XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal

San Salvador de Jujuy, 10 al 12 de septiembre de 2015

Ponencia (portada)

Título: “La obligatoriedad de la mediación ¿es necesario revisar el modelo vigente?”

Comisión: Comisión 1 (Derecho Procesal Civil y Comercial) - Subcomisión 1 (Implementación de nuevos sistemas de resolución de conflictos)

Autor: Leandro J. Giannini - https://unlp.academia.edu/LeandroGiannini

Dirección postal: calle 49 n° 557, 1° piso, of. 3, La Plata (1900)

Teléfonos: 0221-482-0392 / 422-5953

Breve síntesis de la propuesta: Se examina críticamente en este trabajo la regla general de la obligatoriedad de la mediación, proponiendo repensar la necesidad de reformular dicho rasgo fundamental del sistema. Se propone revisar la decisión de imponer obligatoriamente el tránsito por la mediación a toda contienda, sin trabajar en los restantes incentivos tendientes a lograr una solución autocompuesta. Provisoriamente, hasta que se incluya la mediación dentro de una reforma comprensiva del sistema de justicia, se propone ponderar la posibilidad de reducir los alcances de la regla de la obligatoriedad de la mediación, aplicándose de modo automático sólo para las contiendas de tipo coexistencial. En las restantes materias mediables, dicho régimen provisional debería permitir a las partes o a los jueces analizar en cada caso las ventajas de acudir a un mediador extrajudicial para que los auxilie en la solución de conflictos que se aprecia que no pueden ser remediados por negociación directa, por conciliación en sede judicial, o que difícilmente arriben a una solución pronta y/o efectiva mediante una sentencia de mérito.

También se propone incorporar la discusión de política pública relativa a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (y en particular, a la mediación) dentro de un plan integral de reforma de la justicia civil (“*lato sensu*”). De este modo, la mediación dejará de ser vista como un compartimento estanco o, lo que es peor, como un mecanismo de “fuga” respecto de un sistema judicial que no satisface las expectativas de la ciudadanía.

Postulación como participante en los premios referidos en el artículo 7 del reglamento: sí.

LA OBLIGATORIEDAD DE LA MEDIACIÓN
¿ES NECESARIO REVISAR EL MODELO VIGENTE?

Por: Leandro J. Giannini

I. Introducción. Planteo del problema.

Pese a que varias jurisdicciones del país han avanzado de una u otra manera hacia la implementación de una fase previa que las partes *deben* transitar como condición de admisibilidad de buena parte de las pretensiones civiles, sigue siendo un axioma no suficientemente explicado ni justificado el de la obligatoriedad de dicho mecanismo.

¿Es razonable y conveniente forzar a las partes a asistir a una audiencia de mediación celebrada ante un tercero, por más que no tengan vocación alguna de escucharse nuevamente (o por primera vez), incrementando con ello los costos que el ciudadano debe afrontar previo a tener su "día en la corte"? ¿Debe obligarse a la ciudadanía a transitar este camino para convencerla de sus bondades? ¿Es cierto que la sociedad y la abogacía conservan atavismos culturales tan fuertes que les impiden discernir cuándo la intervención de un mediador puede servir para guiarlos hacia una mejor solución del conflicto y cuándo no?

Se trata de interrogantes que no son novedosos, pero que con mayor o menor precisión se ven reflotados tanto por los operadores jurídicos, como por los estudiosos del proceso y de la administración de justicia. No se trata de analizar si la mediación o la autocomposición pacífica de los conflictos es una solución virtuosa para la sociedad, sino si la imposición de un tránsito obligado por esta fase previa coadyuva a finalidades dignas de ser defendidas.

A más de veinte años de la instalación de este mecanismo en la Ciudad de Buenos Aires, otras jurisdicciones siguieron sus pasos, sin que -a nuestro juicio- se haya justificado adecuadamente la conveniencia de dicha decisión. Para que la adopción o rechazo de este instrumento no sean irreflexivos, entendemos que se puede sondear más profundamente en la experiencia argentina, a efectos de verificar si existen motivos valederos para postular la universalización de este modelo o si, por el contrario, debe revisarse la política pública consistente en

imponer a las partes el tránsito esta fase previa, procurando incentivar la autocomposición por otros medios.

