

XIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL (TERMAS DE RIO HONDO.
SANTIAGO DEL ESTERO, 2017)
Ciudad de Córdoba- 18 de mayo de 2017

Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba
“La Mediación Pre Judicial.”
por Eric Alejandro Opl*

Comisión 4: Conflicto y Comunicación

Autor: Eric Alejandro Opl – Ab. Adscripto a las Cátedras B de Derecho Procesal Civil y A de Teoría General del Proceso de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

Dirección: Luisa Martel de los Rios 1975 – Córdoba Capital – Córdoba

Teléfono: 3517 638 374

Fecha de Nacimiento: 19/01/1989

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CORDOBA

Ponencia:

- 1) La ley de Mediación en la Provincia de Córdoba (Lp 8858), no se condice con la orientación seguida en el art. 2542 del Código Civil y Comercial de la Nación.
- 2) Dicha norma le otorga actualidad en nuestro país, a los medios alternativos de resolución de conflictos, cuya finalidad primordial es la de evitar los pleitos.
- 3) En tal sentido la Mediación -como mecanismo alternativo del proceso judicial- debe ser asumido normativamente de modo prejudicial y obligatoria para ciertos asuntos en la Provincia de Córdoba.
- 4) Sin embargo el sistema puede complementarse con el empleo de otras formas

* Abogado Adscripto a la Cátedra de Derecho Procesal Civil, Cat. B, a cargo de la Sra. Prof. Dra. Rosa Angélica Ávila Paz de Robledo.

alternativas, como la conciliación pero en la modalidad “previa judicial obligatoria” como sucede en el modelo Uruguayo actualmente.

Sumario. 1. Los Mecanismos alternativos de resolución de conflictos. 2) El Código Civil y Comercial de la Nación y el conflicto. 3) La Mediación, su regulación. 4) Conciliación, su recepción. 5) Conclusión.

1. Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

Hace más de veinte años que la doctrina se planteó la necesidad de pensar si la forma judicial de resolver las controversias continuaba siendo el único camino necesario, o si era posible un cambio para lograr una forma más idónea y eficaz para ello ¹.

Solo la tradición romanística estudia los perfiles de la sistemática en orden a la conciliación y su relación con la fase consensual, lo que resulta importante, si se tiene en cuenta que nuestro sistema jurídico abreva en el sistema continental europeo. Recordemos que el derecho procesal de América es de origen español y en nuestro país los antecedentes más inmediatos fueron la ley española de enjuiciamiento civil de 1855. Esto se debe a la influencia que tuvo de la legislación de las partidas y de las Leyes de Indias ². En esta concepción podemos afirmar que el sistema jurídico tiene como instrumento necesario el proceso judicial adversarial.

Sin embargo un sistema de resolución de conflictos es eficiente cuando cuenta con numerosas instituciones y procedimientos que permiten prevenir las controversias y en su caso, resolverlas con el menor costo posible partiendo de las necesidades e intereses de las partes sobre la base del principio de

¹ “Es necesario un cambio en los caminos previstos en la ley adjetiva que permita otras salidas diferentes al litigio tradicional como medio apto para resolver una controversia y si ello implica un ruptura con las estructuras adversariales tradicionales” (González de la Vega de Opl, Cristina, en “Lineamientos para un proceso civil moderno”. Ed. Ediar. Bs.As. 1997. Pag. 198.

² Couture, Eduardo J. “Fundamentos del derecho Procesal Civil”. Ed. Depalma. Bs.As. 1978. Pag.23/24.

subsidiariedad

3

Esto es lo que ha pasado en numerosas jurisdicciones de nuestro país que regularon la mediación como una alternativa previa al proceso judicial, ya sea con carácter obligatorio o facultativo, o como una facultad judicial de remitir a las partes a mediación en el curso del proceso ⁴.

2. El Código Civil y Comercial de la Nación y el conflicto.

El Código Civil y Comercial de la Nación corresponde a un modelo del siglo XXI al constituir un sistema construido a partir de la jurisprudencia y de un diálogo de fuentes. Se ha señalado que la mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y el privado. En cambio en el novel cuerpo legal, existe una comunicabilidad de principios entre lo público y lo privado en casi todos los temas centrales. Hay una conexión entre la constitución y el derecho privado⁵. Además el codificador asume nuevos paradigmas como el protectorio, de tutela a los débiles con fundamento constitucional en la garantía de la igualdad. Se trata de una justicia de acompañamiento que tiene en cuenta al destinatario del servicio y en base en una orientación del interés general con una gran dosis de solidaridad y de justicia social. “Ello es imperioso para que muchos (mejor todos) y no pocos puedan desenvolverse frente a la justicia con posibilidades efectivas y no desiguales. El espesor de la solidaridad marca la contención del egoísmo capitalista”⁶.

