

# La homologación judicial en la Ley de Mediación 13.951 de la provincia de Buenos Aires

Sumario: I. Introducción.- II. La homologación judicial de los acuerdos alcanzados en Mediación. Noción. Distintos criterios adoptados por las leyes que rigen en el país.- III. La homologación judicial de los acuerdos alcanzados en Mediación en la Provincia de Buenos Aires (Ley 13.951) y el principio de autocomposición que rige la Mediación.- IV. Integración de los Artículos 19, 20, 21 y 22 de la Ley 13.951 dentro de nuestra jerarquía normativa. Su constitucionalidad.- V. Conclusión.

- I. Introducción La Ley de Mediación bonaerense 13.951 en sus arts. 19; 20; 21 y 22 establece la homologación judicial de los acuerdos alcanzados en la Mediación Prejudicial apartándose singularmente de toda la demás normativa que sobre el tema rige en nuestro país. Conforme la normativa bonaerense la homologación judicial tiene carácter obligatorio, estableciéndose la misma como requisito de perfeccionamiento del acuerdo celebrado, vale decir que si el acuerdo no se somete a la homologación judicial no se encuentra concluido para producir efectos entre las partes. Ante esta novedosa manera de regular la homologación judicial, este trabajo tiene como objeto realizar un doble análisis respecto de esta normativa: 1.- Establecer si es contraria al principio de autodeterminación que rige a la Mediación y que es una de las características definitorias de la misma; y 2.- Analizar su integración dentro de nuestra jerarquía normativa y en consecuencia su constitucionalidad. Previo a ello nos parece conveniente recordar algunas nociones básicas acerca de la homologación judicial y recorrer los distintos criterios adoptados por las leyes de mediación que se han dictado en nuestras provincias y a nivel nacional.
  
- II. La homologación judicial de los acuerdos alcanzados en Mediación. Noción. Distintos criterios adoptados por las leyes que rigen en el país Podemos definir la homologación judicial como el acto jurisdiccional mediante el cual se le otorga autoridad de cosa juzgada a los acuerdos a los que arriban las partes en los casos previstos por la ley. Es un acto jurisdiccional en atención a que se somete a la decisión del juez el otorgamiento o rechazo de la homologación de los acuerdos que conforme a la ley le son presentados. El otorgamiento de la homologación constituye “la aprobación judicial” de estos acuerdos, los que cobran así plenitud, perfección y adquieren carácter de título ejecutivo (1). Por otro lado es importante destacar que no todo acuerdo celebrado entre partes puede ser sometido a consideración judicial para obtener su homologación, sino sólo los casos previstos por la ley. (2) Este es el criterio adoptado por la doctrina y la jurisprudencia considerando que no procede la homologación judicial “...sin que haya existido un conflicto previo que requiera la intervención judicial...”(3); o “...una norma expresa que endilgue a los jueces la tarea de recepcionar convenios extrajudiciales con el fin de homologarlos...”(4) En nuestra legislación se prevé la homologación judicial en los ordenamientos procesales para el caso de desistimiento, transacción o conciliación (5); en la Ley de Locaciones urbanas (6); en el art. 236 del Código Civil para el caso de

