

**Voces:** MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCION DE CONFLICTOS ~ MEDIACION ~ PROVINCIA DE BUENOS AIRES ~ JUEZ ~ MEDIADOR ~ ACTA DE MEDIACION ~ DESIGNACION DE MEDIADOR ~ HONORARIOS ~ HONORARIOS DEL MEDIADOR ~ COMPARECENCIA ~ AUSENCIA DE LA PARTE ~ NOTIFICACION ~ RECUSACION ~ CAUSALES DE RECUSACION ~ EXCUSACION ~ ABOGADO ~ HONORARIOS DEL ABOGADO

**Título:** Del régimen de mediación obligatoria en la provincia de Buenos Aires y la intervención de los jueces

**Autor:** Cabanas, María Jimena

**Publicado en:** LLBA2013 (diciembre), 1169

**Cita Online:** AR/DOC/4505/2013

**Sumario:** 1. Introducción. — 2. La intervención judicial. — 3. Conclusiones

### 1. Introducción

A un año de la puesta en funcionamiento del Régimen de Mediación previsto en la Ley 13.951 (Reglamentado por el Decreto 2530/10), se evidencian las diversas dificultades que el sistema —tal como fue concebido— presenta. Con la intención de clarificar algunos aspectos procesales a tener en cuenta tanto por los mediadores como por los letrados que asisten a las personas involucradas en un conflicto sujeto a mediación y los operadores jurídicos que posteriormente intervendrán concluida la etapa —ya sea en los distintos supuestos en que la ley prevé la intervención judicial o bien en el proceso instado a consecuencia de la imposibilidad de lograr el acuerdo— me propongo sugerir algunos criterios interpretativos de la Ley y su Decreto Reglamentario, intentando conciliar los principios que inspiran la mediación (informalidad, neutralidad, imparcialidad, confidencialidad y consentimiento informado), con los diversos principios procesales que pautan los procesos civiles y comerciales en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires (dispositividad, instrumentalidad y legalidad de las formas, escritura, economía procesal, etc.).

### 2. La intervención judicial

El art. 2 de la Ley 13.951 establece con carácter obligatorio la Mediación previa a todo juicio, con las exclusiones que la propia norma prevé (art. 4º) con el objeto de promover y facilitar la comunicación directa entre las partes que permita la solución del conflicto.

A su vez, disponen en lo pertinente los arts. 6 y 7 de la misma norma que al formalizar el reclamante su pretensión ante la Receptoría de Expedientes de la ciudad asiento del Departamento Judicial que corresponda —o del Juzgado descentralizado si lo hubiere— se sorteará un Mediador que entenderá en el reclamo interpuesto y en el mismo acto, sorteará el Juzgado que eventualmente entenderá en la homologación del acuerdo a que se arribare o en su caso, en la litis ulterior.

En forma liminar, la ley establece entonces la intervención de un Juzgado que resulta sorteado en el mismo acto en que se sortea el mediador, especificando también los dos primeros supuestos de intervención judicial: la homologación del acuerdo a que se hubiere arribado o el trámite del pleito que ulteriormente se inste, a consecuencia de haber concluido la mediación sin acuerdo (arts. 12 "in fine" y 19).

A los citados precedentemente se suman los indicados en los arts. 23, 28 "in fine" (reglamentado por el art. 23 del Decreto Reglamentario), 31 (reglamentado por los arts. 27 y 28 del mismo D.R.) y 35.

Estas normas contemplan los siguientes casos: la ejecución judicial del acuerdo homologado incumplido y la fijación de la multa a favor del requirente prevista en la última parte del art. 23 citado; la controversia con relación a la recusación o excusación del mediador (art. 28 de la Ley 13.951); las cuestiones vinculadas a la determinación del honorario del mediador por su labor y su cobro, y la regulación judicial —y eventual ejecución— de los honorarios de los letrados participantes en dicho proceso a falta de convenio sobre tales estipendios (arts. 31 y 35 de la Ley citada).

Considero que la enumeración de los casos en los que la ley determina la intervención judicial son taxativos y su interpretación restrictiva, no pudiendo incluirse por analogía otros supuestos toda vez que de asumir los jueces tal actitud, no sólo resultarían desnaturalizados los principios y objetivos de la mediación como método alternativo de resolución de conflictos tendiente a obtener la paz social sino que aún peor, se abriría las puertas a la controversia judicial de cualquier cuestión a ella vinculada, con desmedro de la particular función del mediador (deslegitimación) (1) lo que redundaría a la postre, en el fracaso del sistema.

Analizaré a continuación, el rol del juez en cada uno de estos supuestos. Como en todos los casos, la intervención judicial supone un proceso de mediación cuyo cierre debe instrumentarse en un acta —confeccionada de acuerdo a las pautas que brinda la misma ley— que explicita los motivos taxativamente establecidos, el juzgador debe analizar preliminarmente si tal instrumento cumple las formalidades exigidas que permitan determinar que en efecto, el proceso se desarrolló válidamente en los plazos y condiciones exigidos por el régimen legal.

