

## **Carencias de una ley de prórroga\***

**Por María A. Aiello de Almeida**

### **1. Introducción**

La ley 26.094 ha dispuesto la prórroga de la ley 24.573, por dos años más a partir del vencimiento previsto en la ley 25.287.

¿Qué significa esto? Pues ni más ni menos que la ley de mediación continuará siendo una instancia obligatoria, previa al juicio, por dos años más.

Es una realidad que nos obliga a efectuar algunas reflexiones. La primera de ellas es el análisis de la razonabilidad de esa obligatoriedad del trámite frente al principio tan claro de voluntariedad que informa el instituto de la mediación.

La segunda se refiere a la postergación de una necesaria y esperada reforma a la ley de mediación, que a lo largo de diez años ha exteriorizado serios vacíos que deben ser llenados a la luz de las decisiones que ha venido adoptando la jurisprudencia, con el objeto de suplir aquellas falencias.

### **2. Obligtoriedad de la mediación previa**

Volvemos sobre un tema que ya hemos tratado, pero que sigue suscitando dudas<sup>1</sup>. Asumir la propia responsabilidad para resolver los conflictos que nos atañen, es una actividad voluntaria que depende de la decisión del interesado, es decir, del involucrado en cada conflicto. Someter un conflicto a mediación significa que se ha tomado la decisión de ejercer en forma personal aquella responsabilidad y tal decisión no puede adoptarse compulsivamente; debe ser necesariamente el resultado de un proceso voluntario.

Pues bien, la prórroga de la ley 24.573 implica prolongar por dos años más el carácter obligatorio de esa instancia previa al juicio. ¿Significa ello que renunciamos al carácter voluntario de la mediación; es decir, a esa disposición interna del involucrado en el conflicto que decide asumir la responsabilidad de resolver por sí su problema sin poner la solución final en manos de un tercero, como lo es el juez?

La respuesta a este interrogante merece una distinción. Lo que se impone en forma obligatoria, previo al juicio, es la comparecencia de los involucrados a una audiencia convocada por el mediador designado. La confirmación de tal obligatoriedad la vemos reflejada en la multa que prevé el art. 10 del decr. 91/98.

Pero es sabido y esto hoy nadie lo pone en discusión, que el requirente, que es obligado a recurrir a la instancia de mediación como condición para iniciar su reclamo judicial, no está obligado a someterse a eventuales conversaciones tendientes a

---

\* Publicado como adenda de actualización en Aiello de Almeida, María A. - Almeida, Mario de, *Régimen de mediación y conciliación*, Bs. As., Astrea, 2003. [Bibliografía recomendada.](#)

<sup>1</sup> Aiello de Almeida - Almeida, *Régimen de mediación y conciliación*, p. 22.

obtener un acuerdo y que bien puede, una vez que se ha presentado a la audiencia de mediación, manifestar su voluntad de dar por terminada esa etapa previa.

Y aquí está la distinción que queremos hacer. La voluntad de asumir la responsabilidad de encontrar una solución mano a mano con su adversario o de someter la decisión a un tercero, no queda violentada por este trámite previo, ya que tanto requirente como requerido pueden manifestar su decisión de someter la cuestión exclusivamente a decisión judicial y la ley no los obliga a otro proceder.

Por otra parte, si bien en algún momento la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Sala B, 29/10/98, LL, 1999-A-357) se ha pronunciado a favor de la declaración de inconstitucionalidad de la ley 24.573, en la actualidad nadie discute que la imposición de la mediación previa no afecta el derecho a la jurisdicción ni afecta la necesaria división de poderes del sistema republicano de gobierno.

Nuestra primera conclusión podría ser, entonces, que la obligatoriedad de la mediación como instancia previa al juicio no empaña el principio de voluntariedad que caracteriza al proceso de mediación en sí, al cual las partes pueden someterse voluntariamente, permanecer en él el tiempo que consideren conveniente y retirarse cuando les plazca.

Lo que no podemos ignorar, ni negar, es la resistencia que un sistema impuesto genera, por ese solo hecho, en los destinatarios, y cuando nos referimos a los destinatarios, en este caso, pensamos tanto en las partes como en sus abogados.

