

XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal

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

Ponencia (portada)

Título: “La homologación judicial de los acuerdos en mediación”.

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 examinan los principales problemas del control judicial de los acuerdos a los que se arriba en la instancia de mediación previa en la República Argentina. Se examina críticamente el régimen de homologación general de los acuerdos sobre la base del criterio de la “justa composición” de los intereses en juego, vigente en la Provincia de Buenos Aires. Se plantean los inconvenientes constitucionales y prácticos de la norma, proponiéndose una modificación del régimen vigente, que procure estimular la celebración de acuerdos más justos mediante la corrección de los incentivos materiales que impiden ese objetivo.

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

La homologación judicial de los acuerdos en mediación.

Por: Leandro J. Giannini

I. Introducción.

El presente trabajo busca examinar los principales problemas del control judicial de los acuerdos a los que se arriba en la instancia de mediación previa en la República Argentina.

Comenzaremos por estudiar los distintos modelos de control judicial de los acuerdos en los diversos regímenes de mediación vigentes en nuestro país. Con posterioridad, analizaremos críticamente el régimen de la Provincia de Buenos Aires, que -a partir del modelo diseñado por la ley 13.951- impone dicha inspección para todos los acuerdos celebrados en este ámbito, exigiendo que el Juez verifique no sólo la disponibilidad de los derechos en juego y la ausencia de compromiso del orden público, sino incluso la justicia de la composición arribada.

II. La homologación de los acuerdos en los distintos modelos de mediación de la República Argentina.

El control judicial de los acuerdos a los que se arriba en mediación ha suscitado controversias en nuestro país, lo que ha dado lugar distintas soluciones en las Provincias que regulan esta institución.

La disyuntiva de política pública en la materia consiste básicamente en decidir si: 1) los acuerdos deben ser sometidos a homologación; 2) en caso de ser necesaria dicha inspección, qué estándar se aplica para llevarla adelante.

La preocupación general sobre la “justicia” de los acuerdos a los que se arriba en mediación ha sido materia de intenso debate no sólo en nuestro país, sino en el derecho comparado¹. Muchas veces la discusión se coloca en su justo lugar, cuando se analiza el empeño y recursos que los Estados deben aplicar para promover la mediación, siendo que se trata de un mecanismo que no suele preocuparse por la equidad del modo en que se solucionan los

¹ V. BERIZONCE, Roberto, "La mediación en transformación: hacia una conciliación-mediación 'valorativa' (la ley bonaerense 13.951, de 2009)", en *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, n° 2010-2, p. 241-258.

conflictos (ya que no requieren un pronunciamiento acerca de la existencia de los hechos alegados por las partes, o del alcance de los derechos cuya tutela se persigue).

Ahora bien, cuando finalmente este dilema se termina definiendo a favor de la conveniencia de impulsar la mediación como un instrumento ausplicable de política pública, quedan a veces residuos del debate previo, que llevan al legislador a intentar evitar que la mediación se desentienda del valor justicia. Es decir, que pese a propiciarse su utilización, se quiera corregir su fisonomía, para que no se trate de un mero instrumento para solucionar un conflicto de intereses rápidamente, sino que además, en la medida de lo posible, busque hacerlo equitativamente, intentando mitigar el predominio del más fuerte en la negociación (es decir, del que tiene mejor información, más recursos para paliar las consecuencias de un juicio extenso -o incluso disfrutar de dicha dilación-, etc.).

Una de las formas más ingenuas que se han pergeñado para perseguir este objetivo es la implementación de alguna forma de control judicial sobre la calidad de los acuerdos. Siguiendo esta lógica, al concluirse exitosamente la negociación, se impone que los acuerdos sean examinados y aprobados judicialmente para ser eficaces. Dos criterios fundamentales se han aplicado para proceder a esta inspección: 1) la homologación tradicional, que se limita a verificar si los derechos en disputa son disponibles o si, por el contrario, se hubiera transado sobre cuestiones el orden público; 2) la homologación más amplia, que demanda analizar la justicia del acuerdo.