#### 2. 1. Las alternativas del cierre de la mediación

La conclusión del proceso de la mediación puede obedecer, de acuerdo a lo establecido en la normativa, a

cuatro vicisitudes: Imposibilidad de notificar a una o más partes, incomparencia injustificada de una o más partes, cierre por falta de acuerdo, o cierre con acuerdo, alternativas éstas que se hallan contempladas el art. 17 del Decreto 2530/10, reglamentario del art. 18 de la Ley de Mediación y que deberán explicitarse en el Acta de cierre de la mediación.

Para poder habilitar la intervención judicial en cada uno de los supuestos deberá presentarse en el juzgado sorteado el acta extendida por el mediador, suscripta por los participantes en el proceso que dé cuenta del motivo del cierre de la mediación, que podrá ser únicamente uno de los previstos en la norma y previo cumplimiento de los requisitos procedimentales de acuerdo al caso, siendo las causales de cierre excluyentes unas de otras.

Ello significa que si la mediación fue concluida por falta de acuerdo, el acta debe estar necesariamente suscripta por todos los involucrados en el conflicto y sus respectivos abogados, lo que presupone que al menos se encontraban todos presentes al celebrar una audiencia, ya que la mediación sólo puede tener lugar válidamente con la comparencia personal de las partes con asistencia letrada. De la misma manera, si la mediación concluyó con acuerdo, en el mismo deben haber participado todas las partes involucradas en la disputa, cada una con su letrado y suscribir todos el acta respectiva.

Luego, si la mediación fue cerrada por imposibilidad de notificar a una de las partes, la única intervención preterida del acta será la de los sujetos a los que resultó imposible anotar, debiendo dejar constancia el mediador de la circunstancia indicada. Si en cambio el fracaso del proceso obedeció a la incomparencia injustificada de una o más partes, o a la omisión de comparecer con patrocinio letrado, el mediador debe pormenorizarlo en el acta que será suscripta únicamente por quienes estuvieron presentes.

Es de gran importancia la correcta confección por parte de los mediadores de las actas de cierre puesto que es el único instrumento del cual dispone el juez para verificar que la instancia de mediación se desarrolló con cumplimiento de los recaudos exigidos en la normativa, a fin de evitar ulteriores planteos nulitivos.

## 2.2. Los participantes en el proceso de mediación. Comparencia de las partes.

Establece la primera parte del art. 2º del De. 2530/10 (reglamentario del art. 2º de la Ley ya citada) que "la mediación previa a todo juicio se considerará cumplida cuando las partes hubieren participado de un procedimiento de mediación con intervención de un mediador judicial que reúna los requisitos establecidos en esta reglamentación", en tanto que el art. 9 de la ley citada dispone en lo pertinente que "...el Mediador (...) fijará la fecha de la audiencia a la que deberán comparecer **las partes...**" y el art. 13 del Decreto Reglamentario establece que las partes deberán comparecer personalmente.

De ello se extraen las siguientes conclusiones:

a) En primer lugar, el proceso ha de estar conducido por un mediador matriculado, inscripto y habilitado conforme las previsiones de los arts. 25 y 26 de la Ley citada y su reglamentación, a los que en honor a la brevedad me remito atento que no se han observado a ese respecto contingencias o discrepancias.

b) En segundo lugar, la norma citada alude al término "partes", y corresponde entender que ello se refiere a la totalidad de los sujetos involucrados en el conflicto y que eventualmente, de no concluir el proceso mediatorio en un acuerdo revestirán la condición de actores y/o demandados en el litigio de que se trate.

c) A su vez, el art. 12 del Decreto Reglamentario prevé que las partes podrán solicitar la incorporación al procedimiento de terceros vinculados al conflicto.

Por esa razón, los mediadores intervinientes deberán de analizar detenidamente las circunstancias de cada caso a fin de verificar si observan alguno de los distintos supuestos de litisconsorcio previstos en los artículos 88, 89 y 94 del C.P.C.C. puesto que en el caso de resultar preterido de la mediación alguno de ellos no podrá luego demandar o ser demandado en el proceso que ulteriormente se inste —a todo evento— ante la falta de acuerdo. Con relación al extremo establecido en el art. 90 del Código Adjetivo, se advierte que resultará difícil —sino imposible— prever la eventual comparencia al proceso de los sujetos allí indicados por cuya razón, de verificarse la circunstancia, deberá analizar el juez las particulares circunstancias de cada caso a fin de determinar si corresponde volver las actuaciones a la instancia de mediación prejudicial, con la participación del sujeto que se ha incorporado voluntariamente al proceso en los términos de la norma referida.

Así como la sentencia dictada en juicio es ejecutable contra quienes participaran en un proceso —incluyendo a los terceros convocados en los términos de los artículos citados (2)— y no resulta oponible a los que no lo han sido —en virtud de la autoridad de cosa juzgada de que gozan las resoluciones judiciales definitivas y que alcanzan a los sujetos procesales que se ubican en la situación de partes frente al juez, tanto activa como pasivamente— y más allá de este límite subjetivo lo resuelto es res inter alios acta sin vincular a nadie más con su autoridad, la misma relatividad de consecuencias ha de trasladarse a la etapa de mediación de suerte tal que no pueda considerarse válidamente concluida sin acuerdo la etapa mediatoria si no fueron debidamente convocados y escuchados quienes luego revestirán el carácter de parte en el juicio posterior.