los acuerdos presentados conjuntamente por las partes en el caso de divorcio o separación personal (7) y, con distintas modalidades, en las leyes de mediación provinciales y de la Nación. La doctrina y la jurisprudencia han señalado que: “La homologación judicial sólo está encaminada a la verificación judicial de los requisitos necesarios de los convenios y a la comprobación de si existe violación de alguna norma de orden público.”(8) Existen excepciones a este principio sentado por la jurisprudencia: todos los casos en que estén involucrados intereses de menores o incapaces y el art. 236 del Código Civil que, por las cuestiones que allí están en juego, faculta al juez a “... objetar una o más estipulaciones de los acuerdos celebrados cuando a su criterio, ellas afectaren gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos...”(9)Respecto de la homologación de los acuerdos alcanzados en mediación, si analizamos la normativa que rige en nuestro país, encontramos que se han tomado cuatro criterios:1.- Establecer directamente la ejecutoriedad del acuerdo alcanzado en mediación sin necesidad de homologación judicial alguna y con la sola exigencia de su instrumentación mediante acta firmada por el mediador. Estos regímenes establecen como excepción las causas en las que se encuentren involucrados intereses de incapaces en las que sí será obligatoria la homologación judicial previa. Es el caso de la Ley Nacional 26.589; del Cód. Procesal de Entre Ríos; de la Ley 804 de Tierra del Fuego; y de la Ley 13.151 de Santa Fe.2.- Establecer la homologación judicial como requisito previo a otorgarle ejecutoriedad al acuerdo, así lo disponen la Ley 5487 de Corrientes y la Ley IV-0700-2009 de San Luis. En ambas legislaciones tanto la solicitud de homologación como la ejecución del acuerdo homologado en caso de incumplimiento, es facultativo para las partes.3.- Establecer un sistema diferenciado según se trate de acuerdos de mediación alcanzados en la mediación judicial o extrajudicial. Es el caso de la Ley 7324 de Salta y de la Ley 3847 de Río Negro. La Ley 7324 de Salta establece en su art. 21 que los acuerdos judiciales “...celebrados por las partes con asistencia letrada y ante mediador judicial, tendrán carácter ejecutorio...”, mientras que los acuerdos “...concretados en los procedimientos de mediación no judicial, sólo tendrán carácter ejecutorio si fueren homologados judicialmente...” (art. 24). A su vez la Ley 3847 de Río Negro distingue la Mediación Judicial (10), de la Mediación Privada (11) y establece que el acuerdo que se alcanzare en la primera “... no requerirá homologación judicial, constituyendo el acta respectiva título ejecutivo suficiente a los fines de su ejecución en caso de incumplimiento” (Art. 21), con la excepción establecida en el Artículo 42 que prevé la homologación cuando estuvieran involucrados intereses de menores o incapaces. (12) Mientras que para el caso de las Mediaciones Privadas establece en su art. 48 que: “Si se arribara a un acuerdo, éste tendrá el mismo efecto y validez de un convenio entre partes y cualquiera de ellas podrá solicitar su homologación ante el Juez con competencia en la materia, en los términos del Código de Procedimiento Civil y Comercial.”4.- Establecer la homologación judicial como requisito de perfeccionamiento del acuerdo alcanzado en mediación. Este es el caso de la Ley 13.951 de la Provincia de Buenos Aires que establece como obligatoria la homologación judicial de todos los acuerdos alcanzados en mediación. Esto surge claramente de su art. 19 que reza: “...el acuerdo se someterá a

homologación judicial del Juzgado... el que la otorgará cuando entienda que el mismo representa una justa composición de los intereses de las partes”. Y se encuentra confirmado con lo normado por su art. 20: “El juzgado, emitirá resolución fundada homologando o rechazando el acuerdo, dentro del plazo de diez días contados a partir de su elevación”; y por su art. 21: “El juzgado, 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”. Es importante destacar que en los tres primeros casos la necesidad o no de someter los acuerdos alcanzados en mediación a la homologación judicial sólo está prevista con el objeto de otorgarles ejecutoriedad a dichos acuerdos y siempre es facultativo para las partes, con excepción de los casos en los que intervienen menores o incapaces. En cambio, en el caso de la Provincia de Buenos Aires, la homologación está prevista para otorgarle perfeccionamiento al acuerdo y es una instancia obligada para las partes, ello aún cuando conforme lo establece la propia Ley 13.951, la materia sobre la que pueden realizarse las mediaciones sean aquellas “...cuyo objeto sea materia disponible por los particulares...” (art. 1º) y se excluye expresamente de la Mediación “... Las acciones promovidas por menores que requieran la intervención del Ministerio Público...” (art. 4 inc. 10).

- III. La homologación judicial en Ley 13.951 y el principio de autocomposición que rige la Mediación Uno de los principios que caracteriza al proceso de Mediación y lo define como tal es el de la autocomposición. A diferencia de la heterocomposición, en la cual la solución es impuesta a las partes desde afuera, la autocomposición implica que son los propios protagonistas quienes toman todas las decisiones referidas al tratamiento de su disputa. Es así que el mediador interviene colaborando con las partes para que puedan esclarecer sus necesidades, opciones y alternativas y como facilitador de la comunicación, pero nunca tomando la decisión por ellas o sugiriendo alguna solución en particular. La autocomposición es una de las características esenciales de la Mediación que la distingue de otros métodos de resolución de conflictos como puede ser el litigio en el que es el juez quien decide “sin que sea relevante el acuerdo o desacuerdo de las partes.”(13) Por su parte, el hecho que el Mediador no pueda sugerir ningún tipo de propuesta distingue a su vez a la Mediación de otros métodos de resolución de conflictos que también se rigen por la autocomposición. Es el caso de la conciliación: “Tanto en la conciliación como en la mediación las partes conservan el poder de decidir sobre la resolución de la disputa ya que la autocomposición es una característica definitoria de ambos institutos...” Lo que permite individualizar estos dos institutos “...como formas diferenciadas de resolver disputas, radica fundamentalmente en el rol que le cabe al tercero. Si bien en ambos mecanismos el tercero facilita un proceso de negociación entre las partes y sus abogados, en el caso de la conciliación, el conciliador está facultado para proponer fórmulas de acuerdo, mientras que el mediador debe abstenerse de hacerlo...”(14) Esta característica definitoria de la Mediación se basa en el reconocimiento de “la sabiduría de las personas para resolver sus situaciones, dejando de lado cualquier atisbo de paternalismo... El sustento de esta condición es la creencia de que nadie puede saber mejor que los

