

**LA MEDIACION PREJUDICIAL. ¿TRABA U OPORTUNIDAD?
ABOGADOS LITIGANTES Y ABOGADOS MEDIADORES.
HACIA UNA MEDIACION EFECTIVA***

María Gabriela Pecchinenday Marisa Fiorillo*****

Sumario.

I. Introducción. II. Descartes o el paradigma de la cigüeña. III. La transdisciplina. IV. Mitos de la mediación. V. Posiciones e Intereses. VI. Hacia una mediación efectiva. VII. Colofón.

I. Introducción.

La mediación prejudicial: ¿es una traba o es una oportunidad? ¿Encarece o abarata los conflictos? ¿Sirve o no sirve? ¿Es buena o es mala?. Seguramente estas preguntas llevarán a que se las responda prima facie, rápidamente y como primer impulso, desde el lugar que cada operador del derecho ocupe dentro del dispositivo Mediación. Ello nos lleva a la fácil respuesta. Cada uno opinará y fundamentará lo dicho y vivido desde su posición;

* El abogado que se dedica a los daños y perjuicios dirá que la mediación constituye una traba, que encarece el proceso, que no sirve pues si hubiera habido posibilidades de conciliarlo, directamente no se habría llegado a esa instancia de mediación prejudicial, **que sirve para otras cuestiones como por ejemplo para el fuero de familia**, ya que están comprometidos otros intereses, principalmente afectivos y donde el instituto con sus características propias de no ser adversarial ni de confrontación puede desplegarse con mayor efectividad hacia la búsqueda de una solución;

* El abogado que se dedica a la rama de familia dirá que la mediación en ese ámbito no se puede aplicar, que esas cuestiones las tiene que tratar el juez directamente y que por las subjetividades y emocionalidad puestas en juego, no debería quedar en manos de los mediadores, **que sin embargo reconocen que puede resultar muy útil para resolver los conflictos laborales;**

* El abogado laboralista, dirá que no puede un trabajador someterse a una mediación (técnicamente sería una conciliación) por encontrarse en estado de necesidad y eventualmente, de acordar, lo haría con su voluntad viciada. Que sus derechos son

* Publicado en la Revista Nº 33 del Instituto de Derecho del Seguro del Colegio de Abogados de Rosario, p.69. Año 2018.

** *Dra. Ma. Gabriela Pecchinenda. Abogada. Mediadora. Miembro del Instituto de Derecho del Seguro y del Instituto de Derecho Procesal Civil del Colegio de Abogados de Rosario. Profesora Adjunta U.N.R.*

*** *Dr. Marisa Fiorillo. Abogada. Mediadora. Miembro del Instituto de Derecho del Seguro del Colegio de Abogados de Rosario y de la Asociación de Abogados Laboralistas de Rosario. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho de Seguros, Sección Nacional de A.I.D.A.*

irrenunciables y por tanto, para que la mediación resulte efectiva se tendría que tratar de derechos transables, renunciables, por lo que **sería efectiva sin ninguna duda en otros ámbitos, por ejemplo en el daños y perjuicios.**

En estos ejemplos anteriormente analizados los profesionales reconocen que la mediación es posible, que sirve para poner fin al conflicto, sólo que lejos de su zona de confort... funciona, es buena.....*en el patio del vecino.* Se percibe en la mayoría de los profesionales litigantes una actitud reacia para aplicar este método en su propia incumbencia profesional.

Corresponde entonces reformular la pregunta inicial, ya que la misma está construida desde una lógica binaria, la cual es incompleta, errónea y por lo pronto tramposa, induce a que tantos unos como otros deseen evangelizar a los demás, acerca de las bondades o perjuicios de la Mediación, lo que sólo lleva a profundizar las diferencias y no aporta nada en la práctica diaria. Cuando cada parte argumenta su postura se produce un reposicionamiento negativo, se encienden los ánimos y se impide el diálogo.

Por eso la pretensión de este trabajo no pasará por defender o detractor, sino, desde una mirada pragmática y entendiendo que el instrumento se encuentra entre nosotros, articular herramientas a efectos de hacerlo más operativo y de utilidad para todos, a partir de que a nadie escapa que hay un hecho concreto, superador de cualquier discusión dogmática, la mediación ya está instalada y debemos convivir con ella.