De acuerdo a lo expresado, son dos los lineamientos principales de política pública sobre los que corresponde reflexionar en lo que se refiere al control judicial de los acuerdos celebrados en mediación. En primer lugar, corresponde determinar si dichos convenios deben ser sometidos necesariamente a homologación. En segundo lugar, debe definirse qué estándar de revisión se aplicará en esa tarea.

El *primer problema (homologación obligatoria de los acuerdos celebrados en mediación)*, ha tenido en Argentina tres líneas de respuesta.

En algunos sistemas, la homologación directamente no es necesaria. Las partes pueden solicitarla, pero ello no es condición exigida para la conclusión del proceso de mediación. Así sucede en Córdoba (art. 23, ley

8858²), San Luis (art. 24, ley IV-07000-2009), Río Negro (art. 21, ley 3847), Chubut (art. 7, Acuerdo Extraordinario STJ n° 3306/03) y en otras jurisdicciones que directamente carecen de previsiones en la materia (como ocurre, por ejemplo, en Entre Ríos, conf. art. 290, CPCC, que sólo dispone la comunicación del acuerdo al Superior Tribunal de Justicia con fines estadísticos). Los regímenes de homologación voluntaria obviamente no consagran una tolerancia hacia acuerdos que vulneren el orden público, ni autoricen un aprovechamiento indebido de la ligereza e inexperiencia de una parte sobre la otra. Dichos vicios invalidantes de la transacción (que es el producto final del proceso de mediación), podrán en su caso ser alegados en una acción de nulidad ulterior, con sustento en las normas sustanciales que permiten dejar sin efecto todo tipo de convenciones que posean tales irregularidades (vg., art. 953, 954, etc. del Código Civil derogado; arts. 12, 279, 332, 386, 958, 1004, 1644 del nuevo Código Civil y Comercial –ley 26.994-).

En otros regímenes se dispone que sólo algunos acuerdos deban ser controlados judicialmente. Así sucede en varias jurisdicciones en las que se establece, por ejemplo, que sólo deben ser homologados los acuerdos que se refieren a derechos de menores e incapaces (vg., arts. 26, ley 26.589 -Nación-; 61, ley 2699 -La Pampa-; 20, ley 13.151 -Santa Fe-) o que sean de índole laboral (art. 2, ley 804 -Tierra del Fuego-). En Chaco, el elenco de hipótesis de homologación obligatoria se amplía, incluyendo no sólo a los conflictos que involucren a menores, sino a todas las controversias de familia, laborales o en las que el Estado sea parte (art. 3, ley 6.051).

Finalmente, hay provincias en las que la homologación es una exigencia generalizada (debe someterse a revisión judicial la totalidad de los acuerdos celebrados en mediación), como sucede en Buenos Aires (art. 19, ley 13.951), Catamarca (art. 12.XVI y 12.XVII, Ac. 4000/06); Misiones (art. 34, ley XII n° 19).

Cabe señalar que, con independencia de la discusión acerca de la conveniencia de incorporar el recaudo de homologación judicial para los

² Dispone dicho artículo que cualquiera de las partes “puede” solicitar la homologación del acuerdo, aclarándose en el artículo siguiente (art. 24, ley 8858) que el acuerdo “homologado” podrá ser exigido por vía de ejecución de sentencias. Ello implica que la homologación sirve a las partes no sólo para asegurar que los derechos en juego fueran disponibles, sino también para dotar a los compromisos de una fuerza ejecutiva especial, que agilizará en el futuro el cobro de la acreencia.