La práctica común de los abogados frente a conflictos relativos a accidentes de tránsito en los que resulta habitual realizar transacciones únicamente entre el reclamante y la compañía aseguradora, se ha trasladado en muchos casos al ámbito de la mediación, realizándose el proceso sin participación del/os otro/s sujeto/s

involucrado/s en el conflicto (vr. gr. conductor, titular registral, etc.), con la consecuencia de que tales procesos mediatorios resultan nulos por ausencia de un requisito legal ineludible: la comparencia personal de las partes.

La norma alude también al "patrocinio letrado" con el que deben contar obligatoriamente las partes para participar en el proceso y cabe destacar que es admisible la figura del apoderado, si su mandante se encuentra también presente en el acto, puesto que sólo se admite que el proceso se desarrolle únicamente con el apoderado, si la parte (ya se trate de personas físicas o jurídicas) se domicilia a más de 150 kms. de la ciudad asiento de la Mediación (art. 15 Ley 13.951). En este caso, al apoderado debe comparecer justificando la personería invocada y las facultades para transigir.

La comparencia de la parte sin asistencia letrada se asimila a la incomparencia (art. 13, 1º párrafo del Dec. 2530/10), a excepción de que los presentes acuerden una nueva fecha para subsanar la falencia.

En todos los casos en que se transgreden estas disposiciones es decir; en aquellos en que la parte compareció sin asistencia letrada; o compareció el letrado apoderado, pero su representado no se domicilia a más de 150 kilómetros del lugar de la mediación; que sí reside a mayor distancia pero el apoderado carece de facultades para transigir o bien se omite acreditar la personería invocada, el mediador puede asumir entonces una de las tres siguientes alternativas: concluir la mediación por incomparencia injustificada de una o más partes, consensuar la fijación de una nueva audiencia para suplir la omisión de que se trate o bien intimar a la parte, otorgándole un plazo de cinco días hábiles judiciales para satisfacerlos y de persistir el incumplimiento, determinar que existió incomparencia con las consecuencias establecidas en el art. 14 del mismo decreto.

Atento que respecto a esta última alternativa la norma refiere que el mediador "podrá intimarlas" corresponde señalar que tal proceder resulta facultativo, de acuerdo a las circunstancias que el mediador pondere en cada caso, no resultando admisible que tal actitud le sea exigida por alguna de las partes más allá de que si las partes presentes así lo solicitan, resulte recomendable acceder al pedido para posibilitar que efectivamente transiten el proceso mediatorio y arribar a un acuerdo.

#### 2.2.1. Citación a las partes. Imposibilidad de notificarlas.

El mediador, dentro del plazo de cinco días de notificado de su intervención por el requirente (arts. 8 y 9 de la Ley 13.951), debe fijar la fecha de la audiencia a la que deberán comparecer las partes con asistencia letrada (art. 16, ley 13.951; arts. 9 inc. 5 y 13 D.R. 2530/10), debiendo notificarlos en forma personal o mediante cédula, carta documento o acta notarial, adjuntando copia del formulario previsto en el art. 6º, diligencia que se encuentra a cargo del mediador, salvo que el requerido se domiciliar en extraña jurisdicción en cuyo caso, deberá ser diligenciada por el requirente (art. 10 Ley citada), debiendo efectivizarse el anociamiento al menos con cinco días de antelación a la celebración de la audiencia y con la información pormenorizada en el art. 9º del Decreto Reglamentario.

De ello se sigue que la notificación debe hacerse a las partes es decir, a las personas físicas si son capaces, a los representantes legales si se trata de incapaces y legales o convencionales si se trata de personas jurídicas, de acuerdo al régimen general establecido por la Ley 19.550 y las normativas específicas que rigen a las restantes personas jurídicas (asociaciones, fundaciones, mutuales, sociedades civiles, etc.).-

No resulta válida en tales términos la notificación telefónica de la audiencia, puesto que no es posible de esa manera dar cumplimiento a los requisitos establecidos en los incisos 6 y 8 del artículo citado, lo que no excluye la posibilidad de que el mediador se comunique con las partes por esta vía para comunicar el inicio del trámite si luego ellas comparecen y se notifican personalmente —y con la anticipación necesaria— en la oficina del mediador de todas las circunstancias exigidas en la norma.

Las notificaciones (a excepción de la notificación personal en la oficina del mediador) deben realizarse en los domicilios aportados por el requirente y se harán en la modalidad que el mediador considere más conveniente para lograr la efectivo comunicación. Si el requirente solicitara del mediador la notificación por carta documento u otro medio que implique un gasto, serán a su cargo los importes respectivos.

Las partes pueden acudir a su vez —y si el mediador halla suficientemente justificadas las razones esgrimidas— a la notificación en el domicilio denunciado bajo su responsabilidad, en cuyo caso y a falta de previsión específica, corresponde la aplicación analógica del art. 141 del C.P.C.C.-

Si bien las notificaciones pueden realizarse mediante cédula, en los términos de la Sección Quinta de la Acordada 3397 SCJBA, en ningún caso corresponde la intervención del Juzgado para su control, suscripción o libramiento (art. 9º inc. 6 Dec. 2530/10), debiendo ser suscriptas por el propio mediador.