Para lograrlo proponemos tratar de indagar acerca de las posiciones e intereses de cada uno, el abogado litigante y su cliente serán por un lado la parte REQUERENTE en este trabajo, y el abogado mediador la parte REQUERIDA, en esta problemática en la que a ambos por lo pronto, no los une el amor, sino el espanto, al decir de Borges, verso clave para definir los vínculos comunes que unen muchas veces a todos los participantes del dispositivo, muy a su pesar.

Asimismo se intentará gestionar esta situación a efectos de arribar a una unión que no represente un pacto con la resistencia, la resignación o la indisposición de los participantes, sino con la colaboración, la complementariedad, la actividad, la ejecutividad, la eficacia y la operatividad.

II. Descartes o el paradigma de la cigüeña.

Parados en un pie.

Nos encontramos aquí con el abogado litigante como REQUERENTE ¿Quién es?

El operador jurídico, en su carrera de grado como abogado es educado en un arduo y largo proceso de transmisión de conocimientos, desde antaño, con el método y la disciplina científica del derecho y la actividad abogadil, en una sola categoría de métodos de administración y

resolución de conflictos: el litigio¹. Estudiosos de la Teoría del Conflicto afirman “el carácter violento del sistema jurídico de resolución de conflictos” y perciben al derecho como una forma civilizada y monopólica del ejercicio de la violencia.² Esta formación propicia una postura de conflicto, una mirada sesgada, una actitud de trinchera. El abogado es adiestrado e instruido, y permítasenos la informalidad, para la pelea, visualizando al otro como rival a derrotar, por lo cual despliega sus tácticas y estrategias de guerra desde el primer minuto de la consulta del cliente en adelante. No estamos criticando sino describiendo. No haremos juicio de valor, ni decimos que esto esté mal o que esté esencialmente equivocado. Incluso podría ser hasta necesario, pues ese espíritu combativo lleva al abogado a apasionarse con su trabajo y desplegar todo su conocimiento y esfuerzo en pos de la defensa de los derechos de su cliente, tal es el objetivo. Sin embargo es importante analizar qué métodos más pacíficos debe generar una sociedad que desee ser también menos violenta y deseosa de preservar los vínculos entre conflictuantes.

Quizás sea sorprendente la afirmación de que el sistema jurídico es un método violento y no pacífico de resolución de controversias. Violento, porque recurre al uso o a la amenaza de la fuerza. “...tamaño revelación impacta a quienes dedican su vida al derecho porque lo perciben como un modo de asegurar la paz social. Esa percepción es, en cierto modo correcta. El derecho de la sociedad evolucionada, no es igual que el de las comunidades primitivas. En estas, la fuerza necesaria para aplicar la sanción quedaba en manos de la víctima, sus parientes o los miembros de su tribu. En la comunidad estatal, la sociedad monopoliza la fuerza y centraliza su uso en manos de órganos especializados, los jueces. Pero las amenazas que los particulares se intercambian y las que los jueces formulan cuando intiman a entregar bienes o libertad son las del simple y descarnado uso de la fuerza física. Que no lo es menos porque reciba el aristocrático nombre de *fuerza pública*”.³ Por esta razón, como es notorio e inevitable, el sistema jurídico, que siempre ha sido visto como un progreso sobre la organización tribal, afecta los vínculos sociales de aquellos cuyos conflictos resuelve declarando a uno victorioso sobre el otro.⁴

En su formación los abogados no tienen oportunidad de tomar conciencia de que sus vidas profesionales no transcurrirán confinadas solamente en la operación de una sola categoría de métodos de administración y resolución de conflictos (el litigio).

En nuestro país, después de más de dos décadas desde que comenzó el intento por introducir en nuestra cultura el uso de métodos pacíficos de resolución de conflictos, poco es lo que han hecho las universidades en ese sentido. Algunas, es cierto, incorporan tímidamente cursos,

¹ En la Facultad de Derecho de la UNR existía la enseñanza de la Mediación como materia optativa (plan de estudios 2012). En el nuevo plan de estudios 2016 se la ha sacado de la currícula.