Se trata -lo admito- de una discusión que lleva varios años en nuestro país y que incluso ha sido llevada a los estrados de la Corte Suprema en lo que concierne a la validez constitucional de la institución[1]. Pero ello no significa que se trate de un debate estéril ni concluido, como lo demuestra el hecho de que el problema de la obligatoriedad haya sido uno de los debates sostenidos durante la discusión de la última ley de mediación nacional (ley 26.589), que finalmente mantuviera dicha nota en el régimen más desarrollado de los que posee nuestro país. Varias razones explican la vigencia de este problema, aun cuando la Corte Suprema lo haya validado constitucionalmente y cuando la legislación nacional haya consolidado la regla de la obligatoriedad. En primer lugar, debe advertirse que aun cuando se mantenga la constitucionalidad del régimen de mediación obligatoria, ello poco dice acerca de su mérito y conveniencia, aspecto que ni la Corte ni ningún tribunal ha de juzgar. En segundo término, porque -como fuera anticipado- aún no han sido explicitadas buenas razones para afirmar conclusivamente que se trate de un sistema virtuoso para la ciudadanía o para mejorar la administración de justicia. Y en tercer lugar, porque en diversos foros se analiza la conveniencia de expandir este modelo hacia otras latitudes o hacia las restantes jurisdicciones del país, lo que impone seguir reflexionando sobre el tópico aunque sea desde una perspectiva de valoración política pública comparada.

Nos parece que la instalación del régimen obligatorio ha empañado la discusión sobre los verdaderos incentivos que en una sociedad moderna deberían privilegiarse, para procurar la autocomposición pacífica de los conflictos.

II. Repensando los fundamentos de la obligatoriedad. La necesidad de corregir los incentivos materiales que afectan la justa autocomposición de los conflictos.

¿Es cierto que la prohibición de iniciar un juicio sin haber antes concurrido a la mediación o la imposición del deber de comparecer a una audiencia, sancionado con multa en caso de incomparecencia, son mecanismos adecuado para romper con los atavismos culturales que impiden a las partes arribar a soluciones armónicas y

[1] Hace ya varios años, en el caso "Baterías Sil-Dar", la Corte Suprema de Justicia desestimó los reparos constitucionales opuestos contra la figura, señalando que: “El carácter obligatorio del procedimiento de la mediación no violenta el derecho constitucional de acceder a la justicia pues, una vez que las partes han comparecido personalmente a la audiencia pueden dar por terminado el procedimiento, con lo cual queda expedita -y en breve tiempo- la vía judicial” (CSJN, “Fallos” 324:3184 [2001]).

negociadas del conflicto? ¿Es cierto que las partes y sus abogados carecen de capacidad suficiente como para discernir cuándo la intervención de un tercero permitirá acercar las posiciones en conflicto y cuándo no? ¿No hay forma de distinguir los tipos de conflictos para determinar por vía legislativa cuáles son aquellos en los que la mediación previa extrajudicial tiene mejores perspectivas de éxito y, por ende, imponer el tránsito obligatorio sólo en esos supuestos?

Suelen calificarse como "paternalistas" a las decisiones de política pública basadas en la desconfianza hacia el discernimiento ciudadano, muchas veces caracterizadas por la imposición de deberes genéricos que suprimen dicha capacidad de elección, entendiendo que, de librarse la decisión a los particulares, ellos no podrían distinguir la solución más valiosa (en el caso: no sabrían diferenciar cuándo un mediador puede aportar herramientas valiosas para solucionar el conflicto y cuándo no). Es por demás conocida la justificación general de la obligatoriedad de la mediación, basada en la idea según la cual los patrones culturales vigentes (o la ciega vocación por el litigio en la que los abogados fueron formados), exige que nos *impongan* transitar por esta experiencia, para conocerla y, así, disfrutar de sus beneficios.

Pero en este campo, al igual que sucede con otras decisiones de política pública, no es la imposición de *sanciones* lo que motoriza la obtención de las finalidades superiores perseguidas, sino la supervisión y eventual corrección de los *incentivos* que aproximan o alejan a la sociedad de ese camino. ¿Qué incentivos reales -no "policiales"- pueden encontrar las partes para llevar a juicio o autocomponer sus diferencias, además de la convicción acerca de la justicia de una y otra decisión?