acuerdos celebrados en mediación, existe en Argentina existe un problema constitucional adicional que constituye un serio obstáculo para consagrar modelos como los señalados en el párrafo anterior. Es que las reglas del Código Civil (ahora derogado) sobre transacción no preveían esta exigencia como condición de validez de los acuerdos en controversias no sometidas a juicio. Siendo que la legislación civil, comercial y laboral es en Argentina atribución exclusiva del Congreso Nacional (art. 75, inc. 12, Const. Nac.) y que dicha normativa debe ser respetada en cada Provincia, existe un dilema constitucional evidente cuando hay una oposición entre una norma civil y una disposición local. Ello ocurre en el caso que analizamos. El Código Civil derogado (art. 837 y 838) disponía que los acuerdos transaccionales necesitaban ser homologados por el juez únicamente cuando versen sobre derechos “litigiosos”, que son aquellos que habían sido materia de un proceso judicial. Por el contrario, dicho contralor no era necesario frente a derechos “dudosos” (es decir, no llevados a juicio). Pues bien, en lo que se refiere a la mediación, ocurre que hasta que la pretensión no haya sido efectivamente deducida, los derechos no están sometidos a una litis. Y, atento a que no es necesario promover la demanda para iniciar el trámite de mediación, cabe concluir que los conflictos articulados en esta fase previa no son “litigiosos”, sino meramente “dudosos”, siguiendo la distinción antes explicada.

En el nuevo Código Civil y Comercial (ley 26.994), las conclusiones precedentes quedan plenamente ratificadas, ya que en dicho cuerpo unificado se dispone expresamente: 1) que sólo es necesario presentar la transacción ante el juez, frente a derechos “litigiosos” (es decir, sometidos a juicio, de acuerdo a la clasificación previamente explicada); 2) que es *innecesaria la homologación judicial* para que la transacción produzca efectos de cosa juzgada³ (arts. 1642 y 1643, CCyC).

³ Esta última alusión a los efectos de “cosa juzgada” de la transacción dará margen a discusiones, ya que no podría impedirse que el acuerdo en cuestión sea impugnado por contrariar prohibiciones expresas relacionadas con su objeto o por verse afectado por otros vicios de los actos jurídicos o de los contratos en general (v. por ej., arts. 12, 279, 332, 386, 958, 1004, 1644 del nuevo Código Civil y Comercial). Es decir, que la “cosa juzgada” a la que se refiere el texto no podría impedir discutir dichos defectos del acuerdo, con lo que es ciertamente discutible la terminología utilizada en el texto, ya que difícilmente el acuerdo por sí mismo tenga verdaderamente la inmutabilidad propia de la *res judicata*, al poder sus efectos quedar extinguidos en un proceso posterior.

Pese a esta observación, lo expresado en el texto sigue siendo válido, en cuanto el nuevo Código mantiene la regla de la inexistencia de la homologación judicial para la celebración de

Por consiguiente, en el régimen civil y comercial, los acuerdos extintivos no necesitaban de homologación judicial alguna, sin perjuicio de que los contratantes pudieran luego reclamar la nulidad de la transacción (por ejemplo, al haber sido concluida respecto de derechos indisponibles). Volveremos sobre el tema al analizar el régimen de la Provincia de Buenos Aires (v. *infra*, ap. III)

El *segundo problema* general anticipado es el del *estándar de revisión de los acuerdos*. Como fuera señalado, según el alcance del examen judicial de los acuerdos, pueden distinguirse dos sistemas principales en nuestro país: el de la homologación tradicional (basada en verificación de la disponibilidad de los derechos en juego y la no afectación del orden público) y el de la homologación amplia o “de equidad” (en la que el Juez debe verificar que se haya arribado a una “justa composición” de los intereses en juego).

En general, los regímenes en los que se prevé la homologación de los acuerdos (sea obligatoria o voluntaria; sea para todos o sólo para algunos casos), no introducen estándares diversos al enraizado criterio de la disponibilidad de los derechos en juego, o su contracara: la presencia de cláusulas que comprometan el orden público. Es decir, que se mantiene casi unánimemente, entre los sistemas que contemplan alguna forma de control judicial en esta materia, el modelo de homologación tradicional. Por su parte, el modelo de homologación amplia o “de equidad” puede encontrarse en la Provincia de Buenos Aires, como veremos a continuación.