protagonistas del conflicto la manera de resolverlo, y que cuando son los propios interesados los que encuentran las soluciones, adquieren más compromiso con los resultados del acuerdo. Este compromiso, a su vez, augura una mayor posibilidad de cumplimiento de los términos estipulados.”(15) De lo dicho es fácil concluir que ante la ausencia de autocomposición o ante la falta de abstención por parte del tercero de hacer propuestas a las partes, podremos estar hablando de algún otro método para resolver conflictos pero no de la mediación. La Ley 13.951, en su art. 1º, “...establece el régimen de Mediación como método alternativo de resolución de conflictos judiciales...” y si bien al enumerar los principios que caracterizan a la Mediación no menciona el de la autocomposición, como ya hiciéramos referencia en un trabajo anterior (16), dicho principio se desprende claramente de la propia normativa. En primer lugar porque al ser la autocomposición una característica que hace a la esencia de la Mediación, si la ley establece la misma como un método alternativo de resolución de conflictos, va de suyo que también consagra a la autocomposición como uno de sus principios. Por otra parte la autocomposición resulta implícita cuando la norma se refiere a: 1) el consentimiento informado (art. 1º); b) “promover y facilitar la comunicación directa entre las partes que permita la solución del conflicto..” (art. 2); y c) que “Será obligatoria la comparencia personal de las partes...” (art. 15). En consecuencia consideramos que resulta contradictoria la forma en que el legislador bonaerense regula la homologación judicial de los acuerdos a los que puedan arribar las partes en mediación. Opinamos que la exigencia de la homologación judicial como condición previa para otorgarle ejecutoriedad al acuerdo al que se arribe en mediación, como lo determinan algunas normas que rigen en nuestro país y que ya mencionáramos, no entra por sí misma en contradicción con el principio de autocomposición. Ello en virtud que la exigencia de la homologación se produce en una instancia distinta a la de la mediación y tiene por finalidad otorgarle a ese acuerdo la fuerza de sentencia, es decir la ejecutoriedad, quedando sólo bajo la órbita jurisdiccional el control de legalidad del mismo y la verificación que no se contrarie la moral y las buenas costumbres ni el orden público. Es decir que el trámite de homologación se requiere luego que las partes ya han celebrado un acuerdo producto de la autocomposición de las mismas y para el caso que alguna de ellas, o ambas, decidieran solicitar la homologación de dicho acuerdo o cuando el mismo es incumplido. En cambio creemos que la forma en la que se regula el procedimiento de homologación en la Ley 13.951 contradice el principio de autodeterminación e incluso puede socavar el principio de confidencialidad. En efecto, el art. 19 de la Ley 13.951 establece: “El acuerdo se someterá a la homologación judicial del Juzgado..., el que la otorgará cuando entienda que el mismo representa una justa composición de los intereses de las partes.” En primer lugar señalamos que conforme se encuentra reglada la homologación, la misma es un requisito de perfeccionamiento del acuerdo y no de ejecutoriedad del mismo. Las partes no pueden optar por presentar o no dicho acuerdo a la homologación judicial, deben hacerlo, ya que el juez debe verificar que “el mismo represente una justa composición de los intereses de las partes,” Nada más contrario al principio de autodeterminación, ya que será el juez quien en definitiva resuelva lo que es mejor para las partes entrando en abierta