#### 2.3. Cierre por falta de acuerdo.

Una vez que las partes debidamente citadas se encuentran presentes con asistencia letrada comienza el proceso de mediación caracterizado como la negociación colaborativa entre los sujetos involucrados en un conflicto, asistidas por el mediador como tercero neutral facilitador de la comunicación, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 16 de la Ley en estudio, sobre el que no me extenderé puesto que excede tanto el objeto de este trabajo como el contralor judicial.

Si no obstante las sesiones celebradas, las partes no logran arribar a un acuerdo o bien el mediador considera

que no se encuentran en condiciones objetivas o subjetivas de lograr la autocomposición de los intereses (3), debe cerrar el procedimiento, dejándose constancia de la presencia de todos los involucrados —quienes suscribirán el instrumento— y el resultado del proceso, quedando en este caso expedita la vía judicial.

#### 2.4. El acuerdo. La homologación. La ejecución del acuerdo incumplido.

El art. 19 de la Ley dispone que el acuerdo se someterá a la homologación del Juzgado sorteado, el que la otorgará cuando entienda que el mismo representa una justa composición de los intereses de las partes, en tanto el art. 21 dispone que el juez podrá formular observaciones al acuerdo, devolviendo las actuaciones al Mediador para que, en un plazo no mayor de diez días intente lograr un nuevo acuerdo que contenga las observaciones señaladas.

Ante el pedido de homologación de un acuerdo arribado como consecuencia de la etapa de mediación obligatoria el juez cuenta entonces con tres alternativas: homologar el acuerdo presentado; realizar observaciones al acuerdo, remitiéndolo nuevamente al mediador para que en el plazo de diez días inste a las partes a realizar un nuevo convenio que contenga las observaciones requeridas por el Juzgado, o bien rechazar la homologación pretendida.

Numerosas y justificadas críticas se han alzado por parte de los mediadores respecto a las normas en cuestión: no se entiende de qué manera puede el juez —que no participó en las negociaciones de las partes y mal puede conocer qué circunstancias han ponderado ellas en función de sus intereses para decidir como lo hicieron— determinar si el acuerdo representa o no una justa composición de los intereses en juego o si debe ser modificado en algún sentido.

Es de destacar que muchas veces los jueces carecen de capacitación en mediación por lo que resulta previsible que analicen el acuerdo desde la perspectiva adversarial estructurada en un esquema de "ganar-perder", propio de los litigios judiciales en los que, lo que uno obtiene lo es habitualmente en desmedro del otro contendiente.

Por eso parece acertado interpretar que el juez sólo podría denegar la homologación del convenio en el supuesto que se evidencie que el mismo contraría el orden público, la moral o las buenas costumbres o que las obligaciones que allí se asumen resultan de una desproporción grosera e injusta, o inatinencia lógica entre las pretensiones deducidas y el resultado mediado; y aún en este caso, deberá procederse con extrema prudencia.

No parece aconsejable que los jueces realicen observaciones y remitan nuevamente al mediador las actuaciones puesto que habitualmente, el acuerdo negociado resulta el corolario de una ardua tarea por parte de los mediadores y las partes probablemente al cabo de varias reuniones y el reenvío a la etapa previa —si los contendientes entendieron que el acuerdo representa la justa composición del conflicto— redundaría lisa y llanamente en el fracaso del sistema puesto que importaría desconocer la validez de las negociaciones colaborativas desarrolladas por las partes con la intervención del mediador descalificando así tanto el proceso como el rol de este último (ver lo ya expuesto en la cita [1]), al par de imponerle el exiguo plazo de diez días para instar un nuevo y distinto acuerdo que, quizás no represente el mismo grado de satisfacción de los intereses en juego.

En el caso que el juez rechace la homologación del acuerdo o bien formule observaciones y el mediador no logre en el término previsto obtener con las partes un nuevo acuerdo que las contemple, quedará expedita la vía judicial. Si bien, la ley citada no prevé recurso alguno frente a la decisión judicial adoptada —que no puede ser impugnada ni por las partes ni por el mediador interviniente— parece conveniente admitir que si el juez se expidiera sobre la necesidad de formular modificaciones al acuerdo y lo reenviara al mediador a esos efectos y éste y las partes insistieran en la homologación del acuerdo en los términos en que fue logrado, aquél debería acceder.

Si la homologación solicitada fuera resuelta favorablemente por el juez, su intervención ulterior se limitará al supuesto en que, incumplido por alguna de las partes, se inste la ejecución del acuerdo la que tramitará —al igual que la transacción y conciliación homologadas, reguladas en los artículos 308 y 309 del C.P.C.C., de acuerdo a lo establecido por el art. 498 del mismo ordenamiento— en la forma establecida en los artículos 500, 501 y siguientes del Código de Rito.