² ENTELMAN, Remo F., *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*. Ed. Gedisa, Barcelona 2009, p. 15/16.

³ *Ibidem*. p.60.

⁴ LÓPEZ, George A., *Prefacio*, “The Annals of American Academy of Political and Social Science”, vol. 504, Julio 1989.

generalmente en carreras de posgrado o fuera del currículum, sobre estos temas.⁵ “La investigación y la enseñanza de disciplinas del conflicto tienen poca presencia en el nivel terciario de enseñanza”.⁶

Consecuentemente, los abogados no tienen la posibilidad de descubrir la existencia de otros métodos que pueden usarse para los mismos fines, reemplazando al derecho o cumpliendo su cometido allí donde aquel resulta inoperante. El conflicto no les es mostrado como objeto de estudio, ni reciben noticia alguna de las disciplinas que lo tratan, pese a que el conflicto entre pretensiones jurídicas de signo opuesto (legítimas e ilegítimas) del que ellos se ocupan, sea sólo una clase, aunque no la más numerosa, de ese género.⁷

Entonces la formación obtenida en la carrera de grado, no cumple la función educativa integradora de la cual no deben emerger meros profesionales competentes, sino profesionales comprometidos además con la construcción de una sociedad más pacífica.⁸

Por otro lado tenemos al abogado con formación en mediación, *el mediador*, nuestro REQUERIDO. ¿Quién es?

La enseñanza y preparación que recibe (la cual es reforzada también por la obligación de capacitación continua en mediación que debe cumplimentar de manera trianual) se basa en la psicología, la antropología, la comunicación, la negociación, en pos de la administración y gestión de los conflictos (y repárese en que no decimos solución) y su principal objetivo es la paz social. Tiene formación como abogado litigante, y además entrenamiento en técnicas pacíficas, con base teórica y compromiso axiológico suficiente. Puede entender el interés del abogado litigante, porque también lo es.

¿Soy cigüeña?

Al abogado litigante que no tiene formación en Mediación le costará entender el interés del mediador. Está perplejo. Está solo. Haciendo equilibrio entre lo que conoce y esta extrañeza, este *injerto*. Como parado en un pie, cual cigüeña, cree estar bien y seguro de su preparación profesional, pero... él no es una cigüeña. Todo su peso en un sólo pie... el litigante está forjado en una sola disciplina. ¿Y por qué le pasa esto? el paradigma cartesiano, basado en la razón y legitimado en cuanto a su capacidad de conocer y dominar a la naturaleza, separa el conocimiento del sujeto que lo produce, nos dice que el mundo se encuentra ordenado y por ello lo podemos conocer si lo analizamos por partes, esto hace que desde la base del edificio de la ciencia construido con esta experiencia, se encuentre la mono disciplina, o mejor dicho las disciplinas separadas, cada una con sus métodos y de ésta forma se promueve un *diálogo de sordos*, pues dos científicos de ramas diferentes no se pueden entender en lo más mínimo, nos encontramos ante el fenómeno correspondiente a *dos culturas*, a dos formas del lenguaje.

⁵ Maestría Interdisciplinaria sobre Administración de Conflictos (Cátedra de Teoría del Conflicto) UBA y UNNE

⁶ ENTELMAN, Remo F., ob. cit, p. 15.

⁷ *Ibidem*, p. 55/56.

⁸ *Ibidem*, p. 15

La cultura del litigio (cultura violenta) y la cultura de la gestión de conflictos (cultura de paz). La debilidad de esta configuración o preparación que se recibe como abogado litigante es objetivamente parcial y posiciona al abogado desde un solo lugar y desde una sola disciplina, para afrontar el desacuerdo que es básicamente multifacético. La realidad y las diferentes problemáticas conflictuales ameritan una formación interdisciplinar para actuar con eficacia. Y nos atrevemos a ir más allá y llegar a la frontera de las disciplinas, entendemos que el trabajo abogadil se ejercerá más eficientemente desde la transdisciplina o la posdisciplina.

III. La Transdisciplina.

¿Si mejor me paro en los dos pies?