No cabe duda que imponer la obligatoriedad de una conducta es mucho más fácil y menos costoso que idear formas de transformación cultural que vayan introduciendo en la vida de los ciudadanos el conocimiento, la comprensión y la necesidad de los métodos pacíficos de resolución de conflictos.

Si la aparición de la ley de mediación hubiera sido precedida y acompañada por campañas masivas de concientización; por una publicidad que la mostrara como más ventajosa que el juicio –en el rédito personal, pero también en los plazos y en los costos–; por normas concretas que estimularan su uso, no hubiera sido necesario recurrir al método poco simpático de la imposición obligatoria.

### **3. Vacíos de la ley de mediación: honorarios del mediador**

Quizás uno de los principales defectos de la ley 24.573 y de su decreto reglamentario, sea el que se refiere a la retribución del mediador.

El art. 21 de la ley 24.573 establece que los honorarios del mediador, cuando no hubiere acuerdo, *“serán abonados por el fondo de financiamiento de acuerdo a las condiciones que reglamentariamente se establezcan”*.

Sin embargo, contamos con una reglamentación que no ha sido fiel al espíritu de la ley. Así, el párr. 6° del art. 21 del decr. 91/98 establece que si *“por cualquier causa no se iniciare el juicio por parte del reclamante dentro de los sesenta días corridos, quien promovió la mediación debe abonar al mediador, en concepto de honorarios, la suma de pesos ciento cincuenta a cuenta de lo que le correspondiere si se iniciara posteriormente la acción y se dictare sentencia o se arribare a un acuerdo”*.

Esta disposición, como lo sostuvimos con anterioridad, contempla el pago del honorario básico “a cuenta” de lo que le corresponda si se iniciare posteriormente la acción, pero, no tiene en cuenta la posibilidad de que dicha acción no se inicie nunca. ¿Tendrá derecho el mediador a cobrar el total de su honorario y, en ese caso, en proporción al monto reclamado, que es el único identificable?<sup>2</sup>

Allí afirmábamos que es absolutamente inequitativo que el honorario del mediador quede librado a alternativas impuestas arbitrariamente por la decisión del requirente, cuando él ya ha devengado ese honorario con un trabajo profesional efectivo y muchas veces intenso.

La Sala H de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, en los autos “Fernández Lemoine, María R. c/Cocozza, Donato C. s/ejecución de honorarios - ley 24.573” (11/12/01), rescata esta situación, sosteniendo que el mediador no puede quedar a expensas de la voluntad de los particulares que impediría que se remunerara *in totum* su labor profesional, pues ello “no se ajusta en modo alguno a la finalidad del instituto en estudio”.

El Tribunal se expresó así: “En la especie, no sólo transcurrió en exceso el plazo de sesenta días al que se hizo mención, sino que el lapso de más de un año, desde que aquella finalizó y se expidió el certificado negativo de mediación, la hacen acreedora al total que le corresponde y que reclama \$ 585... Es que, de otro modo, quien ha efectuado el trabajo que le fuera encomendado, cumpliendo para ello con los requisitos que la ley exige para su habilitación como tal, quedaría a expensas de la voluntad de los particulares, que, por desidia o abandono voluntario del ejercicio de su derecho ante la judicatura impedirían, en casos con las particularidades del presente, que se remunerara *in totum* su labor profesional, lo que no se ajusta en modo alguno a la finalidad del instituto en estudio. Además de ese modo se estaría vulnerando principios de raigambre constitucional, que son el norte del ordenamiento jurídico –arts. 14 y 17, Const. nacional– y se obviaría la naturaleza alimentaria del mentado honorario”.

Es interesante resaltar que el fallo añade la vulneración de principios constitucionales que se produciría de no resolverse el vacío legal. Es obvio que se estaría cercenando el derecho a trabajar, a obtener una justa remuneración por la tarea y, en especial, el derecho de propiedad, dado que pretender que el mediador debe ser retribuido sólo con el honorario básico si el juicio no se inicia, significaría reducirle el honorario que ya ha devengado en relación al monto reclamado, tal como lo establecen los primeros párrafos del art. 21 del decr. 91/98.