A fin de conciliar el ordenamiento procesal con lo establecido por el art. 23 última parte de la Ley 13.951, considero en la oportunidad de dictar la resolución que manda llevar adelante la ejecución, debe a su vez fijar la multa a favor del requirente en los términos del art. 19 del Decreto Reglamentario, que integrará la condena, máxime si la cuestión en juego no se expresa en valores monetarios (aspecto no previsto en el régimen legal).

#### 2.5. La controversia con relación a la recusación o excusación del mediador.

El art. 28 de la norma en estudio dispone que los mediadores podrán excusarse o ser recusados por las mismas causales que los Jueces de Primera Instancia, no admitiéndose la recusación sin causa, procediéndose en su caso al inmediato sorteo de un nuevo mediador.

De acuerdo al art. 23 del Decreto Reglamentario, el mediador cuenta con un plazo de tres días desde que tomó conocimiento de su designación para excusarse entregándole al requirente constancia escrita de su inhibición quien debe solicitar el nuevo sorteo —también dentro de tres días— y, de existir controversia en relación a la

excusación, será resuelta por el Juez oportunamente sorteado.

La confusa norma ha dado lugar a interpretaciones e intervenciones diversas por parte de mediadores y jueces. Al remitir la norma citada a las causales de recusación o excusación que pueden esgrimir (o ser esgrimidas para apartar al mediador, en su caso) los Jueces de Primera Instancia, algunas decisiones jurisprudenciales (4) han considerado que resulta aplicable el procedimiento establecido por el art. 31 del C.P.C.C., que determina que las partes no podrán oponerse a la excusación ni dispensar las causales invocadas; si el juez que sigue en orden de turno entendiese que la excusación no procede, se formará incidente que será remitido sin más trámite al tribunal del alzada y, aceptada la excusación, el expediente quedará radicado en el juzgado que corresponda, aún cuando con posterioridad desaparecieran las causas que la originaron.

Ello, trasladado al ámbito de la mediación importa concluir que no pueden las partes oponer recurso alguno a la excusación formulada por el mediador, siendo el único habilitado a resistirla el sorteado con posterioridad como consecuencia de la excusación en cuyo caso, sí debe intervenir el Juez sorteado decidiendo si resultan fundadas las razones esgrimidas para apartarse del proceso.

Para quienes se encuentran capacitados en mediación se evidencia incorrecto el criterio aludido. Existe consenso entre los teóricos de la mediación y los mediadores, en considerar indispensables la imparcialidad y neutralidad que debe conservar el mediador durante todo el proceso y no sólo en el transcurso de las audiencias de mediación, lo que incluye cualquier contacto preliminar de alguna de las partes y/o sus letrados.

De acuerdo a la definición expuesta por Christopher Moore, en su obra "El Proceso de Mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos" (Ed. Granica 2008) la imparcialidad se refiere a la actitud del interventor y significa una opinión no tendenciosa o falta de preferencia a favor de alguno/s de los negociadores; en tanto que la neutralidad alude al comportamiento o la relación entre el interventor y las partes.

Ello significa que el mediador puede —y debe— separar sus opiniones de los deseos de los litigantes y concentrarse en los modos de ayudar a las partes a formular sus propias decisiones, sin favorecer indebidamente a una de ellas; la prueba final de que el mediador reviste estas calidades se encuentra en las propias partes: ellas deben percibir que el interventor no se muestra francamente parcial o partidista, si se quiere que acepten su ayuda.

Lo expuesto significa que el mediador tiene el deber de ser imparcial y estar libre de conflictos de intereses que pudieran afectar de algún modo su desempeño para conducir el proceso en forma neutral y equilibrada de suerte tal, que si apareciera algún conflicto, duda o cuestión que pudiera afectar su imparcialidad antes o durante el curso de la mediación, debe informarlo a los participantes. Y no sólo ello, si el conflicto fuera tal como para afectar la habilidad en la conducción imparcial del proceso, está obligado a declinar la designación o retirarse de la mediación, ya que la eventual vulneración de estas pautas de conducta, puede conducir a sanciones, ya sea de índole disciplinaria, o incluso de responsabilidad por incumplimiento de sus deberes legales.

Sin embargo los jueces no se encuentran limitados en este aspecto (5) por el deber de confidencialidad: las razones previstas en el art. 30 del rito (que no refieran a los supuestos taxativamente enumerados por el art. 17 del C.P.C.C.) deben ser claramente exteriorizadas de suerte tal que el juez que sigue en orden de turno, o bien el tribunal de alzada (si la excusación resulta resistida) puedan ponderarlas, ya que tanto la excusación como la recusación importan la posibilidad de sustraer el conocimiento de la causa de su juez natural, la justificación de tal proceder debe ser analizada con criterio restrictivo (6).

Con relación a los mediadores, no surgen dudas en el caso de advertirse las causales enumeradas en el art. 17 del C.P.C.C., puesto que refieren a situaciones fácticas que deben provocar inexorablemente el apartamiento del mediador del proceso ya sea por vía de recusación formulada por alguna de las partes o bien por excusación ni bien aquél advierte que se encuentra incurso en la causal de que se trate.