Apreciamos que el abogado litigante debe transdisciplinarse para estar firme y seguro sobre sus dos pies. ¿Pero de qué se trata esto de transdisciplinarse?.

La Transdisciplina⁹ es una forma de organización de los conocimientos que trascienden las disciplinas de una forma radical. Se ha entendido la transdisciplina haciendo énfasis a) en lo que está entre las disciplinas, b) en lo que las atraviesa a todas, y c) en lo que está más allá de ellas.

A pesar de la existencia en el pasado de la interpretación de la transdisciplina como una mega o hiper disciplina, todas las interpretaciones coinciden en la necesidad de que los conocimientos científicos se nutran y aporten una mirada global que no se reduzca a las disciplinas ni a sus campos, que vaya en la dirección de considerar el mundo en su unidad diversa. Que no lo separe, aunque distinga las diferencias.

La transdisciplina representa la aspiración a un conocimiento lo más completo posible, que sea capaz de dialogar con la diversidad de los saberes humanos. Por eso el diálogo de saberes y la complejidad son inherentes a la actitud transdisciplinaria, que se plantea el mundo como pregunta y como anhelo.

Con la transdisciplina se aspira a un conocimiento relacional, complejo, que nunca será acabado, pero ansía el diálogo y la revisión permanentes. Tal vez este último principio se deba en gran medida a que conocemos con nuestros órganos de los sentidos, a nuestra percepción. Como señala Von Foerster¹⁰ no existe un único punto de vista (disciplina), sino múltiples visiones de un mismo objeto, la realidad entonces puede ser vista como un prisma de múltiples caras o niveles de realidad. La transdisciplina no elimina a las disciplinas, lo que elimina es esa verdad que dice que el conocimiento disciplinario es totalizador, cambia el enfoque disciplinario por uno que lo atraviesa, el transdisciplinario.

⁹ El término transdisciplina fue utilizado por primera vez en 1970, según lo investigado por Basarab Nicolescu (profesor y físico teórico rumano).

¹⁰ Von Foerster, Heinz, científico y cibernético. Trabajó en el campo de la cibernética y fue esencial para el desarrollo de la teoría del constructivismo radical y la cibernética de segundo orden. Nace en Viena, Austria, 1911.

“La transdisciplina no renuncia ni rechaza las disciplinas. Solo las tergiversaciones lo hacen”.¹¹ Basarab Nicolescu ha explicado que disciplina, Interdisciplina, Pluridisciplina y Transdisciplina son todas como flechas de un mismo arco, el arco del conocimiento.

Corresponde a Basarab Nicolescu una comprensión de la transdisciplina que enfatiza el “ir más allá” de las disciplinas, trascenderlas. La Transdisciplina concierne entonces a una indagación que a la vez se realice entre las disciplinas, las atraviese, -el a través de-, y continúe más allá de ellas. Su meta ha cambiado, ya no se circunscribe a la disciplina, sino que intenta una comprensión del mundo bajo los imperativos de la unidad del conocimiento.

Otras propuestas metodológicas transdisciplinarias las encontramos en las obras de Paulo Freire¹² y Edgar Morin.¹³

Transdisciplina y complejidad están estrechamente unidas como formas de pensamiento relacional, y como interpretaciones del conocimiento desde la perspectiva de la vida humana y el compromiso social.

“Volvemos entonces a la imperiosa necesidad de proponer, vivir, aprender y enseñar un pensamiento complejo, que vuelva a tejer las disciplinas como posibilidad de humanidad en completud; y que sólo de esta manera se vencería la eterna limitación y fragmentación del sujeto separado de sí mismo en la búsqueda del conocimiento.”¹⁴

Efectivamente, visualizamos lo útil y práctico que sería para el litigante transdisciplinarse en mediación, negociación y comunicación.

IV. Mitos de la Mediación

El lector nos dirá: pero yo mañana tengo una mediación, no se encuentra dentro de mi plan vital transdisciplinarme por el momento. En la emergencia, intentaremos aportar algunas pautas.