En nuestro medio, por ejemplo, hay incentivos hacia la mediación que pueden ser vistos como nocivos, porque impulsan a una parte a cerrar un acuerdo aun convencida de su inequidad (es decir, persuadida de que no lo aceptaría si tuviera un mecanismo efectivo de tutela que lo ampare). Es precisamente dicha circunstancia la que, a la par, muestra a su adversario un interesante motivo para litigar o, al menos, para acercar propuestas sólo aceptables por quien se resigna ante la injusticia. También hay incentivos hacia una autocomposición pacífica virtuosa, que son descuidados u omitidos, como -por ejemplo- la transferencia de información con carácter previo al inicio del pleito, que permitiría a las partes tener una noción más acabada acerca de las perspectivas de éxito de las alegaciones y

defensas articulables en un eventual proceso judicial. Se trata de problemas por demás conocidos por la sociedad y, naturalmente, por los operadores jurídicos, que no pueden ser empañados por la discusión del principal incentivo incorporado en el modelo de mediación predominante en Argentina, como es la obligatoriedad.

Interesa, por consiguiente, prestar atención a algunos lineamientos de política pública que han sido descuidados en este ámbito. Al concentrarse la atención del legislador en la consagración de incentivos policiales (prohibición de iniciar el juicio sin antes concurrir ante un mediador, multas por incomparecencia), como la herramienta dominante para impulsar la autocomposición de disputas, nuestro país ha omitido trabajar sobre los restantes e influyentes estímulos que permitirían integrar este mecanismo alternativo de solución de conflictos dentro del sistema de justicia (noción que, como es sabido, es más amplia que la de sistema judicial). Veamos algunos de estos aspectos que han sido descuidados y que debieran merecer más atención que la obligatoriedad propiamente dicha.

1) La coexistencialidad del conflicto como criterio superador a la regla de obligatoriedad genérica.

En los conflictos coexistenciales (familia, vecindad, sociedades cerradas o pequeñas, etc.), el principal beneficio de la mediación (que no es la mera descongestión del Poder Judicial sino la adopción de soluciones autocompuestas virtuosas para las partes y, mediatamente, para la ciudadanía) se hace evidente.

No es necesario a estos efectos que se trate de disputas que afecten grupos vulnerables ni que se refiera a cuestiones de familia o vecinales. Cierto es que estos últimos son típicos conflictos coexistenciales, pero existen otros que también lo son en el sentido al que nos referimos en este apartado, ya que basta para ello que el caso se presente como un episodio dentro del tracto sucesivo de una relación interpersonal con vocación de permanencia. Se incluyen así dentro de esta categoría no sólo a los paradigmáticos conflictos convivenciales, sino a controversias que pueden trabarse en otros ámbitos del derecho privado, como las relaciones contractuales trabadas con carácter habitual (por ej., disputas intrasocietarias, cuestiones contractuales suscitadas entre sujetos con vínculos comerciales habituales -contratos de franquicia, locación, distribución, etc.-, división de condominio, sucesiones, etc.).

En todas estas hipótesis (cuyo rasgo común radica -lo reiteramos- en la coexistencialidad del vínculo), la mediación se muestra como una herramienta

especialmente significativa de resolución de controversias, al caracterizarse por la búsqueda de una solución que no se enfoque sólo en el pasado (como hace la Justicia fundamentalmente cuando se evalúa lo sucedido para determinar el modo en que los daños deben ser reparados), sino que incida también en el presente e incluso se proyecte hacia el futuro. Asimismo, los múltiples matices que posee esta clase de conflictos hacen que la mediación, con su flexibilidad para facilitar la comunicación entre las partes, para penetrar en la sustancia humana (y a veces afectiva[2]) que subyace en el debate y para propiciar incluso un abordaje interdisciplinario de la contienda, se muestre como un instrumento con cualidades diferenciales, que las partes pueden aprovechar antes de ingresar el caso dentro de los protocolos más estrictos de abordaje judicial.