III. El modelo de homologación general amplia o “de equidad”.

Como fuera anticipado, la Provincia de Buenos Aires adscribe en este punto a un régimen de homologación general, según el cual todos los acuerdos a los que se arriba en mediación deben ser sometidos a dicha supervisión. Asimismo, en cuanto al estándar de revisión, se adopta un diseño axiológico o de equidad, al disponer el art. 19 de la ley 13.951 que sólo será aprobado un acuerdo cuando “represente una justa composición de los intereses de las partes”.

un acuerdo sobre derechos dudosos (aclarando ahora que tampoco sería necesaria dicha condición para las transacciones sobre derechos sometidos a juicio).

La exigencia de que todo acuerdo sea sometido a esta forma de homologación judicial es uno de los rasgos más significativos (aunque no el único) que distinguen al régimen bonaerense del tradicional diseño nacional.

En efecto, en la Provincia de Buenos Aires, una vez que las partes arriban a un acuerdo, el mismo debe ser llevado ante un juez, para verificar que el convenio contenga una *“justa composición de los intereses de las partes”* (art. 17, ley 13.951). El régimen provincial se distingue así de su par nacional (ley 26.589), en el que, como es sabido, no se impone -por regla- intervención alguna de la judicatura en la aprobación del acuerdo de partes, transformándose al convenio en un título ejecutivo. Este último diseño busca dotar de más celeridad al sistema y favorecer una de sus finalidades, como es la de descongestión del sistema de justicia. La norma provincial sigue el camino inverso, al exigir la *aprobación jurisdiccional de todo convenio* y establecer, a esos efectos, un estándar de valoración que *no se reduce a la mera comprobación de que los derechos respectivos fueran disponibles*, sino que avanza sobre el contenido de las cláusulas, reclamando analizar si las mismas evidencian una *“justa” composición del conflicto*.

Muchas son las observaciones que merece esta solución⁴.

Desde una perspectiva constitucional, cabe observar que una regulación de ese estilo es difícil de conciliar con las reglas del código civil sobre transacción, tanto en el régimen derogado como en el del nuevo Código Civil y Comercial unificado (ley 26.994). Es que con independencia de la discusión acerca de la conveniencia de incorporar el recaudo de homologación judicial para los acuerdos celebrados en mediación, existe en Argentina un serio obstáculo constitucional para consagrar modelos como los señalados en la Provincia de Buenos Aires. Es que las reglas del Código Civil (ahora derogado) sobre transacción no preveían esta exigencia como condición de validez de los acuerdos en controversias no sometidas a juicio. Siendo que la legislación civil, comercial y laboral es en Argentina atribución exclusiva del Congreso Nacional (art. 75, inc. 12, Const. Nac.) y que dicha normativa debe ser respetada en cada Provincia, existe un dilema constitucional evidente

⁴ En contra, pronunciándose a favor del sistema de homologación posterior a la mediación, v. especialmente: BERIZONCE, Roberto, "La mediación en transformación: hacia una conciliación-mediación 'valorativa' (la ley bonaerense 13.951, de 2009)", en *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, n° 2010-2, p. 241-258.

cuando hay una oposición entre una norma civil y una disposición local. Ello ocurre en el caso que analizamos. El Código Civil derogado (art. 837 y 838) disponía que los acuerdos transaccionales necesitaban ser homologados por el juez únicamente cuando versen sobre derechos “litigiosos”, que son aquellos que habían sido materia de un proceso judicial. Por el contrario, dicho contralor no era necesario frente a derechos “dudosos” (es decir, no llevados a juicio). Pues bien, en lo que se refiere a la mediación, ocurre que hasta que la pretensión no haya sido efectivamente deducida, los derechos no están sometidos a una litis. Y, atento a que no es necesario promover la demanda para iniciar el trámite de mediación, cabe concluir que los conflictos articulados en esta fase previa no son “litigiosos”, sino meramente “dudosos”, siguiendo la distinción antes explicada.