Una cuestión muy frecuente en las mediaciones parte de la falsa premisa de que todos saben que es el dispositivo Mediación. Sin embargo si bien todos hemos ido a una consulta médica, no podemos afirmar que sabemos de medicina, algo podemos entender, identificar y comprender, pero no sabremos medicina.

Con la Mediación sucede algo similar. Hemos notado el desconocimiento de los abogados litigantes, lo que los lleva a crearse falsas expectativas, no poder desenvolverse con eficacia y no lograr sus objetivos.

¹¹ NICOLESCU, Basarab, *La Transdisciplinariedad. Manifiesto*, Ed. Du Rocher, Año 1996 (Traducción al español, revisada con el autor).

¹² FREIRE, Paulo, fue un educador y experto en temas de educación, de origen brasileño. Uno de los más influyentes teóricos de la educación del siglo XX.

¹³ MORIN, Edgar, de nacimiento NAHUM Edgar, es un filósofo y sociólogo francés de origen sefardí. Nace en París, 1921.

¹⁴ NICOLESCU, Basarab, como se citó en Morin, s.f, párr. 14 :Referencia: Morin, E. (s.f). ¿Qué es Transdisciplinariedad? México: Multidiversidad mundo real. Recuperado de <http://edgarmorinmultiversidad.org/index.php/que-es-transdisciplinariedad.html>

1. Se suele confundir el trabajo del mediador con el de un conciliador o con el de un árbitro, se dice que el mediador no resuelve, que no interviene...

Aclaremos entonces:

Las diferencias entre los tres procesos son importantes.

La Mediación: el mediador crea los espacios para el debate, crea el ambiente para que las partes lleguen a un acuerdo y permite que la creatividad y responsabilidad de los partícipes concluyan en un consenso. No puede hacer sugerencias o propuestas, ni intervenir en las discusiones, ni incluso formular recomendaciones. En esta fase interviene con herramientas comunicacionales y de psicología, al efecto de acercar, aproximar y juntar a las partes, facilitar la comunicación entre ellas, que escuchen lo que verdaderamente quiere la otra y lo que los ha llevado a esa situación conflictual. De esta manera se logra que las partes tengan un mayor protagonismo, un papel más activo en el desarrollo del proceso de mediación, ya que el mediador no propone soluciones al conflicto. En la mediación en vista que las partes tienen un papel más activo y el mediador un papel pasivo, son las mismas partes en conflicto las que construyen por sí mismas la solución. Este proceso genera una mayor propiedad en la solución, teniendo mayores posibilidades de cumplimiento. Se orienta hacia una solución contractual cualquiera del conflicto de intereses entre las partes, que incluso puede apartarse de lo jurídico, pero que en el plano socio-afectivo-relacional las partes consideran que compone sus intereses. El mediador es un tercero neutral calificado, pero que no necesita estar especialmente calificado en el tema a mediar, ya que le está vedado sugerir, proponer y decidir.

La Conciliación: es un proceso en el que el conciliador tiene un papel más activo, en cuanto al tema del conflicto en sí, por lo que debe estar calificado en la materia ya que puede hacer sugerencias o propuestas, intervenir en las discusiones, incluso formular recomendaciones y puede proponer soluciones no vinculantes a las partes. Y aquí radica una gran diferencia con el mediador. El proceso de conciliación se orienta hacia una solución jurídica del conflicto de intereses, dar a cada parte lo suyo, en similitud al proceso judicial. Las partes tienen menor protagonismo que en la mediación, desde el momento en que el tercero puede proponer fórmulas de solución al conflicto, pero a su vez más activo que en un proceso judicial. En vista que las partes tienen un papel menos activo y el papel del conciliador es más activo ya que puede proponer soluciones al conflicto, en cierta forma las partes no elaboran por sí mismo la solución, sino que se ven influenciadas por las propuestas del conciliador, con lo que se genera una menor propiedad en la solución del conflicto, propiciando menos posibilidades de cumplimiento.

El Arbitraje: el árbitro tiene poder de decisión (debe ser calificado en la materia), con suficiente autoridad para que su determinación sea vinculante para las partes. La participación de las partes es pasiva y se asemeja al proceso judicial. Mengua la posibilidad de cumplimiento.