El incremento de la tasa de acuerdos en esta materia es una verificación de la hipótesis que venimos sosteniendo, fenómeno que puede apreciarse de las cifras expuestas en el capítulo tercero. Así, por ejemplo, en el régimen nacional, el porcentaje de acuerdos en materias que carecen en general de esta condición, como la responsabilidad por daños y perjuicios extracontractuales es del 4,2%, mientras que en las controversias de familia asciende al 20,4%. En Provincia de Buenos Aires, mientras la mediación prejudicial civil exhibe una tasa de acuerdo general del 13%, el régimen de autocomposición especial vigente ante los tribunales de familia, llega a un 64%. Algo parecido ocurre en la Provincia de Río Negro, en la que la tasa general de acuerdos en casos patrimoniales es del 14% aproximadamente, en las extrapatrimoniales del 24,5% y, en materia de familia, asciende al 50%.

[2] El tema de las variables extrajurídicas de las contiendas ha sido abordado en múltiples oportunidades por las diversas disciplinas que dedican sus esfuerzos al estudio del conflicto, por lo que nos abstenemos de un elenco de referencias autorales que desbordaría las finalidades de esta investigación. Dichas variables, en las que el intelecto racional juega un papel de entidad variable, son de diversa índole (afectivas, conductales, etc.). Acudiendo a un ejemplo de Entelman respecto de las dimensiones extrajurídicas de los conflictos que en el texto denominamos "coexistenciales" (que el autor no nomina, pero describe como los "conflictos dentro de relaciones continuas largamente frecuentadas o asociaciones de personas con trato continuo"), puede citarse el frecuente fenómeno que se presenta cuando las partes, al enfrentar la disputa para intentar dirimirla, se enfocan más en los beneficios que la contraparte obtendrá del acuerdo, que en el cumplimiento de los objetivos propios. Explica Entelman que en estos casos: ".... Aunque el conflicto consista en un desacuerdo racional y no esté generado pos sentimientos de hostilidad, es común ver cómo actores hostiles rechazan ofertas del adversario alegando saber que para él, lo que propone, no tiene costo alguno" (v. Entelman, Remo F., *Teoría conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 192; v. del mismo autor: Entelman, Remo F., "RAD y Sector Privado", en VVAA: *1° Encuentro Interamericano sobre resolución alternativa de disputas. Reporte final*, National Center for State Courts - Fundación Libra, Bs. As., 1993, p. 85, sintetizando los tres niveles que puede tener todo conflicto: racional, de actitudes y de conducta).

Si ello es así, consideramos posible revisar la decisión de asignar carácter obligatorio a toda controversia sobre derechos disponibles, reduciendo progresivamente esa obligatoriedad, manteniendo inicialmente dicho régimen sólo para aquellas contiendas en las que predomine la nota de coexistencialidad del conflicto. En estos casos, puede justificarse con mayores razones la exigencia del tránsito obligatorio por dicha instancia previa. En los supuestos en los que la tasa de acuerdos es reducida, debe reflexionarse seriamente acerca de si debe mantenerse la imposición analizada o debe dejarse a las partes la decisión sobre si la intervención de un tercero neutral puede o no servirles para arribar a una solución autocompuesta antes de ir a juicio.

Siendo que se trata de una fase que tiene sus costos y que necesariamente lleva tiempo (más allá de su magnitud), no parece correcto, desde una perspectiva de política pública, hacer transitar imperativamente por esta fase previa a la totalidad de los casos, en materias en las que la medición (que no tiene necesariamente por qué servir “para todo”) no exhibe sus mejores resultados. En tales casos -reitero- la mediación puede ser útil, pero resulta conveniente que sean las partes las que decidan voluntariamente someterse a ella, sin necesidad de obligarlas a transitar ese camino.

2) La necesidad de corregir los incentivos reales que afectan la justa autocomposición de las contiendas.

Como fuera anticipado, en nuestro medio hay problemas significativos con la corrección de los incentivos materiales que impulsan a las partes a llegar a un acuerdo sin estar convencidas de la justicia del mismo o, viceversa, a negarse a aceptar una propuesta que se considera equitativa.