En el nuevo Código Civil y Comercial (ley 26.994), las conclusiones precedentes quedan plenamente ratificadas, ya que en dicho cuerpo unificado se dispone expresamente: 1) que sólo es necesario presentar la transacción ante el juez, frente a derechos “litigiosos” (es decir, sometidos a juicio, de acuerdo a la clasificación previamente explicada); 2) que en cualquiera de sus formas, es *innecesaria la homologación judicial* para que la transacción produzca efectos de cosa juzgada⁵ (arts. 1642 y 1643, CCyC).

Por consiguiente, en el régimen civil y comercial, los acuerdos extintivos no necesitan de homologación judicial alguna, sin perjuicio de que los contratantes pudieran luego reclamar la nulidad de la transacción (por ejemplo, al haber sido concluida respecto de derechos indisponibles).

Desde otro ángulo, cabe destacar que un esquema de tales características importa debilitar la función de desahogo y celeridad que caracteriza al instituto de la mediación, en pos de un control axiológico

⁵ Esta última alusión a los efectos de “cosa juzgada” de la transacción dará margen a discusiones, ya que no podría impedirse que el acuerdo en cuestión sea impugnado por contrariar prohibiciones expresas relacionadas con su objeto o por verse afectado por otros vicios de los actos jurídicos o de los contratos en general (v. por ej., arts. 12, 279, 332, 386, 958, 1004, 1644 del nuevo Código Civil y Comercial). Es decir, que la “cosa juzgada” a la que se refiere el texto no podría impedir discutir dichos defectos del acuerdo, con lo que es ciertamente discutible la terminología utilizada en el texto, ya que difícilmente el acuerdo por sí mismo tenga verdaderamente la inmutabilidad propia de la *res judicata*, al poder sus efectos quedar extinguidos en un proceso posterior.

Pese a esta observación, lo expresado en el texto sigue siendo válido, en cuanto el nuevo Código mantiene la regla de la inexigibilidad de la homologación judicial para la celebración de un acuerdo sobre derechos dudosos (aclarando ahora que tampoco sería necesaria dicha condición para las transacciones sobre derechos sometidos a juicio).

difícilmente materializable en los hechos por parte del juez, no sólo por la ausencia pruebas suficientes para valorar la "justicia" del acuerdo, sino también por la vigencia del principio de confidencialidad que rige en la materia⁶. Cabe aclarar que la observación contenida en el texto no debe ser entendida como un posicionamiento en favor de mecanismos alternativos de solución de controversias a través de los cuales el estado se desentienda de su imperativo constitucional de afianzar la justicia y asegurar la tutela judicial efectiva de los derechos (Preámbulo y art. 18, Const. Nac.; art. 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Muy por el contrario, entendemos que tanto la mediación como otros instrumentos de descongestión, no tienen razón de ser si tales remedios sólo son pensados como alternativas frente a un servicio de justicia que no responde a las necesidades de un proceso justo y eficiente. Es decir, que la preocupación principal del Estado no es la de asegurar que el ciudadano tenga un mecanismo de "escape" o "fuga" a un proceso lento y oneroso, sino la de garantizar la tutela judicial efectiva, para que, sabiendo que tiene en el servicio jurisdiccional una forma adecuada de remediar sus conflictos, el interesado pueda además contar con instrumentos de autocomposición eficientes, a los que acuda voluntariamente (y no huyendo de un sistema de Justicia que no lo satisface)⁷.

La crítica al diseño bonaerense se afina en la idea de que el examen de la "justa composición de la litis" demandaría un rol activo del judicante que difícilmente rinda frutos efectivos en la praxis de los tribunales de la Provincia de Buenos Aires. Consideramos que, para lograr transacciones más equilibradas, sería mucho más atractivo y útil prever instrumentos idóneos para que las partes puedan acudir a la mediación dotados de información suficiente para negociar adecuadamente (vg., profundizar el impacto del principio de colaboración en la fase liminar del proceso, imponiendo a las partes el deber de

⁶ V., en tal sentido: GRILLO CIOCCHINI, Pablo A., "La desatinada mediación previa obligatoria en la Provincia de Buenos Aires", *Doctrina Judicial*, 15-IV-2009.