Se vislumbra que el control sobre el resultado es diametralmente opuesto al protagonismo de los terceros neutrales. A mayor protagonismo (juez, árbitro, conciliador), menor control sobre el resultado que se obtenga. Repárese que en el proceso judicial (el de mayor grado de protagonismo del tercero neutral), el juez decide (conforme a la ley, jurisprudencia, doctrina, su discrecionalidad, etc.) y es donde menos control sobre esa decisión tendrán las partes, que son las que tendrán que vivir con lo que ha decidido el tercero neutral. Es la consecuencia natural del hecho de que las partes han perdido completamente el poder de decisión (a raíz del conflicto), delegándolo en el tercero neutral.

2. Se dice que si hubiese habido posibilidades de conciliar previamente, ya se hubiese hecho anteriormente, que el abogado litigante antes de asistir a una mediación, previamente intentó resolver y/o negociar un acuerdo.

Las herramientas comunicacionales y de gestión con las que cuenta el mediador, con más el ámbito y su posición neutral, posibilitan el acuerdo al que no se pudo arribar antes. Estadísticamente el 30% de las mediaciones culminan con acuerdo, estadística que se encuentra infra-valorada pues hay muchas que si bien se resuelven dentro del ámbito de la mediación, por cuestiones que exceden a su tratamiento en este trabajo, se formalizan por fuera de la misma.

La mediación ofrece la posibilidad de que las partes se empoderen nuevamente y decidan por sí mismas cual es la mejor solución a su situación.

De ahí que el mediador no deba intervenir resolviendo o proponiendo, sino arbitrando los medios para que las partes encuentren la solución, a través de herramientas comunicacionales. El asesoramiento técnico en la materia es imprescindible que sea brindado por el abogado patrocinante. Las partes deben estar asesoradas en la búsqueda de la solución. El trabajo del patrocinante es fundamental. El mediador como abogado dará el marco legal al dispositivo, entendiendo las preocupaciones de las partes y asegurándose que las partes también las entiendan, superando las posiciones preliminares y valorando los verdaderos intereses comprometidos.

Ahora bien, el acuerdo es de las partes, no del mediador. No siempre se logrará, incluso puede no ser el recomendable conforme el criterio del abogado patrocinante (basado en sus conocimientos y experiencia).

Es significativamente positiva la mediación cuando los abogados patrocinantes asisten con conocimiento y buena predisposición hacia el procedimiento, independientemente de si se logra o no un acuerdo, y resulta frustrante cuando se lo considera un trámite más, cuando no se respetan los tiempos ajenos, cuando se asiste sin elementos para poder trabajar sobre un posible entendimiento, desaprovechando un espacio de intercambio de información con la otra parte, que puede ser provechoso, incluso si no se resuelve, para la instancia judicial.

Es importantísima la función del abogado patrocinante en el asesoramiento de la parte dentro de la mediación. 1) Aconsejar antes para que asista a las reuniones, para que participe y se involucre en la resolución de su propio problema; 2) Hacer conocer los beneficios de resolverlo dentro de ese ámbito (económicos y emocionales); 3) Asistir con voluntad de trabajo sobre una resolución, crear alternativas para negociar el asunto.

3. Se dice que el mediador cobra mucho, cobra sin trabajar, cobra más que el patrocinante, cobra antes.

Adviértase que los operadores jurídicos de un conflicto tienen diferentes roles. Todos pueden ser abogados, pero no operan como tales. A modo de ejemplo: El juez es un abogado. Pero su rol en un proceso judicial es el de juez. Se interpone la demanda, transita todas sus instancias y puede hasta suceder que antes del dictado de la sentencia (conforme los resultados de las pruebas por ej.) las partes lleguen a un acuerdo. A todo esto, el juez nunca vio el expediente, quizás dictó decretos de mero trámite, y no intervino en la resolución del conflicto. Aun así, cobró todos los meses (antes que el abogado patrocinante, y quizás más). Incluso el sueldo del juez es abonado por las partes y hasta por el abogado patrocinante (indirectamente a través de los impuestos). Y a nadie se le ocurriría cuestionar esta situación, es claramente un rol diferente el que cumple este abogado, el rol de juez, desarrollando su actividad en un ámbito distinto al de los otros abogados.