Pero la jurisprudencia ha ido más lejos aún. Ha declarado, también, la inconstitucionalidad del art. 23 del decr. 91/98 (JuzNCom, n° 2, secr. n° 3, 27/2/06, “Aiello de Almeida, María A. c/Medic Salud SA s/ejecutivo”, expte. 18.468/05, inédito). Este fallo quedó firme en primera instancia.

Esta sentencia ha avanzado más allá de aquellos otros que ya se han pronunciado sobre la improcedencia de la limitación que parecería estar imponiendo el párr. 6° del art. 21 del decr. 91/98, el cual ha abierto la controversia de hasta cuándo el requirente sería deudor solamente del pago de ciento cincuenta pesos al mediador,

---

<sup>2</sup> Aiello de Almeida - Almeida, *Régimen de mediación y conciliación*, p. 170.

en concepto de adelanto de honorarios, cuando ha dejado transcurrir sesenta días corridos sin iniciar el juicio.

Al declarar la inconstitucionalidad del art. 23 del mencionado decreto, se deja en claro que el mediador es acreedor a la totalidad de los honorarios que le corresponden en función del monto reclamado –ya que no hay acuerdo ni sentencia– desde el mismo momento en que recibió el formulario de requerimiento y asumió las obligaciones que le imponen la ley 24.573 y el decr. 91/98.

“Conforme lo dispone el art. 23 del decr. 91/98 el fondo de financiamiento está a cargo del pago de los honorarios del mediador en caso que las partes no arribaren a un acuerdo y fija un adelanto para honorarios en la suma de \$ 15. Entiende la señora fiscal que el fondo de financiamiento tiene entre sus funciones el pago a los mediadores de los ‘honorarios básicos’, que no son otros que los del art. 21, decr. 91/98. A su vez es el Ministerio de Justicia quien deberá luego recuperar esa erogación. Y concluye que los honorarios, su monto, forma de pago y demás circunstancias, quedaron determinadas el día en que se recepcionó el formulario de requerimiento, nació el derecho al cobro y consiguiente obligación de pago; sin embargo, el requirente no es quien resulta ser obligado al pago. Por tales fundamentos sostiene que correspondería decretar la inconstitucionalidad del art. 23, párr. 2° del decr. 91/98. Comparto la solución sugerida por la señora agente fiscal en tanto resulta irrazonable que el pago de los honorarios del mediador para el caso de fracasar el procedimiento se encontrara a cargo del fondo de financiamiento que debería a su vez obtener el reintegro del pago por parte del requirente del referido trámite. Dicha circunstancia resulta adversa al fin perseguido por la ley de mediación puesto que el recupero generaría la iniciación de procesos con el fin de obtener la restitución de los pagos realizados a los mediadores en concepto de honorarios. Siendo así cabría reclamar directamente al requirente el pago de los honorarios debidos al mediador. También advierto que los honorarios básicos a los que se refiere la norma no son otros que los mencionados por el art. 21 como suma fija. Cabe concluir entonces que es la irrazonabilidad de la norma la que conduce a declarar su inconstitucionalidad. Ahora bien, habiéndose iniciado el trámite de mediación para un reclamo por ‘monto indeterminado’ la mediadora tiene derecho a la suma de \$ 600 en concepto de honorarios (conf. art. 21, inc. 3°, decr. 91/98)”.

Es así que obtuvimos, en el carácter de actora, la declaración judicial de lo que habíamos sostenido con anterioridad, en el sentido que no resulta lógico dejar *“librado a la decisión del requirente la medida de los honorarios del mediador, los cuales él ya ha devengado y muchas veces, luego de un intenso trabajo y varias horas de dedicación”*<sup>3</sup>.

No cabe duda que resulta equitativo que el requirente asuma la obligación del pago de esos honorarios, tomando como base el monto reclamado, sin perjuicio de su derecho de repetición frente a la otra parte, si la acción se iniciara con posterioridad y fuera admitida la demanda. Esto es lo que resuelve la sentencia transcripta.

Otra novedad que aporta este fallo reside en la afirmación de la agente fiscal, compartida por el magistrado, de que el fondo de financiamiento del Ministerio de

---

<sup>3</sup> Aiello de Almeida - Almeida, *Régimen de mediación y conciliación*, p. 171.