contradicción con la propuesta que, en todo proceso de Mediación, realiza el Mediador al invitar a las partes a que trabajen sobre su tema porque nadie sabrá mejor que ellas la manera de resolverlo. El art. 21 parece empeorar la cuestión al establecer que “El juzgado, 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.” Es decir que se lo coloca al Mediador, quien en un primer momento estuvo trabajando a fin que “...las partes se sientan legitimadas para asumir la responsabilidad de ser ellas las que tomen las decisiones...”(17) ante la incoherencia de comenzar a trabajar ahora para que incorporen las observaciones que desde fuera podría formular un juez. De la interpretación armónica de los arts. 19 y 21 de la Ley 13.951, cabe concluir que se está facultando al juez bonaerense a realizar observaciones al acuerdo tendientes a que se logre aquello que él considere sería “una justa composición de los intereses” de las partes. Resulta paradójico que sea el juez, quién no estuvo presente en el proceso de mediación durante el cual las partes con la ayuda del mediador y asistidas por sus letrados han analizado cuáles eran sus intereses, necesidades, opciones y alternativas, quien decida si el acuerdo al cual han arribado representa una justa composición de sus intereses. No puede olvidarse que todo este análisis que realizan las partes asistidas por el mediador se hace bajo el beneficio de la confidencialidad, expresamente consagrado por la norma (18), razón por la cual no se expondrán en los convenios alcanzados todos los pormenores analizados para lograr ese acuerdo en particular que luego llega a manos del juez, de lo contrario se estaría violando este otro principio de la mediación. De modo tal que el juez sólo tendrá en sus manos un documento, un trozo de papel, que jamás podrá contener todo el recorrido realizado, ya que a veces ni siquiera las propias partes conocen exactamente las motivaciones que llevaron al otro a celebrar ese acuerdo, porque ello, tal vez, se lo han confiado sólo al Mediador.

- IV. Integración de los Artículos 19, 20, 21 y 22 de la Ley 13.951 dentro de nuestra jerarquía normativa. Su constitucionalidad Para realizar un correcto análisis en este sentido consideramos necesario dirimir en forma previa estas cuestiones:1) Naturaleza jurídica del acuerdo al que arriban las partes en mediación.2) Materia sobre la que puede acordarse en mediación.3) Orden jerárquico de la Ley 13.951 en relación a la legislación provincial y federal.1) La naturaleza jurídica de los acuerdos al que arriban las partes en mediación, pese a las peculiaridades que pueden tener los mismos, esto es realizarse por ante un mediador y con la asistencia letrada obligatoria, son, al igual que las transacciones, contratos. Esa es su naturaleza jurídica por adaptarse exactamente a la definición que de los contratos establece el art. 1137 del Código Civil: “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos.” En efecto como lo señala Llambías, nuestro código ha recogido, respecto de los contratos, la opinión de Savigny, y por lo tanto se entiende por contrato “el acto jurídico bilateral de contenido obligacional...” ya sea que origine obligaciones, modifique las existentes o las extinga. (19)2) Respecto de la materia sobre la cual pueda acordarse en

mediación, como ya hiciéramos referencia, la Ley 13.951 establece en su artículo 1° que sólo puede ser objeto de mediación aquello que sea "...materia disponible por los particulares..."(20); y en su art. 4 inc. 10 excluye expresamente "...Las acciones promovidas por menores que requieran la intervención del Ministerio Público..."3) Finalmente respecto del orden jerárquico de la Ley 13.951 en relación a la legislación provincial y federal, la Ley de Mediación 13.951 es una ley provincial que obviamente debe adecuarse a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y conforme lo establece el art. 31 de la Constitución Nacional debe subordinarse a la Ley Suprema, vale decir a la Constitución Nacional, a las leyes dictadas en su consecuencia por el Congreso Nacional y a los tratados internacionales. Aclarado estos temas, comencemos con el análisis propuesto. Si el acuerdo al que arriban las partes en mediación es un contrato, se desprende claramente que le son aplicables todas las normas del Código Civil relativas a los mismos. Por otra parte, si dicho acuerdo sólo puede tener por objeto "materia disponible por los particulares", resulta claro que queda bajo la exclusiva órbita de la autonomía de la voluntad con la única limitación que tal contrato no tenga un objeto ilícito, no sea contrario a la moral y las buenas costumbres (21) y no contraríe el orden público. De lo expuesto se concluye claramente que al acuerdo alcanzado en mediación le resulta aplicable, entre otras disposiciones, el art. 1197 del Código Civil, y en consecuencia aquello que se acuerda en Mediación "forma para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma." Por consiguiente, si el acuerdo al que se arriba en una mediación es un contrato regido por la autonomía de la voluntad ¿por qué un juez podría intervenir determinando que aquello acordado por las partes no es una justa composición de sus intereses e incluso proponer observaciones, interfiriendo así en una esfera privativa de las personas? El legislador bonaerense establece para los acuerdos cuyo objeto es materia disponible para las partes, exigencias que sólo podrían resultar admisibles cuando nos encontramos frente a derechos irrenunciables o que comprometan el orden público. Nótese que la expresión "justa composición de intereses" es casi idéntica a la utilizada en el art. 15 de la Ley de Contrato de Trabajo en el que se establecen los requisitos de validez de los acuerdos transaccionales, conciliatorios o liberatorios que puedan realizarse sobre la materia. (22) Por ello, la forma en que la ley de mediación bonaerense regula la homologación judicial puede llevar a varias incoherencias, por ejemplo: a. Dos personas reunidas en un bar o en el "living" de su casa pueden llegar a un acuerdo que dirima su conflicto y redactarlo por escrito. En ese caso aquello que han acordado (si no versa sobre un objeto ilícito, ni es contrario a la moral y las buenas costumbres, ni afecta el orden público) tiene pleno valor entre ellos y si cumplieran aquello a lo que se han obligado, lo han cumplido bien y, para el caso que alguna de las partes no lo hiciera podrían exigirle su cumplimiento por ante un juez. En cambio, si llegan a ese acuerdo por ante un mediador prejudicial matriculado, debidamente habilitado por el Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, y con asistencia letrada obligatoria, para que ese contrato quede perfeccionado y produzca efectos, debe ser homologado por el juez quien controlará si es una justa composición de los intereses de las partes pudiendo formular observaciones, que las partes deberán introducir a ese