Tal es la situación del mediador: también es un abogado, pero cumpliendo un rol diferente en un espacio también distinto. No tiene demasiada importancia ni relevancia comparar las actividades del juez, del patrocinante y del mediador. Son roles diversos. El juez cobra por mes, el mediador cuando termina su trabajo (la mediación) y el patrocinante cuando termina el suyo (por acuerdo prejudicial, o por el modo normal o anormal de extinción del proceso).

No escapa a nadie que la ley ha puesto sobre los hombros de las partes el pago de los honorarios del mediador, en forma más directa que el sueldo del juez. Esta situación ha creado conflictos tanto para unos como para otros. Las partes y sus abogados que afrontan el pago, y los mediadores a los que no se les ha pagado y han tenido que iniciar el apremio por un jus más 13% de aportes.

Nótese también los honorarios del mediador se encuentran acotados a una tabla que va de 1 a 5 jus como máximo, conforme al monto en cuestión del asunto¹⁵ (excepto mediaciones familiares, en las cuales rige otra tabla con valores diferentes, también acotada a un máximo de 5 jus).¹⁶

1 jus cuando el monto en cuestión se hasta 90 jus.

2 jus de 91 a 150 jus.

3 jus 151 a 450 jus

¹⁵ Art. 30. Decreto Reglamentario 1747/11 de la ley de mediación de la Pcia. de Santa Fe 13151

¹⁶ Anexo I. V. 2) Decreto 4688/14

4 jus de 451 a 750 jus

5 más de 751 jus.

Estadísticamente la mayoría de las mediaciones son de un jus. Por lo que se puede calcular matemáticamente, conforme la cuantía, que nunca supera a lo que corresponde a honorarios del patrocinante de acuerdo a la ley de aranceles 6767, ya que sólo la actuación aislada judicial del art. 7 de la ley 6767 contempla como regulación mínima un jus para el patrocinante. Todas las demás actuaciones, gestiones y trabajos judiciales o extrajudiciales, contemplan honorarios mayores.

V. Intereses y Posiciones

Las posiciones son los planteos o las pretensiones de las partes. Como ya vimos más arriba, varios son los planteos que los abogados patrocinantes hacen.

Dos personas pueden pretender ambas la misma naranja. Esa sería su posición.

Llevadas a juicio por sus posiciones (tener la naranja), el juez decidiría probablemente y conforme las pruebas, dársela a uno y por tanto perdiéndola el otro.

Los intereses son las verdaderas necesidades. El para qué se quiere algo.

El trabajo del mediador será indagar acerca de los intereses, quizás una parte quiere la naranja para hacer jugo y la otra quiere la cáscara para ralladura. Ese sería el interés de cada una. Pudiendo la mediación culminar en un acuerdo en que uno se lleva el jugo y otro la cáscara, satisfaciendo así los intereses de ambos. La solución no será del todo la jurídica strictu sensu, pero será legal, se cumplirá, dará satisfacción y traerá paz social.

Algunas de las posiciones del abogado patrocinante con respecto a la mediación ya se expusieron más arriba.

Ahora ¿cuáles son sus intereses?

Habitualmente los verdaderos intereses no son tan evidentes.

1. Es posible que el abogado litigante se sienta desplazado en sus consideraciones y/o en su accionar por quien considera un colega (el mediador) que también es abogado. En realidad los roles son diferentes, y el mediador jamás desplazará, ni ocupará el lugar del patrocinante, ya que no puede asesorar, aconsejar o expresar opiniones o criterios profesionales.
2. Existen abogados patrocinantes que no perciben honorarios por sus tareas extrajudiciales y ven con cierto desagrado que el mediador cobre honorarios por su intervención, aún en aquellos casos donde no se ha logrado un acuerdo. La tarea del mediador es otra y concluye con la mediación. No es una obligación de resultado, ni cobra por acuerdo. Como tampoco lo es la del patrocinante, que tiene derecho a cobrar gane o pierda el pleito.
3. El patrocinante considera que la resolución del caso sólo es válida si depende de su intervención, sintiendo que pierde cierto poder si las partes tienen una participación más activa.