Claro que el principio de neutralidad de la mediación podría llevar pensar que el problema de la “justa” autocomposición de las disputas no interesa para la evaluación del fenómeno analizado. Es decir, que el instituto de la mediación se interesa en la mera autocomposición sin importar la virtud de las razones que llevaron a las partes a llegar a un acuerdo. Ocurre que en tal caso, debe dejar de afirmarse que la mediación constituye un instrumento de acceso a la justicia en sentido amplio, salvo que se fuerce demasiado el concepto de “justicia” para afirmar que un mecanismo que no se interesa por la equidad de un acuerdo permite acceder a aquélla.

En cualquier caso, lo cierto es que existen incentivos materiales que benefician la solución pacífica extrajudicial y otros que la desfavorecen (motorizando consecuentemente la judicialización de los conflictos). Estos estímulos materiales suelen ser desatendidos en la toma de decisiones de política pública en la materia, concentrando indebidamente la atención en dispositivos “policiales” de cambio cultural, como la referida regla de la obligatoriedad del tránsito previo por la fase de mediación.

La desatención a la que nos referimos cobra diversas formas. En algunos supuestos, se ha descuidado promover incentivos virtuosos que podrían coadyuvar a la autocomposición pacífica de las contiendas, como ocurre -por ejemplo- con la insistencia en mantener una regla no colaborativa de reserva de la información y documentación del caso, modelo que fuerza a las partes a decidir “a ciegas” acerca de la propuesta de acuerdo. En otros casos, se omite la corrección de incentivos nocivos, como la duración excesiva de los procesos, lo que aumenta la judicialización del conflicto de quien puede ver en esta demora una forma de financiar a bajo costo sus pasivos (como podría hacer, por ejemplo, una compañía aseguradora; o el Estado con la actualización de créditos previsionales). En estos casos, la irrazonable duración de los litigios (incluyendo no sólo el proceso de conocimiento en todas sus instancias sino, posteriormente, la fase de ejecución de una eventual sentencia favorable), unida a un contexto económico inflacionario, pueden transformar al proceso judicial en un mecanismo de financiación único para el deudor. También hay incentivos nocivos que pueden llevar, al sujeto pasivo del reclamo, a proponer fórmulas conciliatorias que estima injustas, pero que constituyen un mal menor frente a las eventualidades esperables de un juicio. Así, por ejemplo, el fenómeno de la sobreutilización del beneficio de litigar sin gastos, que hace que el futuro demandado, aun sabiendo que tiene razón, evalúe que va a tener que afrontar ciertos gastos como los honorarios profesionales de sus letrados, los emolumentos periciales, etc., que no podrá repetir en concepto de costas de la contraparte. Lo que posiblemente lo impulse a ofertar -al menos- la suma que estima que le demandará demostrar su razón en juicio.

La identificación de estos factores no tiene como finalidad ilustrar acerca de componentes infinitos de estrategia procesal que son ampliamente conocidos. Lo que se busca destacar es que, por un lado, la mayoría de los verdaderos incentivos para la autocomposición (sea justa o nociva) están fuera de la ley de mediación

propiamente dicha. Y, por el otro, que la mediación, como los restantes MAPJ, no puede ser analizada ni implementada aisladamente, sino que debe ser armonizada con los restantes componentes del sistema de justicia.

Es poco probable que la ciudadanía se vaya a convencer de las ventajas de la mediación, por el hecho de ser obligada sistemáticamente a acudir a una audiencia previa antes de iniciar un juicio. No cabe descartar que ese efecto pueda ser logrado en algunos casos. Sin embargo, también debería pensarse que si a casi 20 años de la implementación del sistema, la sociedad o la abogacía no se convencieron por la fuerza de las bondades de las soluciones autocompuestas, debe ser porque la función "paternalista" de la obligación de asistir a la mediación no rinde tan buenos frutos. O en otras palabras: porque en conflictos que no son coexistenciales, no es la imposición de ese deber el verdadero camino para romper patrones culturales o para llegar a soluciones negociadas socialmente virtuosas, sino la supervisión y corrección de los restantes incentivos que multiplican la litigiosidad o fuerzan a resignarse ante la injusticia.

Profundizaremos a continuación respecto de algunas de las líneas de política pública que deberían ser atendidas inmediatamente para trabajar sobre estos incentivos materiales.

a) ¿Es posible la autocomposición valiosa de las contiendas de las partes sin intercambio de información? Quid de la mediación "a ciegas".