Justicia tiene entre sus funciones “*el pago a los mediadores de los ‘honorarios básicos’, que no son otros que los del art. 21, decr. 91/98*”.

Queda claro, entonces, que esta jurisprudencia no admite que el honorario básico sea equivalente a quince pesos y, por esa razón, declara la inconstitucionalidad del mencionado art. 23.

Es otra demostración de la irrazonabilidad con que el poder administrador ha reglamentado la ley de mediación y constituye un antecedente importante a tener en cuenta para la elaboración del proyecto de reforma de la ley 24.573 que ha dejado tales vacíos.

#### **4. Algo más en protección del mediador**

Una nueva legislación sobre el desarrollo de la mediación y sus efectos en relación a la protección del honorario del mediador, debería incorporar una norma más contundente respecto del cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento de aquél tanto la iniciación del juicio, como la conclusión del proceso, el archivo o paralización de las actuaciones o la homologación de algún acuerdo que ponga fin al juicio.

Es sabido que esta obligación le es impuesta tanto a las partes como al tribunal por el párr. 7° del art. 21 del decr. 91/98, y si bien es similar a la que rige en protección del honorario de los abogados, la realidad nos enfrenta ante un generalizado incumplimiento, tornando dificultosa cuando no imposible la tarea de los mediadores para cobrar los honorarios que les corresponden.

Lo que falta instalar en la sociedad y quizás también entre los colegas abogados es el convencimiento de que el mediador es un profesional que contribuye a la realización de la justicia y que pone sus conocimientos y su tiempo a disposición de las partes para que éstas puedan solucionar sus diferencias, y ello, más allá del resultado de su intento.

A nadie se le ocurre pensar que el abogado de quien obtiene una sentencia adversa no tenga derecho a percibir honorarios. ¿Por qué debería perder ese derecho el mediador ante el cual las partes no pudieron arribar a un acuerdo?

No se discute que el derecho al honorario nace cuando el mediador toma intervención a partir de la recepción del formulario de requerimiento. Trabrar su posibilidad de ejercer ese derecho constituye un ilícito.

Es por ello que la ansiada reforma debe contener sanciones conminatorias para quien estando obligado a notificar al mediador las circunstancias que pueden afectar su derecho a percibir honorarios, omita hacerlo.

Y debemos recordar que esta obligación alcanza a los jueces que deben ordenar la notificación vedando la adopción de otras medidas hasta tanto se cumpla con dicho requisito.

## 5. Incentivos a la mediación

No es nuestra intención agotar todos los temas que deberían ser incluidos en un proyecto de ley de reforma de la ley 24.573, pero intentamos esbozar aquellas cuestiones cuya solución ha sido postergada dos años más.

Sería deseable la concurrencia voluntaria a la instancia de mediación. Una de las formas de obtener esta decisión sería implantando el incentivo de una reducción de la tasa de justicia en los casos en que se opte por la mediación previa.

Es menester revisar el control del desarrollo de las mediaciones privadas con el objeto de evitar ciertos excesos, como el hecho de que los mediadores se conviertan en gestores de cobranzas de algunas empresas, pongan la firma en convenios que no se realizaron con su intervención o sin la debida asistencia letrada de alguna de las partes, reduzcan significativamente sus honorarios incurriendo en una práctica desleal.

Resulta imprescindible articular un método que permita la percepción del honorario al cierre de la mediación, sin perjuicio del derecho de repetición que pueda existir entre las partes.

Aspiramos a que se revise y mejore la formación y capacitación de los mediadores y se revea el radio de ubicación de sus oficinas; hecho éste que contribuiría a facilitar la concurrencia de los abogados patrocinantes de las partes.

Estas y muchas otras, son cuestiones que quedan postergadas con una prórroga que no soluciona los problemas de fondo. No escapa a nuestro conocimiento que existen varios proyectos de reforma. Quizás ellos puedan receptar estas y otras inquietudes que buscan mejorar la posibilidad de las partes de solucionar sus diferencias en forma pacífica e impartir equidad a la hora de retribuir a los profesionales que colaboren con ellas.

© Editorial Astrea, 2006. Todos los derechos reservados.