

DOS MINUTOS DE DOCTRINA

28 de mayo de 2019

¿POR QUÉ ES OBLIGATORIO LLEVAR ABOGADO A LA MEDIACIÓN?

Un abogado destacado nos permitió adaptar un artículo suyo que seguramente suscitará polémicas, pero puede ayudarnos a pensar.

Los llamados “métodos alternativos de resolución de conflictos” tienen como objetivo genérico facilitar el acceso del público al sistema de justicia en sentido amplio. Uno de ellos es la mediación.

Al permitir que las personas intenten resolver sus propios asuntos antes de delegar ese poder en la autoridad estatal, la mediación tiene, además, atributos democráticos.

En la ciudad de Buenos Aires la mediación es obligatoria. Cuando se la impuso, se justificó la obligatoriedad con el argumento de que era necesaria para cambiar la cultura imperante y porque permitiría descongestionar los tribunales.

Pero ninguno de esos fundamentos fue acompañado de los datos suficientes para poder superar el nivel de la intuición. De hecho, después de dos décadas de lo que fue inicialmente “un programa piloto”, no se logró cambiar ninguna cultura: la mediación debió ser establecida como obligatoria para siempre.

Cuando las personas racionales comprenden que algo es bueno lo usan voluntariamente.

El hecho de que la mediación sea obligatoria hace presumir que el cambio cultural a su respecto no ocurrió. Y la descongestión jamás fue medida, entre otras cosas porque el porcentaje de los acuerdos que se obtiene en la mediación opera sobre una base de casos “inflada” precisamente porque existe la mediación, ya que muchos reclamos que se llevan a mediación nunca llegarían a juicio.

De modo que no es posible comprobar que se haya alcanzado ninguno de los dos objetivos buscados. En su lugar, hemos logrado establecer un proceso altamente regulado y burocrático.

Nadie ha expuesto una razón suficiente para que una persona capaz se vea obligada a contratar a un abogado para negociar cuestiones personales de manera confidencial frente a un tercero (el mediador) que carece de autoridad para decidir la cuestión.

La ley permite que dos personas puedan someter ante un vecino lego la solución de un conflicto ordinario mediante un arbitraje de equidad (que no requiere conocimientos técnicos). La ley hasta les permite que

dispensen al árbitro (que, como dijimos, puede ser lego) de la obligación de fundar la decisión.

Pero para ir a conversar sobre los mismos asuntos confidencialmente frente a quien nada puede decidir deben contratar un abogado.

Obviamente: si en la mediación aparecieran cuestiones de orden público, el mediador, a quien por algo se le exige título de abogado, podrá detectarlas y negarse a firmar un acuerdo al respecto. Pero aun si lo hiciera, un acuerdo sobre temas que no pueden ser objeto de transacción no sería ejecutable ante la justicia aunque llevara las firmas de un mediador y de muchos abogados. Nada de eso sana un título nulo.

El requisito de llevar un abogado a la mediación ha sido puesto de manera tan irreflexiva que se exige un abogado incluso para que alguien pueda comunicar al mediador que en ejercicio de su libertad ha decidido no conversar con su contrincante.

No: la ley no le permite a esa persona hacer saber a su contrario, por correspondencia fehaciente, que no tiene interés en la mediación. La ley le obliga a dejar su trabajo para visitar, en un día determinado y en un horario preestablecido, la oficina del mediador para decir que no participará de la mediación y firmar un papel.

Para hacer eso, tan simple, deberá hacerse acompañar por un abogado. De lo contrario el Ministerio de Justicia pretenderá cobrarle una multa. En otras palabras, está prohibido no querer ocuparse de algo y no responder a una invitación para negociar y es obligatorio dedicar el tiempo de uno a visitar la oficina de una persona con quien uno no quiere tener nada que ver.

Es descabellado presumir que la gente necesita siempre conocimientos jurídicos para reclamar el pago de una deuda, pedir que alguien corrija una reparación defectuosa, exigir una indemnización por una obra mal construida o estimar cuánto cuesta reparar un guardabarros (normalmente, tampoco lo necesita para saber si un reactor nuclear funciona bien, pero esos temas no llegan a los tribunales del estado).

La experiencia indica que en el ámbito de la vida diaria las personas entienden bastante bien cuándo les conviene llamar a un abogado en lugar de asumir un riesgo más en su vida y cuándo no.

Parecería que el proceso de la mediación ha sido regulado atendiendo a los intereses de quienes ofrecen ese servicio (abogados, mediadores, jueces, empleados judiciales) o, en el mejor de los casos, presumiendo que hay gente que necesita una protección que no ha pedido y cuya opinión ni siquiera nos hemos preocupado por conocer.