Uno de los aspectos que ha sido descuidados en la experiencia de la mediación argentina, es una consecuencia práctica que a veces ha tenido el sistema, al utilizarse las audiencias de mediación como fases de transferencia de información entre las partes.

Esta consecuencia del régimen, impensada por el legislador a la hora de diseñarlo, se explica con relativa facilidad. En Argentina no existe un sistema de '*disclousure'* amplio que imponga a las partes el deber de aportar a su contraria elementos de convicción que se encuentren en su poder, y que permitirían analizar las perspectivas de éxito de las alegaciones y defensas eventualmente articulables en juicio. En general, al igual que en muchos de los países de la región, la etapa previa a la postulación de la pretensión se reduce fundamentalmente a: i) la posibilidad de requerir mediante diligencias preliminares información acerca de ciertos datos necesarios para trabar adecuadamente la litis o seleccionar aspectos

muy básicos de la estrategia procesal; ii) preservar cautelarmente ciertas fuentes de prueba que corren peligro de extinción (prueba anticipada).

Al carecer el sistema de una fase de intercambio amplio y compulsivo de información entre las partes (destinada no ya a preservar excepcionalmente los medios de prueba que puedan perderse durante el pleito, como ocurre al día de hoy, sino directamente para conocer anticipadamente el resultado esperable del juicio), la mediación previa muchas veces ha servido en la práctica como un momento de intercambio precario e informal de datos entre las partes, previo a la iniciación de la demanda, suplantando en algunas oportunidades a las diligencias preliminares en este rol. Sin embargo, la precariedad del intercambio, que sólo depende de la predisposición de las partes al momento de la audiencia (predisposición que carece de estímulos en nuestro medio), lleva a profundizar en uno de los incentivos materiales descuidados a los que nos venimos refiriendo.

Al acudir las partes a dicho sistema de autocomposición sin contar con información idónea y sin poder exigir compulsivamente la colaboración de la contraria para que aporte dicho material (por ausencia de reglas adecuadas de '*disclousure*'[3]), la negociación tiene lugar, muchas veces, "a ciegas". La falencia se hace especialmente evidente en los casos caracterizados por la desigualdad material de las partes para acceder a la información pertinente para presentar adecuadamente el caso (vg., los consumidores que litigan contra grandes corporaciones, los vecinos que se enfrentan a un establecimiento contaminante, los afectados por productos elaborados que pretenden resarcimiento por las secuelas producidas al utilizarlo o, en general, los grupos en condición de vulnerabilidad, ente tantos otros ejemplos). En tales casos, el incentivo para la mediación que puede encontrar alguien que carece de información y que está colocado en posición de debilidad, se centra más en la desconfianza respecto de la solución que hipotéticamente podría brindarle el servicio jurisdiccional, que en su convicción acerca de la justicia de la propuesta de acuerdo.

El problema de la imposibilidad de recabar dicha información con carácter previo a la promoción de la acción (y, obviamente, a la audiencia de mediación),

[3] Los países que modernamente han incorporado reglas efectivas de intercambio de información y cooperación entre las partes previa al inicio del pleito, no sólo se han concentrado en la función que dicho intercambio tiene para una adecuada discusión en juicio, sino fundamentalmente como instrumento fundamental para que las partes lleguen a un acuerdo. Señala Neil Andrews, al enunciar los ejes centrales de la reforma a la justicia civil inglesa, que los pre-action protocols (en los que se desarrolla esta fase previa de intercambio y colaboración entre las partes), fueron pensados en gran medida pasa asistir a las partes a arribar a un acuerdo (ANDREWS, Neil, *The modern Civil process* ..., ob. cit. p. 5).

hace que el tránsito por la mediación muchas veces sea estéril o que la decisión adoptada en ese momento sea inadecuada, como casi toda decisión que se toma sin información suficiente. Esta dificultad también conspira contra la idea de incluir a la mediación obligatoria argentina dentro del catálogo de mecanismos de acceso a la justicia, tema en el que hemos ingresado en otra oportunidad[4]. Sea en sentido restringido o amplio, no puede sostenerse que un mecanismo que procure el acceso a la justicia se contente con llevar a las partes a un terreno neutral (principio esencial de la mediación) en el que la decisión de autocomponer las diferencias con su adversario se tome con la misma desigualdad de armas con las que arribó a la audiencia (entre ellas, la misma falta de información).

b) Condicionantes económicos para la autocomposición.