También no resulta ajena a esta idea la de encontrar formas dirigidas a evitar pleitos. Cabe recordar en la visión procesal más estricta, que el proceso es el continente técnico del “conflicto”. De acuerdo en un sentido vulgar, el termino conflicto significa “pelea, batalla, lucha”, es decir, confrontación física entre las partes.

Ello traspolado a la faz procesal, y con sentido técnico, el conflicto desencadena una “lid”, que se desenvuelve por estímulos que provienen de los distintos sujetos

³ Highton, Elena I. Alvarez, Gladys S. “Mediacion para Resolver Conflictos” Ed. Ad Hoc. Bs.As. 1995. Pag. 24.

⁴ Lorenzetti, Ricardo Luis. “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado” Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2015. Tomo XI Pag. 286

⁵ Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26994. Introducción de Ricardo Luis Lorenzetti. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa fe. 2015. Pag. 9/10

⁶ Morello, Augusto M. “El Proceso Justo” Ed. Lep. Bs.As. 1994 Pag. 615

procesales; el actor al plantear la demanda, el juez al admitirla, y el demandado ejerciendo su derecho de defensa.

Pero también lo es que ese conflicto puede encontrar caminos menos formales para lograr su resolución. La doctrina ha distinguido como formas alternativas de resolución de conflictos tanto la mediación como la negociación, la conciliación y el arbitraje. Todas formas optativas en su génesis, para dirimir las controversias.

Estas ideas que vienen trabajándose desde hace muchos años han sido plasmadas por el legislador en la unificación. Esto explica que el codificador al tiempo de regular el instituto de la prescripción puso énfasis en la figura de la suspensión ampliando, en la ley de fondo, las causales que la habilitan.

3. La Mediación, su regulación.

La mediación en Argentina ha sido instituida como instancia previa obligatoria, en la órbita de la justicia nacional y federal por la ley 24.573 del año 1995. Inicialmente fue pensada como un régimen provisional (con una duración de cinco años) aplicándose a todos los procesos civiles de conocimiento, tramitados ante la totalidad de los juzgados en dicha materia de la Capital Federal, hoy Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Al final del ciclo quinquenal, la ley 25287 del año 2000 prorrogó la vigencia del régimen por otro lustro y en el año 2008 por la ley 26.368 se prorrogó el esquema provisional por dos años más. Por fin en el año 2010, con la sanción de la ley 26589, este mecanismo de autocomposición dejó de estar regulado como un instrumento de ensayo, transformándose en un esquema legal definitivo no solo para la Justicia Nacional de Capital Federal sino para todos los órganos que componen la justicia federal⁷.

Si bien la ley 26.589 mantiene las características generales del procedimiento de mediación que había establecido el régimen provisional de 1995; también lo es que introduce algunas novedades para mejorar el sistema, aprehendidas del funcionamiento del modelo original, es así que la mediación sigue siendo obligatoria y a cargo de un mediador letrado, de más de 3 años de experiencia y capacitado (aprobar examen pertinente y estar inscriptos en el registro nacional de mediación, dependiente del ministerio de justicia). Las restantes profesiones

⁷ Giannini, Leandro I. "La mediación en Argentina" Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2015. Pag. 59

solo pueden intervenir como técnicos asistentes en la negociación (Art. 10). De otro lado, y en lo que aquí interesa, en relación al carácter previo, la ley 26.589 atenuó dicha nota permitiendo que durante la tramitación del proceso por única vez el juez actuante pueda derivar el expediente al procedimiento de mediación, esto es lo que se conoce como mediación intra procesal.

Otra realidad es la que se manifiesta en la Provincia de Córdoba en el diseño sus sistema de mediación. La ley 8858 del año 2000, instauró un sistema de mediación intraprocesal parcialmente obligatoria en el ámbito civil y comercial. Las contiendas que necesariamente deben transitar por esa fase son las de menor cuantía (menores a 200 jus), aquellas en que el peticionante cuente con beneficio de litigar sin gastos, o cuando el juez lo disponga expresamente por considerar conveniente derivar el caso a este procedimientos de auto composición. Las contiendas que necesariamente son remitidas a mediación, pueden ser calificadas como de excepción en atención a la normativa especial (Art. 2 ley 8858). En el régimen cordobés el mediador debe ser letrado (Art. 33 ley 8858).