Empero, también pueden excusarse aduciendo graves motivos de decoro y delicadeza según autoriza el art. 30 del rito. Atento las particulares características de la mediación y el deber de confidencialidad que recae sobre las partes y el mediador respecto de todo el proceso, no parece exigible que se revelen los hechos concretos que motivan su excusación. Es el mediador quien debe discernir si revisten la suficiente gravedad como para impedirle conducir el proceso conservando la neutralidad e imparcialidad más arriba caracterizadas.

Ello significa que no cualquier divergencia surgida entre las partes y/o sus letrados y el mediador debe conducir a su apartamiento del proceso: el mediador no está exento de sentir ni reaccionar ante la presencia y conducta de las partes o sus letrados; posee una historia, una educación, una cultura y valores e ideologías propios que pueden, durante la interacción, suscitarle respecto de aquéllos, sentimientos de simpatía, afinidad, antipatía o rechazo que debe lograr reconocer y distinguir para apartarlos, poniendo en práctica la neutralidad entendida como equidistancia, de suerte tal que la presencia de sus concepciones y valores no interfieran en su rol de facilitador de la comunicación y sea capaz de crear para todas las partes, las mismas condiciones en la negociación (7) de lo que se sigue que los mediadores sólo en forma excepcional y con extrema prudencia deben acudir a esta alternativa.

De acuerdo a lo antedicho, parece que ninguna intervención habrán de tener los jueces en este caso: los motivos concretos del apartamiento no serán explícitos en función de la confidencialidad que se encuentran

obligados a guardar y el mediador que sigue en el orden de sorteo habrá de considerar que sólo muy graves circunstancias determinaron a su antecesor a asumir la actitud descrita, sin tener razón alguna para objetarlo. Ello podría conducir a la aplicación errónea o abusiva de este instituto por parte de los mediadores que ante cualquier divergencia respecto del proceso se abstuvieran de intervenir debiendo en ese caso la Autoridad de Aplicación analizar si reiteradas excusaciones del mismo o sucesivos mediadores, configuran una infracción a la Ley en términos del art. 25 incisos a), b) o f) del Dec. 2530/10, susceptibles de sanción disciplinaria.

Corresponde a ello agregar que el art. 15 del Anexo I (Texto según AC 3592) "Reglamento para el sorteo de mediadores" contenido en la Acordada 3585 SCJBA, establece que para los casos en los que, luego de operadas las recusaciones o excusaciones requeridas, se agoten los mediadores habilitados, queda expedita la vía judicial entendiendo en la causa el Juzgado oportunamente sorteado, procedimiento que también se aplica al caso en que no se registren mediadores habilitados en una determinada sede judicial.

2.6. Los honorarios de los mediadores y abogados de las partes. Su cobro y eventual fijación judicial.

2.6.1. Los honorarios de los mediadores.

Dispone el art. 31 de la ley que el mediador percibirá por la tarea desempeñada en la mediación una suma fija cuyo monto, condiciones y circunstancias se establecerán reglamentariamente y que dicha suma será abonada por la o las partes conforme al acuerdo transaccional arribado. En el supuesto de fracaso de la mediación, el mediador podrá ejecutar el pago de los honorarios que le corresponda ante el Juzgado que intervenga en el litigio. El art. 27 del Decreto Reglamentario establece las pautas mínimas para determinar el estipendio, que se calcula en base a jus arancelarios. A su vez, esta norma prevé que si promovido el procedimiento de mediación, éste se interrumpiese o fracasase y el requirente no iniciase el juicio respectivo dentro del término de sesenta días corridos desde el día en que se expidió el acta de finalización de la mediación, deberá abonar al mediador en concepto de honorarios, el equivalente a nueve jus arancelarios o la menor cantidad que corresponda, en función del importe del reclamo a cuenta de lo que correspondiera si se iniciara posteriormente la acción y se dictase sentencia o se arribase a un acuerdo.

Si el juicio fuese iniciado en el término antedicho, el mediador tendrá derecho a percibir de quien resulte condenado en costas, el monto total de sus honorarios o la diferencia entre éstos y la suma que hubiese percibido a cuenta y, si el reclamante desistiera de la mediación luego que el mediador hubiese tomado conocimiento de su designación, le corresponderá la mitad de los honorarios a que hubiese tenido derecho.

El primer párrafo del art. 31 de la Ley no ofrece mayor dificultad interpretativa: el art. 27 del Decreto 2530/10 establece las pautas para calcular el honorario de acuerdo al monto involucrado en el conflicto y en el supuesto de monto indeterminado. El mediador, como parte integrante del acuerdo transaccional, deberá convenir con las partes quién o quiénes resultarán obligados a su pago, debiendo convenir la fecha del pago —si no se verifica al momento de concluir el acuerdo—, que no podrá diferirse a más de treinta días corridos de la del acta de acuerdo (art. 28 Dec. 2530/10). En todos los casos, debe constar en el Acta el monto del honorario a favor del mediador, el nombre del o los obligados y la fecha de pago. El acta constituye suficiente recibo y carta de pago a favor de la parte obligada (en el caso de que los honorarios sean pagados en ese momento) y, en el supuesto que a la fecha diferida fijada para el cobro, el mediador no los percibié, constituye título suficiente para que el mediador acuda a su ejecución judicial. No se requiere intimación previa ni otra formalidad que la presentación del Acta donde consta su desempeño y finalización del procedimiento y se ejecutan en la forma prevista por los arts. 500 y ccdtes. del C.P.C.C. atento que —a falta de previsión legal expresa— corresponde la aplicación analógica del art. 498 inc. 3 del rito.