Una economía que presenta dificultades afecta necesariamente el buen funcionamiento del sistema de justicia.

Ello sucede no sólo frente a crisis financieras generalizadas, como ocurrió en la Argentina luego del desequilibrio socio-económico producido en los años 2001 y 2002, que no sólo afectó las bases económico-productivas del país, sino que -en lo que aquí interesa- provocó un colapso absoluto del sistema de justicia, que se vio desbordado en su capacidad material de respuesta.

No es necesaria semejante conmoción para generar una disfunción que perturbe el adecuado funcionamiento del servicio de justicia. Basta con distorsiones de menor calibre para generar desviaciones que afecten el modo en que la sociedad es convocada a resolver sus contiendas. La inflación, por ejemplo, es un típico factor distorsivo, que se transforma en un incentivo para litigar, cuando se une a factores como la duración de los pleitos, a medidas legislativas como la prohibición de indexar, o a criterios jurisprudenciales como la aplicación de tasas de interés moratorio negativas (por ej., la tasa pasiva en la Provincia de Buenos Aires[5]). En tales casos, como fuera anticipado, el deudor no tiene muchos incentivos para ofrecer una suma aceptable que permita arribar a una pronta solución del conflicto y ponga fin a las diferencias entre las partes.

---

[4] V. GIANNINI, Leandro, *La mediación en Argentina*, Rubinzal Culzoni, 2015, especialmente capítulo cuarto.

[5] V. SCBA, causas C. 101.774, "Ponce" y L. 94.446, "Ginossi" (ambas sentencias del 21-X-2009), consolidando la doctrina legal de esa Suprema Corte según la cual la tasa de interés aplicable para la actualización de créditos en mora, salvo pacto en contrario o disposición especial del legislador, es la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a 30 días (es decir, la tasa pasiva), por más que la economía transite por un período de aumento generalizado de precios .

Nuevamente, uno de los principales incentivos para la autocomposición de contiendas patrimoniales, es totalmente ajeno a la regla de la obligatoriedad.

c) Otros incentivos: honorarios profesionales de abogados y mediadores.

También deben ser analizados los incentivos económicos de los profesionales del derecho o de la mediación a la hora de examinar la implementación de políticas públicas que favorezcan la autocomposición. No son muchas las legislaciones provinciales que valoran la conducta profesional frente a la mediación, como un elemento a tener en consideración, por ejemplo, para la determinación de los honorarios regulados.

Un ejemplo de inclusión de esta clase de previsiones respecto de los letrados patrocinantes, puede encontrarse en el art. 37 de la ley XII n° 19 de la Provincia de Misiones, al establecer que: "al momento de la regulación de honorarios, los magistrados tendrán en cuenta la participación y predisposición de [los abogados] hacia el proceso de mediación, fijando un plus sobre los mismos de hasta un diez por ciento (10%)".

Se trata de condicionantes que no deberían ser olvidados para coadyuvar a la eficacia de los mecanismos como la mediación. Pese a que no se trata de un instrumento infalible y que, además, no siempre será sencillo valorar en cada caso si la conducta profesional favoreció la conciliación de intereses, no debe ser excluida la posibilidad de incorporar esta clase de incentivos en la materia.

Respecto de los mediadores, varias provincias reducen sustancialmente la retribución de los mismos en caso de imposibilidad de celebrar las audiencias o de frustrarse la negociación. Algo similar sucede con las leyes que determinan un aumento de los honorarios en caso de arribarse a un acuerdo, como sucede, vg., en el régimen nacional de conciliación laboral (art. 12, ley 24.635).

III. Conclusiones.

De lo expresado, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

1) Debe analizarse seriamente la modificación de los alcances de la obligatoriedad característica del régimen argentino de mediación prejudicial.