⁷ En similar sentido, ha sostenido Oteiza que la política pública en la materia debe encontrar razones más adecuadas para impulsar los MARC (o ADR), que la mera imposibilidad del Estado de dar respuesta a los problemas de la Justicia. V. OTEIZA, Eduardo, "Punto de vista: MARC/ADR y diversidad de culturas: el ejemplo latinoamericano", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Año V, 2005, No. 8. Sostiene allí el autor: "Brindar la oportunidad de acceder a los MARC por su mayor eficiencia para el tratamiento del conflicto significa que su implementación no está fundada sólo en la imposibilidad del Estado de distribuir recursos escasos entre todos los potenciales requirentes de esos bienes, sino en desatacar que hay razones sustantivas que lo justifican".

intercambiar información útil para estimar las probabilidades de éxito futuro de la pretensión, etc.), que imponer una inspección judicial *ex post facto* de difícil concreción y discutible validez constitucional.

Frente a este escenario, hay quienes han sostenido que la regla analizada estuvo orientada a fines menos elevados y más pragmáticos, como el de mantener la recaudación de la tasa de justicia⁸ o evitar el evasión de aportes profesionales, que deben necesariamente abonarse antes de la homologación. En cualquier caso, la realidad ha terminado jugando una carta significativa: dado que la homologación sólo es necesaria en la hipótesis de incumplimiento del acuerdo (caso en el cual el interesado, para ejecutar los compromisos allí asumidos, debe haber cumplido con dicho paso previo), en la práctica, son pocos los acuerdos presentados para su supervisión en sede judicial. Ante la falta de incentivos generales para presentarlos a homologación, la mayoría de los acuerdos celebrados en mediación permanecen ajenos a los estrados judiciales.

IV. Conclusiones.

De lo expresado podemos sintetizar las siguientes conclusiones y propuestas:

1) La mediación no tienen razón de ser si sólo es pensada como alternativa frente a un servicio de justicia que no responde a las necesidades de un proceso justo y eficiente. Es decir, que la preocupación principal del Estado no es la de asegurar que el ciudadano tenga un mecanismo de “escape” o “fuga” a un proceso lento y oneroso, sino la de garantizar la tutela judicial efectiva, para que, sabiendo que tiene en el servicio jurisdiccional una forma adecuada de remediar sus conflictos, el interesado pueda además contar con instrumentos de autocomposición eficientes, a los que acuda voluntariamente (y no huyendo de un sistema de Justicia que no lo satisface).

2) Para lograr que los acuerdos a los que se arriba en mediación sean progresivamente más justos, deben corregirse los incentivos tóxicos que

⁸ Nótese la diferencia existente en este punto con otros sistemas provinciales como el de la Provincia de Córdoba, en el que la homologación de los acuerdos queda exento de tasa de justicia.

llevan a las partes a aceptar cualquier forma de solución, a cambio de evitar un litigio oneroso y disfuncional.

3) Los sistemas de la homologación general “de equidad”, como el previsto en la Provincia de Buenos Aires (art. 19, ley 13.951), tienen un papel muy limitado como instrumento para corregir las injusticias de los acuerdos, mostrándose como una solución algo ingenua e ineficiente para solucionar este problema.

4) Además, estos sistemas tienen en nuestro país serios reparos de constitucionalidad, al apartarse de las directrices previstas en el Código Civil (y en el próximamente vigente Código Civil y Comercial).

5) Para introducir en nuestro medio incentivos materiales destinados a promover la autocomposición virtuosa de los conflictos, debe necesariamente transitarse el camino “difícil”, que demanda introducir reformas integrales en el servicio de justicia, reducir la duración de los procesos judiciales, incorporar el intercambio obligatorio de información entre las partes previa al inicio del pleito o durante la fase de mediación, remediar las distorsiones económicas generales como la inflación, las tasas negativas de interés, y otros incentivos que afectan la posibilidad de arribar a acuerdos equilibrados.