acuerdo, si quieren obtener la homologación judicial. b. Dos partes en un proceso judicial pueden decidir concluir el mismo realizando una transacción, uno de los modos anormales de terminación de un proceso (23), en cuyo caso conforme los habilita la norma procesal podrán hacer valer esa transacción presentado el convenio o suscribiendo un acta ante el juez, quien “se limitará a examinar la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley para la validez de la transacción y la homologará o no.”(24) Es decir que aquí el juez, en un proceso que él conduce, para otorgar o rechazar la homologación sólo está habilitado a examinar: “...la capacidad y personería de quienes realizan el acto (y) la aptitud de los derechos involucrados para ser objeto de transacción...”(25) “...sin que ello implique que pueda de oficio considerar la entidad de las concesiones que las partes se efectúen...”(26), estableciéndose como única excepción a este principio las cuestiones en las que estuvieran involucrados “...intereses de menores de edad...”(27) En cambio, si las partes arriban a ese acuerdo transaccional en la etapa de mediación prejudicial obligatoria establecida por la Ley 13.951, el juez tiene atribuciones muchísimo más amplias ya que puede revisar no sólo la capacidad y personería de las partes, la transigibilidad de los derechos de que se trate y si se encuentran involucrado derechos de menores o incapaces, sino además, si lo acordado constituye “una justa composición de los intereses de las partes”, interfiriendo así en la órbita reservada a la autonomía de la voluntad. En consecuencia aquello que le está vedado al juez en el caso de la transacción, le está permitido en el caso de un acuerdo alcanzado en mediación. c. Lo dicho para la transacción tiene idéntica aplicación en el caso de la conciliación, otro de los modos anormales de terminación del proceso reglado en el art. 309 del C.P.C.C. de la Provincia de Buenos Aires y art. 309 del C.P.C.C. de la Nación. En otro orden destacamos que en la Ley 13.951 existe una contradicción interna dentro de su propio articulado ya que en su artículo 1º consagra a la Mediación como un modo de resolución de conflictos, que como expresáramos, tiene como característica esencial y distintiva respecto de otros modos de resolución: la autocomposición de las partes, mientras que en sus artículos 19; 20; 21 y 22, anula dicho principio de autocomposición al reglar, en la forma que lo hace, la homologación judicial de los acuerdos alcanzados en mediación. Por lo hasta aquí expuesto consideramos que los artículos de la Ley 13.951 referidos a la homologación judicial (arts. 19, 20, 21 y 22) son contrarios a lo establecido por el Código Civil en materia de contratos, en particular a lo dispuesto por el art. 1197 de dicho cuerpo legal ya que faculta al juez a intervenir en la órbita de la autonomía de la voluntad. De esta manera la normativa bonaerense, al ser contraria al art. 1197 del Código Civil, entra en colisión con la Constitución Nacional en un doble sentido:1.- Conforme lo establece el Art. 31 de la Constitución Nacional, contraría el orden de prelación jerárquico establecido por la Constitución Nacional ya que esta ley provincial no se ajusta a lo establecido por el Código Civil que es una norma nacional cuyo dictado, conforme al art. 75 inc. 12 de la CN es una facultad legislativa reservada al Congreso Nacional. En este sentido, al violar el principio de supremacía constitucional, la norma estaría viciada “de nulidad por ser contraria a la constitución.”(28)2.- Si consideramos que “...el art. 19 de la Constitución Nacional comprende en su texto al principio de