2) La regla de la obligatoriedad ha sido el principal estímulo impuesto por el Estado para promocionar la mediación. Sin embargo, al transformarse en un estímulo aislado, que no ha sido acompañado por otros incentivos materiales destinados a promover la autocomposición virtuosa de los conflictos (vg., mejoras en el servicio de justicia, reducción de la duración de los procesos judiciales,

intercambio obligatorio de información entre las partes previa al inicio del pleito o durante la fase de mediación, control de las distorsiones económicas -inflación, tasas negativas de interés, etc.-), la obligatoriedad genérica no ha tenido más impacto que la difusión de la herramienta. En este ámbito, puede apreciarse del trabajo de campo realizado entre los abogados de CABA y de la Provincia de Buenos Aires, cómo en la primera de dichas jurisdicciones, la mediación es mejor apreciada que en la segunda (en Provincia de Buenos Aires alrededor del 68% opina que el sistema de mediación es regular -34%- o malo -33,8%- y el 32% considera que es bueno -27,6%- o muy bueno -4,6%-; mientras que en CABA el 44% lo califica como malo o regular y el 58% como bueno -52,5%- o muy bueno -5,5%-).

Sin perjuicio de ello, los resultados de la obligatoriedad de la mediación no parecen haberse trasladado más allá del efecto de difusión de la herramienta. Si se analiza un indicador significativo de eficacia de la mediación como instrumento de resolución de conflictos, como es la tasa de acuerdos, puede advertirse que en un modelo consolidado como el de CABA los bajos niveles de composición (10,8%) son similares a los de un sistema novel como el de la Provincia de Buenos Aires (13%)[6].

Ello demuestra que los incentivos para transformar a la mediación en un instrumento de autocomposición efectivo no dependen tanto de la instalación de una regla rígida de obligatoriedad genérica, sino de los incentivos materiales que las partes tienen para arribar a una solución justa a través de la negociación.

3) Debe revisarse entonces la decisión de imponer obligatoriamente el tránsito por la mediación a toda contienda, sin trabajar en los restantes incentivos tendientes a lograr una solución autocompuesta. De lo contrario, la obligatoriedad sólo mantendrá una función de mera difusión (que se conozca la herramienta y los operadores se acostumbren a ella), sin avanzar en resultados adecuados como instrumento de autocomposición virtuosa de conflictos.

4) Provisoriamente, hasta que se incluya la mediación dentro de una reforma comprensiva del sistema de justicia, debería ponderarse la posibilidad de reducir los alcances de la regla de la obligatoriedad de la mediación, aplicándose de modo automático sólo para las contiendas de tipo coexistencial. En las restantes materias mediables, debería permitirse a las partes o a los jueces analizar las ventajas de acudir a un mediador extrajudicial para que los auxilie en la solución de conflictos

[6] Para un análisis abarcativo de los resultados de la Mediación en Argentina, remitimos a: GIANNINI, Leandro, *La mediación en Argentina*, ob. cit., especialmente capítulo tercero.

que se aprecia que no pueden ser remediados por negociación directa, por conciliación en sede judicial, o que difícilmente arriben a una solución pronta y/o efectiva mediante una sentencia de mérito.

5) Entre las reformas procesales que pueden coadyuvar a mejorar la performance de la mediación, debe asimismo reformularse la etapa previa y postulatoria del proceso, para remediar la ausencia de un intercambio previo de información entre las partes en la fase preliminar al juicio. La eficacia y capacidad de la mediación para transformarse en un mecanismo de acceso a la justicia, depende, entre otros factores, de que la misma sea acompañada de una fase previa y razonable de de intercambio de información entre las partes, para que las mismas no acudan “a ciegas” a componer sus conflictos.

6) La decisión de política pública relativa a los MAPJ (y en particular, a la mediación) debe ser parte de un plan integral de reforma de la justicia civil (“*lato sensu*”). Esto no significa, obviamente, que el sistema de mediación deba necesariamente estar organizado dentro del el Poder Judicial. Tampoco importa caer en una confusión sobre las finalidades, los métodos y los protocolos de actuación de la mediación y del servicio de Justicia estatal.

La principal ventaja de incorporar la discusión de política pública sobre la mediación, como parte integrante de la discusión general sobre la reforma de la justicia civil, es evitar que la primera sea vista como un compartimento estanco o, lo que es peor, como un mecanismo de “fuga” respecto de un sistema judicial que no satisface las expectativas de la ciudadanía.