suprema de la Nación, en “Baterías Sil-Dar S.R.L. c/ Barbeito, Walter s/ Sumario”, causa B-118 XXXV, sent. del 27/9/2001.

¹⁴ Como en la ley 26993, sobre causas en relaciones de consumo, por un monto menor que 55 sueldos mínimos, vitales y móviles.

¹⁵ Mismas razones por las que la tasa de acuerdos, hasta donde se puede saber, es muy baja Ver VILLA, Pedro S. “La etapa preliminar al proceso. Reflexiones a partir de la experiencia del derecho comparado”, en “XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal”, Ed. Facultad de Derecho UBA y AADP, Bs.As., 2009, pág. 392.

7- Audiencia preliminar “anticipada” (APA) o instrucción civil preparatoria (ICP), hacia una demanda y contestación conjuntas

Nosotros hemos propuesto ¹⁶ que, antes del proceso, suceda la audiencia preliminar que hoy se ubica luego de la primera etapa del proceso. Vamos a proponer una audiencia pre-procesal, como una especie dentro del género “diligencia preliminar”; una audiencia preliminar preparatoria, “anticipada”, que pueda conducir eventualmente a una demanda y una contestación conjuntas, cuando no, tal vez, sin ser su objetivo principal, a un arreglo autocompositivo total o parcial sobre el fondo del conflicto.

¿Cuál es el objetivo de la audiencia preliminar “anticipada”? ¹⁷ Lo es preparar el futuro proceso, no alcanzar un arreglo autocompositivo sobre el fondo del conflicto. Claro que, preparando y preparando el futuro proceso, tal vez se vayan generando paulatinamente las condiciones propicias para un acuerdo así.

Sintéticamente, ¿cómo preparar el futuro proceso? ¹⁸

Sucedería en una (o más de una) audiencia, a través del diálogo de las partes, asistido por un negociador (que puede ser un mediador, ensanchando los límites de la estrecha mediación tal como se la conoce actualmente entre nosotros; puede ser un colaborador del juez; puede ser el juez). Es decir, oralidad en estado puro.

Se debería trabajar en una audiencia, al menos con los abogados de las partes y un negociador; no tienen que estar necesariamente las partes y el juez, pero podrían. ¿Por qué no tienen que estar necesariamente las partes? Porque si no estuvieran, nada más habría que recabar su consenso posterior, lo cual hasta sería conveniente para la existencia de un espacio temporal de reflexión luego de la audiencia; si no estuviera el juez, algunas cosas acordadas quedarían deferidas a su eventual aprobación posterior si fuera necesaria, v.gr. la orden de producción de una prueba anticipada.

¹⁶ SOSA, Toribio E., “Breves notas hacia la demanda y la contestación conjuntas, a través de una audiencia preliminar anticipada (APA)” en La Ley 2/7/2020. SOSA, Toribio E. “Instrucción Civil Preparatoria o, al menos, revitalización de la prueba anticipada”, en Análisis de las bases para la reforma procesal civil y comercial, Coordinador Jorge A. Rojas, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, pág. 371.

¹⁷ “La inmaculación del proceso”, habría respondido Carlos AYARRAGARAY; ver “El principio de la inmaculación en el proceso”, Ed. Abeledo-Perrot, Bs.As., 1959.

¹⁸ El código QR al final de este capítulo conduce a una representación teatral de la audiencia preliminar anticipada realizada por personal de La Ley. Guión: Toribio E. Sosa.

La herramienta es el diálogo. Paso a paso, el abogado de la futura parte actora narra los hechos; a medida que los va narrando, el negociador le pregunta al otro si está de acuerdo o no. De esa labor, surgirá el elenco de hechos admitidos y controvertidos. Basta de novelas sobredimensionadas o incompletas en la demanda y en la contestación de demanda: solo hechos admitidos o controvertidos, y punto.