Por otra parte y volviendo al sistema de la Nación, el Art. 29 de la ley 24.573 dispuso “la mediación suspende el plazo de la prescripción desde que se formalice la presentación...”. Esta norma trajo problemas interpretativos pues si bien señalaba el momento inicial de la suspensión, lo cierto es que nada decía sobre el momento final. Tampoco se preveía el momento en que la mediación no fuera oficial cuando las partes concurrían a una mediación privada. Estas incertezas llevaron a la necesidad de que por vía reglamentaria se optara por solucionar los problemas a través del decreto 91/98- de dudosa constitucionalidad - comprendiendo a las mediaciones privadas a partir de la fecha del instrumento autentico por el que se intentara notificar al requerido y fijándose como momento de la reanudación del plazo de prescripción los 20 días corridos desde la fecha del acta de finalización de la mediación⁸. Es así que el artículo 2542 del Código Civil precisa la determinación del *dies a quo* y el *dies a quem* de la suspensión del plazo de prescripción⁹.

⁸ Lorenzetti, Ricardo Luis. Ob. Cit. Pag. 287

⁹ Art. 2542 *Suspensión por pedido de mediación*. El curso de la prescripción se suspende desde la expedición por medio fehaciente de la comunicación de la fecha de la audiencia de mediación o desde su celebración, lo que ocurra primero.

Esta causal de suspensión es relativamente novedosa, no tiene la tradición romana sino que es la consecuencia de la nueva concepción que inspira a la suspensión de la prescripción. Enfatiza la doctrina que “es un recurso técnico para contemplar situación que merecen consideración aunque no se atengan al concepto clásico de las causales de suspensión, que suponía una situación de inconveniencia o imposibilidad de accionar. Se ha respetado la corta tradición legislativa atribuyéndole al procedimiento de mediación el carácter suspensivo que se le confirió en la ley 24573”¹⁰.

Ante esta situación se advierte que la ley de mediación de la Provincia de Córdoba debe armonizarse al régimen del Código Civil y Comercial de la Nación. Esta falta de sintonía es perjudicial para los objetivos que procuran tutelar las formas alternativas para la resolución de los conflictos. De allí de la necesidad de su reforma.

Es que el Art. 2542 del Código Civil y Comercial prevalece sobre los ordenamientos locales en la materia, al que deberán adecuarse¹¹. Es más, “La regulación se orienta a fomentar la utilización de métodos alternativos de solución de los conflictos al eliminar las incertezas que existen respecto de su influencia sobre el curso de la prescripción”¹²

4. Conciliación. Su recepción.

La conciliación ha sido y es una compañera permanente de la jurisdicción. Por ello se ha dicho que el “Embrión del modismo se halla en las formas tribales para avanzar históricamente afincándose en los consejos de familia, clanes o reunión de vecinos caracterizados”¹³. En el derecho Romano la conciliación era operada por los llamados Jueces de Avenencia, y de la época de Cicerón los Juicios de Árbitros que acudían a la equidad para resolver las disputas. Más modernamente y ya en los

El plazo de prescripción se reanuda a partir de los 20 días contados desde el momento en que el acta de cierre del procedimiento de mediación se encuentre a disposición de las partes.

¹⁰ Lorenzetti, Ricardo Luis. Ob. Cit. Pag. 289

¹¹ Arlterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético Ed. La Ley. 2015. Tomo XI. Pag. 829.

¹² Lorenzetti Ricardo Luis. Ob. Cit. Pag. 290

¹³ Hitters, Juan Carlos. “La Justicia Conciliatoria y los Conciliadores” en “La Justicia entre dos Epocas” Ed. Platense. 1983 Pag. 167.

antecedentes de nuestra legislación procesal la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855 estableció la Justicia Conciliatoria intraprocesal en una audiencia anterior a promover a promover la demanda introductoria. Decía el Art. 201 de esta ley “antes de promover un juicio debe intentarse la conciliación ante el juez competente” disposición que conserva el artículo 460 de la ley reformada en 1881. En Argentina la asamblea del XIII creó el Tribunal de Concordia a modo de justicia depuradora y conciliatoria. Su finalidad era determinar si los hechos expuestos por las respectivas pretensiones daban motivo a la intervención jurisdiccional y, si lo fuera, provocaba una audiencia de avenimiento tendiente a evitar la prosecución del conflicto¹⁴.