En el caso de que el proceso de mediación concluyese con un acuerdo, los mediadores se verán así en la obligación de negociar sus propios emolumentos, pacto que deberá forzosamente integrar el instrumento del acuerdo. Ahora bien, aún en el supuesto de que habiendo arribado las partes a un acuerdo con relación al conflicto, no logren consensuar con el mediador interviniente, el monto de sus honorarios o quién deberá abonarlos, deberá procederse al cierre de la mediación por falta de acuerdo, quedando expedita la vía judicial.

En todos los casos en que la vía judicial se halle expedita, de no iniciarse el proceso en el término de sesenta días, el mediador interviniente tiene derecho a exigir del requirente, el pago del equivalente a nueve jus arancelarios o el menor importe de acuerdo al monto del reclamo a cuenta de honorarios, a determinarse si se iniciase posteriormente el juicio o se arribase a un acuerdo; o definitivos en el supuesto que ello no sucediera. Corresponde determinar el valor del jus al finalizar el plazo de sesenta días a que alude la norma, debiendo el mediador iniciar la correspondiente ejecución de honorarios por ante el juzgado sorteado, la que tramitará por las disposiciones de los arts. 500 y siguientes del Código Procesal, es decir, por la vía de ejecución de sentencias. Tanto en este caso, como en el supuesto de honorarios fijados en el acuerdo e impagos, no se requiere de notificación o intimación previa en los términos del art. 54 de la Ley Arancelaria.

Por otro lado, si el proceso resultó iniciado dentro del plazo de sesenta días aludido, deberá notificarse la circunstancia al mediador interviniente, quien tendrá derecho a cobrar sus honorarios de la parte condenada en costas. Por ello, habrá de estarse al resultado del pleito y a la oportunidad en que se regulen los honorarios de todos los profesionales intervinientes, de acuerdo a lo establecido por el art. 51 de la ley 8904 esto es, al dictar

sentencia (la norma contiene el concepto de sentencia en sentido lato puesto que incluye tanto el supuesto de sentencia definitiva, como aquellos aquellas resoluciones que ponen fin al proceso como los modos anormales regulados en los arts. 304 a 310 del C.P.C.C., el rechazo in limine de la demanda, etc.) a menos que la condena incluya el pago de intereses, frutos y otros accesorios, en cuyo caso se difiere la regulación de honorarios al momento en que cobre firmeza la liquidación respectiva.

#### 2.6.2. Los honorarios de los abogados de las partes.

El art. 35 de la ley establece que a falta de convenio, si el o los letrados intervinientes solicitaren regulación judicial de los honorarios que deberán abonar sus patrocinados por la tarea en la gestión de Mediación, se aplicarán las disposiciones pertinentes de la Ley de Honorarios vigente en la Provincia de Buenos Aires. No existen pautas específicas para determinar el estipendio del abogado que asiste a una parte en el proceso de Mediación, la norma remite a la aplicación del Dec. Ley 8904 que establece el procedimiento para fijar los honorarios de los abogados (tanto judiciales como extrajudiciales) en ámbito provincial.

Ahora bien, el decreto arancelario aludido establece pautas diversas si se trata de honorarios devengados por tareas realizadas en un proceso judicial, o de manera extrajudicial, en defecto de la existencia de contrato escrito, por lo que corresponde preguntarse qué naturaleza corresponde atribuirle a los honorarios profesionales devengados por las tareas realizadas en el proceso de mediación.

No tratándose de honorarios por trabajos desempeñados dentro de procesos judiciales, entiendo que no corresponde la aplicación de los Títulos V y VI que refieren a las tareas desempeñadas dentro de las distintas clases de procesos judiciales. Por el contrario, corresponde acudir a las pautas mínimas fijadas en los arts. 9 y 16 del Decreto 8904, aplicándose en lo pertinente el procedimiento establecido por el art. 55 del ordenamiento citado. Ello por cuanto la única constancia con la que cuenta el abogado para acreditar su labor en la mediación está constituida por el Acta de cierre (con o sin acuerdo) que habitualmente omite hacer referencia a la cantidad y naturaleza (si fueron conjuntas o caucus) de las sesiones o reuniones, o la duración de las mismas, por lo que corresponde admitir la posibilidad del letrado de acompañar con su petición toda la prueba y demás elementos de juicio que acrediten la importancia de la labor desarrollada con posibilidad de oposición del obligado al pago.

### 3. Conclusiones

Si bien el establecimiento de la Mediación Prejudicial Obligatoria en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires ha sido celebrado como un avance en la incorporación al derecho positivo de sistemas alternativos para la resolución de los conflictos, la ausencia de pautas claras y precisas en la Ley 13.951 y su decreto reglamentario que reflejen adecuadamente los principios que inspiran la mediación y el rol del mediador, y el excesivo parentesco de sus postulados con las normas procesales adversariales que caracterizan los litigios judiciales, constituyen una amenaza que atenta contra el éxito del incipiente sistema.