Delimitados y depurados los hechos controvertidos, la siguiente cuestión es: ¿si tuviera la carga de la prueba, cómo los demostraría? Así, respecto de uno por uno de los hechos controvertidos, los abogados deberían indicar, entonces, las fuentes de prueba disponibles por y para sus clientes.

Todo lo anterior podría realizarse telemáticamente a través de videoconferencia, lo cual sería muy útil v.gr. en una situación de aislamiento social por pandemia, como la que asoló al planeta durante los años 2020 y 2021.

Tal vez algunos hechos controvertidos fueran cruciales. En tal caso, podría proponerse y disponerse la producción de alguna prueba anticipada preponderante o prevalente, no con finalidad meramente asegurativa, sino proactiva.

Además, podrían realizarse acuerdos o negocios procesales. Por ejemplo, podría acordarse el tipo de proceso aplicable (v.gr. un sumarísimo en vez de un ordinario), agregar o quitar algún acto procesal (v.gr. incorporar la chance de alegar; que la apelación deba ser interpuesta ya fundada, etc.), convenir plazos procesales (v.gr. más amplios a continuación de toda providencia judicial notificada electrónicamente, etc.).

Todo lo acontecido quedaría en un acta escrita o simplemente en una videograbación, que, dentro de un plazo siguiente, debería ser ratificada libremente por las partes. Y eso podría ser prácticamente el contenido visceral de una demanda y una contestación conjuntas, con lo cual, se estaría dando vida a una herramienta prevista aislada y en abstracto en el Código Procesal, pero nunca vista en concreto por falta de abalanzamiento de un camino formal para realizarla que la dejó sola, librada a su suerte y sin chance así de acomodarse a nuestra cultura de litigar.



8- Incentivos para la APA o ICP

Colaborar en la etapa previa de delimitación y depuración del futuro proceso no debe ser una concesión gentil: no participar en esa etapa previa, o participar sin colaborar suficientemente, debería ser visto como infracción al deber de buena fe ¹⁹ e implicar consecuencias desfavorables regladas específicamente, como ser económicas (costas agravadas si quien no participa en la etapa previa es derrotado en el juicio posterior; costas a cargo de quien no participe en la etapa previa, aunque gane en el juicio posterior ²⁰), o acaso jurídicas (imposibilidad de fundar la demanda posterior en hechos que no hubieran sido informados; considerar admitidos en un juicio posterior los hechos constitutivos aducidos por el rival en la etapa previa; imposibilidad en el juicio posterior de plantear hechos impeditivos, extintivos, invalidativos o modificativos que hubieran podido ser dados a conocer en la etapa previa; que la falta de participación sin justificado motivo permita al juez, al sentenciar en el ulterior proceso, extraer de allí argumentos de prueba ²¹; imposibilidad de prueba que no se hubiera revelado a la contraria), o tal vez profesionales (descalificación para actuar en el juicio, del abogado no cooperativo en la etapa previa ²²).

¹⁹ La buena fe exige un esfuerzo para evitar un litigio innecesario y sus costos consecuentes.

²⁰ Sobre los incentivos económicos: en la conciliación, ver HITTERS, Juan C. "La justicia conciliatoria y los conciliadores", en "La justicia entre dos épocas", Ed. Platense, La Plata, 1983, pág. 163 y 180. Sobre los pre-action protocols, de Inglaterra y Gales, ver VILLA, Pedro S. "La etapa preliminar al proceso. Reflexiones a partir de la experiencia del derecho comparado", en "XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal", Ed. Facultad de Derecho UBA y AADP, Bs.As., 2009, pág. 394 y sgtes.

²¹ En Italia, art. 8.5 del Decreto Legislativo n° 28 del 4/3/2010 sobre mediación civil y comercial.

²² Es la figura del "collaborative law", ver PONCE, Carlos R. "Negociación previa al proceso: hacia un cambio de mentalidad", en "XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal", Ed. Facultad de Derecho UBA y AADP, Bs.As., 2009, 405.