La tendencia a la amigable composición fue adoptada en los ordenamientos procesales tanto en las reformas al viejo Código de Procedimiento de la Capital Federal, ley 14237, como la ley 17454 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y de la ley 22434, que establece la posibilidad de conciliar en cualquier estado del proceso.

Esta directriz fue seguida en la reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ley 25488, que incorporó la audiencia preliminar en el Art. 360 siendo regulada la conciliación como la primera actividad que debe llevar adelante el juez (Inc. 1). Todo sin perjuicio que también constituye la conciliación un poder-deber del juez (art. 36 inc. 2 del C.P.C de la Nación). Hasta aquí la historia en el modelo Nacional. En Córdoba, la conciliación en el proceso civil es ejercida por el juez potestativamente en una audiencia (art. 58 del C.P.c. y C., ley 8465). Ahora bien, es interesante destacar el modelo Uruguayo que establece la conciliación pública obligatoria en el artículo 255 de la constitución de la República Oriental del Uruguay¹⁵.

En función de dicha manda constitucional el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay regula en su Art. 293 la conciliación previa,

¹⁴ Gozaini, Osvaldo A. “Formas Alternativas Para la Resolución de Conflictos”. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1995. Pag. 41/42.

¹⁵ Constitución de la R. O. U. prevé: “no se podrá iniciar ningún pleito en materia civil sin acreditarse previamente que sea tentado la conciliación antes la justicia de paz, salvo las excepciones que estableciere la ley”.

conocida como “audiencia preceptiva”¹⁶. A dicha audiencia deben concurrir las partes quienes presentaran su pretensión inicial y las soluciones propuestas¹⁷.

El modelo uruguayo brinda una interesante experiencia que frente a la orientación dada por el legislador nacional, nos permite imaginar un sistema comprensivo de mediación y de conciliación previa a la demanda.

La decisión por la coexistencia de ambos o de uno de ellos, sin duda que hace a razones de política judicial que ameritarán una ponderación concreta. Sin embargo técnicamente es posible reflexionar por la convivencia simultánea de estos medios alternativos. Ello porque tanto la mediación cuanto la conciliación, pertenecen a las categorías que hacen a la justicia de acompañamiento antes señalada, como objetivo último de la unificación en el sector procesal.

4. Conclusiones.

Los procesos judiciales tradicionales no fueron diseñados para dar respuesta a la magnitud de asuntos que se presentan. Mucho se ha escrito sobre la crisis de la funcionalidad del sistema judicial, pero las soluciones no han sido del todo satisfactorias.

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos pensados y gestados por la doctrina y asumidos por la legislación, encuentran hoy una interesante posibilidad de implementación y de armonización.

En esta línea de pensamiento la mediación Cordobesa debe adecuarse a las líneas dadas por el C. C. y C. de la Nación. Esto significa reformar la ley especial y establecer la mediación prejudicial obligatoria para ciertos asuntos. La directriz

¹⁶ Art. 293. **Regla general. Preceptividad.** 293.1. Antes de iniciar cualquier proceso deberá pedirse audiencia para intentar la conciliación con el futuro demandado el que será citado en su domicilio...”

¹⁷ Art. 295. Procedimiento. 295.1. La audiencia se convocara por el tribunal competente según el Art. 255 de la constitución, para día y hora determinados y con anticipación no menor a 3 días.

295.2 La Audiencia será presidida por el tribunal bajo pena de nulidad insanable. Se documentara en acta resumida que establecerá dos puntos:

A) La pretensión inicial de cada parte;

B) Las soluciones propuestas por éstas y por el tribunal;

C) El resultado final, la conciliación acordada o la persistencia de las diferencias, indicándose con precisión los aspectos en que existió concordancia y aquellos en que existió disidencia...

Nacional pone de manifiesto la importancia que se le ha dado a la mediación como método disuasorio del conflicto.

Y siempre tras la búsqueda de un sistema más completo, aparece como adecuado incluir además a la conciliación previa judicial obligatoria en el ámbito del proceso civil.

Así las partes podrán optar entre acudir a la mediación o a la conciliación. De este modo se da un “reverdecimiento” de los medios alternativos en las palabras de Lorenzetti.

Córdoba, Noviembre de 2016