Cuando recordamos los objetivos del movimiento a favor de la Resolución Alternativa de Disputas (8): mitigar la congestión de los tribunales, reducir el costo y la demora en la resolución de los conflictos, incrementar la participación de la comunidad en los procesos de resolución de conflictos, facilitar el acceso a la justicia y suministrar a la sociedad una forma más efectiva de resolución de las disputas podemos advertir que la actualización y capacitación constante de los mediadores no resulta suficiente para lograr la mayor eficacia en la implementación de la mediación obligatoria previa al litigio judicial: la observación continua de los procedimientos, el monitoreo de la aplicación de la ley y especialmente la capacitación de los abogados, funcionarios y magistrados dentro del poder judicial, constituyen las herramientas idóneas e ineludibles para conjurar el fracaso y lograr el sucesivo desarrollo y perfeccionamiento del sistema que requiere la intervención conjunta y colaborativa tanto de los operadores del sistema judicial, como de la comunidad entera.

(1) El éxito de la mediación como proceso (con prescindencia de que su resultado incluya o no un acuerdo) depende de la eficacia del mediador como facilitador de la comunicación y conductor de las negociaciones colaborativas de las partes y a su vez, esta eficiencia depende tanto de su habilidades específicas como de la legitimación de su rol frente a las personas involucradas en la disputa. La legitimación del mediador resulta fundamental para generar en los contendientes confianza en la mediación como proceso idóneo para resolver disputas y posibilitarles la apertura necesaria para comenzar a hablar de sus intereses. La intrusión del juez en el proceso de la mediación puede provocar la deslegitimación del rol del mediador, no ya en el proceso particular donde la intervención judicial tuvo lugar sino del rol del mediador en general.

(2) Conforme SCBA, Acuerdo N° 33.128, sent. del 7-VIII-1984

(3) El mediador no debe permitir que su conducta en el proceso esté guiada por el deseo de lograr un alto índice de acuerdos. Por ello, debe retirarse de una mediación o posponer una sesión o concluir el proceso si la mediación se está utilizando para fomentar una conducta ilegal, para demorar deliberadamente la resolución del conflicto o si alguna de las parte no se encuentra en condiciones de participar debido a drogas, alcohol u otra incapacidad mental o física. A su vez, cuando considere apropiado, debe aconsejar a las partes a considerar

resolver sus disputas a través de otros medios de resolución del conflicto (ver Calcaterra, Rubén A. "Mediación Estratégica" Ed. Gedisa, 2006, págs 267/268). En otros casos la mediación no resulta recomendable: cuando alguna de las partes quiere probar la verdad de los hechos, tiene una cuestión fundamental de principios e innegociable de la que puede salir por propia voluntad, cuando tiene un interés punitivo o noción de justicia retributiva que desea ver reconocidos en una decisión judicial, cuando la lentitud del proceso judicial favorecerá mucho por lo menos a una de las partes, etc. (ver supuestos enunciados en Highton, Elena, Alvarez Gladys, "Mediación para resolver conflictos", Ed. Ad Hoc, págs. 202, 203)

(4) Highton, Elena, Alvarez Gladys, ob. cit., pág. 378, Calcaterra, Rubén A. ob. cit., págs. 264 y 265

(5) Caram, M. Elena y otros, "MEDIACION, Diseño de una Práctica", Ed. Histórica, pág. 38 y sgtes.

(6) Ver jurisprudencia elaborada en torno al tema: "Si el iudex a-quo funda su desvinculación de la causa en motivos de decoro y delicadeza generados por las observaciones de uno de los letrados (art. 30, CPCC), se perfila, la inviabilidad de la alegada razón de excusación (arts. 27, 28 y 31 Cód. cit.). Pues, si bien puede estimarse que el citado artículo 30 adopta una fórmula flexible, no obstante se requiere para su operatividad que expongan los motivos que imponen la mentada abstención, con respaldo en objetivables fundamentos fácticos...", Cám.C.yC. La Plata, causa A 42347 RSI-317-92 I 31-8-1992, "C., A. S. c/ L., E. H. s/ Incidente de régimen de visitas"; "...Si bien en materia de excusación de los magistrados las causas deben apreciarse con criterio circunstancial y con mayor amplitud que las correspondientes a las recusaciones enumeradas taxativamente por el art. 17 del Código Procesal, el mero enunciado de dicha norma, sin la cita expresa de la causal concreta, no es suficiente, por sí sola, para obligar a la aceptación de aquélla, pues siempre debe examinarse cuidadosamente su procedencia, a la luz de las razones invocadas, tratando de evitar el desplazamiento de los jueces naturales que deben conocer de la causa", también de la Cám. Civil y Com. de La Plata, causa B 71174 RSD-150-91 S 5-4-1991, "Municipalidad de La Plata c/ Arzobispado de La Plata s/ Apremio", entre otros.

(7) Calcaterra, Rubén A. ob. cit. págs. 43 y sgtes., Moore, Christopher "El Proceso de Mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos", Ed. Granica 2008, pág.46.

(8) Highton, Elena y Alvarez, Gladys, ob. cit. págs. 26 y 28.