El patrocinante debe legitimar su rol, ya que en base a su consejo legal decidirá su cliente lograr acordar o litigar, conforme convenga mejor a sus intereses.

4. El patrocinante supone que si se logra un acuerdo en esa instancia no podrá justificar sus honorarios o lo mismos resultan exiguos en relación a lo que hubiese correspondido en un eventual proceso judicial. Los honorarios serán conforme al trabajo realizado y a la ley de aranceles. Y no necesariamente como honorarios extrajudiciales, ya que la instancia es prejudicial, lo que deberá ser materia de reforma en la ley de aranceles. Su trabajo se encuentra justificado en el asesoramiento, la contención del cliente, su trabajo en la negociación, la redacción del convenio, etc.

5. No confían en el pensamiento crítico ni en la capacidad de negociación de su cliente. Insistimos en que debe legitimar su rol de consejero y asesor, acompañando al cliente en esta nueva forma de ser abogado.

6. No desean que sus clientes tengan información precisa sobre porcentajes de incapacidad, valor del punto, indemnizaciones o montos indemnizatorios ofrecidos para acordar que se desprendan de reuniones y/o charlas previas entre colegas. En muchos casos esto puede ser entendible, atento a que el abogado se maneja muchas veces con cifras a las que se llega incorporando rubros o montos sujetos a criterio judicial, etc. que pueden ser útiles al momento de negociar como propuesta de máxima, pero descartándolos en la propuesta de mínima, pero quizás predisponiendo al cliente a pretenderlos sin margen de negociación. Ahí estará la habilidad del abogado para asesorar a su cliente en punto a las expectativas reales de una negociación.

7. Se ha escuchado a abogados referirse a los mediadores despectivamente, como abogados pertenecientes a una "casta" inferior por esta circunstancia, y de esta manera deslegitimar su actividad, como si fuese de menor categoría. Aclarar que no se es mejor o peor abogado conforme al caudal de trabajo que se tiene deviene innecesario. Muchas veces se dan estas clasificaciones que nada aportan. Los abogados litigantes se creen más hábiles que los académicos. Estos últimos se creen mejor formados que los litigantes, y así ad infinitum. Digamos mejor que no existe una única manera de ser abogado, ya que es una carrera muy rica y de amplias incumbencias, dando satisfacción a muy variadas formas de ejercer la profesión.

VI. Hacia una mediación efectiva.

¿Qué propiciamos?

1. Que los abogados que deben asistir a las mediaciones como apoderados de las Cías. Aseguradoras tengan pleno conocimiento de los hechos y cuenten con instrucciones suficientes para negociar y/ eventualmente acordar.

2. Que usufructúen las reuniones para intercambiar información, negociar, producir, evaluar las pruebas con las que se cuenta, de una parte y de la otra.

3. Que se trabaje con buena fe, honrando a la profesión, de manera que si se acuerda durante el trámite de mediación, se desista de formalizar el acuerdo por fuera de la misma. Téngase en cuenta que el acuerdo instrumentado en acta suscripta por el mediador y protocolizado en el registro que a tal efecto lleva el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, será ejecutable por el procedimiento de ejecución de sentencia, de conformidad con lo dispuesto por el CPCyCSF,¹⁷ no necesitando homologación (salvo que hubiere involucrados intereses de menores o incapaces).¹⁸

VII. COLOFON.

El interés del Estado en implementar de manera obligatoria los métodos alternativos de resolución de conflictos y todas las prácticas modernas de conducción de controversias intra estatales (Oficina de Defensa del Consumidor, Mediaciones comunitarias, el Servicio de Conciliación Laboral Obligatoria (SECLO), etc.) muestra que la sociedad avista, temática o pretemáticamente, las desventajas de un manejo incontrolado de la escalada de violencia y las ventajas de una acción que posibilite, facilite o mejore las comunicaciones.¹⁹

¹⁷ Art. 21 Ley de Mediación de Santa Fe 13151

¹⁸ Art. 20 Ley de Mediación de Santa Fe 13151

¹⁹ RENTELMAN, Remo F., ob cit p.142.