Además de desacertado, el régimen es inmoral, porque considera que alguien que ha ido a una mediación sin abogado no ha asistido y entonces le impone una multa. Es difícil que una persona racional respete un sistema “psicótico” que le aplica una multa como si hubiera estado ausente cuando en realidad estuvo presente.

El régimen es incoherente respecto del resto de las normas. En un pleito civil, la falta de contestación de la demanda no genera por sí misma una consecuencia negativa directa, automática, sino una mera presunción (porque aun en un juicio tramitado en rebeldía una demanda puede ser rechazada).

Pero no concurrir a una mediación puesta en marcha por un particular se pena

automáticamente con multa, como si fuera un desacato, pase lo que pase después en el juicio y aun si el pleito fuera temerario o disparatado.

Otra incoherencia: en una quiebra o un concurso, el pedido de verificación de un crédito tiene los efectos jurídicos de una demanda, interrumpe la prescripción y cualquier caducidad. ¡Pero no requiere patrocinio letrado cualquiera sea su importe! En cambio, sí se exige un abogado para asistir a un proceso de negociación verbal y confidencial sobre ruidos molestos.

Los colegios de abogados seguramente no estarán de acuerdo con eliminar la obligación de llevar un abogado a las medicaciones. Claro: no pueden superar la tensión objetiva que les genera el hecho de ser, al mismo tiempo, organismos de regulación y control de una actividad con competencias estatales delegadas y, por otro lado, organizaciones gremiales representativas de uno solo de los sectores de la actividad (la oferta).

Los mediadores probablemente tampoco estén de acuerdo con la sugerencia. Como la elección del mediador la hace el abogado de quien quiere demandar, los clientes del mediador (en el sentido “comercial” del término) son los abogados de los requirentes.

Es bien raro encontrar mediadores respecto de los cuales no existan circunstancias que pongan razonablemente en duda su neutralidad, porque casi siempre actúan entre el abogado que siempre los propone como mediadores y otro sujeto al que jamás han visto.

Además, como persiste una norma moralmente perversa que hace depender el honorario del mediador del importe del acuerdo –algo prohibido en todos los

códigos éticos serios de mediadores porque lleva a tener un interés personal en el resultado del proceso– los mediadores tienen interés en que “el cliente de su cliente” quede satisfecho (o sea, cobre más), lo que completa una regulación inconveniente. Como dijo alguien, regulamos la excusación de los mediadores como la de los jueces aunque no juzgan y los retribuimos como a los abogados aunque no abogan.

En otra incoherencia, la ley declara imprescindible al abogado, pero al mismo tiempo desconfía de él, porque los interesados no pueden hacerse representar en la mediación por un apoderado.

Efectivamente: se prohíbe a los abogados abogar mediante el uso de la figura milenaria del mandato, con lo que aumenta el costo del acceso a la justicia vía el lucro cesante para el cliente que, a pesar de confiar en su abogado de confianza, no puede ir a trabajar ese día porque se exige su presencia.

La intervención del interesado es usualmente valiosa, pero podría ser al revés, dependiendo de un sinfín de circunstancias. No hay razón para que el legislador haya decidido semejante asunto de manera autoritaria y para todos los casos.

Es curioso que ningún colegio de abogados se haya ofendido porque el legislador presume que sus matriculados son sujetos incompetentes (que no logran comprender cuáles son las pretensiones que se les confían) o desleales (que hacen prevalecer sus intereses a los de sus clientes) para prohibirles que ejerzan la representación y al mismo tiempo obligue a la gente a contratarlos como patrocinantes.

Ni siquiera se les ha ocurrido mejorar el acceso permitiendo que los abogados o los clientes intervengan de manera remota en

tiempos en que casi todas las personas tienen una cámara de video en su bolsillo.

La Unión Europea prohibió exigir la intervención de abogados en cualquier sistema de medios alternativos de resolución de conflictos para asuntos de consumo.

En España, Italia y Francia es posible incluso litigar ante los tribunales sin abogados en asuntos de hasta determinado importe. Siempre se puede actuar sin abogado para hacer valer derechos en procesos universales.

En los Estados Unidos son frecuentes los litigantes *pro se* en cualquier asunto civil, aunque los tribunales alertan a los

ciudadanos que comparecen de ese modo acerca de la conveniencia de contar con abogados y les recomiendan que tengan en cuenta que un juicio puede perderse por incumplir normas procesales de difícil comprensión para un lego.

Si eso se permite ante los jueces establecidos por el estado (jueces que tienen la autoridad para decidir “sobre vidas y haciendas”), ¿tiene sentido que se exija un abogado para comparecer ante un mediador que no juzga sino que sólo asiste en busca de una solución?

Y exigir la presencia de un abogado con la excusa de facilitar el acceso a la justicia es casi, casi, una hipocresía...

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**