autonomía personal como así también al derecho a la privacidad”(29) y veda al Estado toda intromisión a dicha privacidad siempre que el eventual daño que pueda producir la acción privada, sólo afecte al particular que la realiza y no afecte el orden público o perjudique a un tercero, la forma en que la Ley 13.951 regla la homologación judicial es violatoria de este derecho consagrado por la Ley Suprema. La doctrina de la Corte Suprema ha sido clara al respecto y sostiene como principio general, que “El art. 19 de la Constitución Nacional concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de sus propias vidas, de cuanto le es propio. Ha ordenado la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad...”(30)“El art. 19 de la ley Fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros”(31).”...Por consiguiente, las conductas de los hombres que no se dirijan contra bienes que se hallan en la esfera del orden y la moral públicos ni perjudican a terceros, aún cuando se trate de actos que se dirijan contra sí mismos, quedan, en virtud del art. 19 de la Constitución Nacional, fuera del ámbito de la prohibiciones legales.”(32)Por otra parte si entendemos, conforme lo establece la jurisprudencia de la Corte, que el concepto de derecho de propiedad en sentido constitucional, “...es más amplio y extenso que el derecho de dominio consagrado por el derecho civil...” y en consecuencia “alcanza a todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad...”(33), consideramos que los arts. 19 y sgtes. de la Ley 13.951 referidos a la homologación judicial, son contrarios al derecho de propiedad consagrado por el art. 17 de la CN. En efecto al analizar la extensión y alcance del derecho y la garantía constitucional de la propiedad, la misma comprende la libertad de contratar, la que goza por lo tanto de protección constitucional habiendo sostenido la Corte Suprema que: “El contrato y la propiedad tienen protección constitucional en el derecho argentino y, en consecuencia, toda limitación que se disponga es de interpretación restrictiva. Esa tutela comprende tanto la libertad de contratar, que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19 de la Constitución Nacional), como la de configurar el contenido del contrato, que es un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14 de la Constitución Nacional) y de la libertad económica dentro de las relaciones de competencia (art. 43, Constitución Nacional). La libertad de contratar, de competir y de configurar el contenido de un contrato, constituyen una posición jurídica que la Corte debe proteger como tribunal de las garantías constitucionales...”(34).De la misma forma es violatoria de lo establecido por el arts. 26 y 31 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires que consagran el derecho a la intimidad y a la propiedad en el ámbito provincial; y en consecuencia sería aplicable el art. 57 de dicha norma que establece que: “Toda ley, decreto u orden contrarios a los artículos precedentes o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ellos, otras restricciones que las que los mismos artículos permiten, o priven a los ciudadanos de las garantías que aseguran, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por



los jueces...”No desconocemos que, en razón del profundo proceso de transformación que se ha venido gestando en el concepto de contrato, el principio de la autonomía de la voluntad debe conciliarse hoy con otros principios vinculados a las nociones de equilibrio y equidad que se han ido plasmando en el derecho positivo y en la jurisprudencia facultando a los jueces a corregir situaciones desequilibradas o abusivas. Esta concepción encuentra sustento en la protección de la parte más débil o en la irrenunciabilidad de derechos. No se vislumbra que éste sea el caso de los acuerdos a los que se puede arribar en mediación en el ámbito de la ley bonaerense, dado que los mismos sólo pueden versar sobre materia disponible, deben realizarse ante un mediador matriculado por el Ministerio de Justicia y las partes deben estar obligatoriamente asistidas por profesionales del derecho. (35) Destacamos que en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial, actualmente en tratamiento en el Congreso de la Nación, se han receptado, de manera que es considerada incluso como de avanzada, los nuevos conceptos vinculados al contrato. Es así que se propone legislar respecto de los contratos de adhesión a cláusulas generales predispuestas y a los contratos de consumo, estableciendo facultades judiciales para el control de las situaciones abusivas o desequilibradas. No obstante, fuera de esos supuestos y en el ámbito de materia estrictamente patrimonial y disponible, es decir el contrato igualitario, el principio de la autonomía de la voluntad se mantiene incólume y resulta ajeno a la revisión judicial. En efecto, establece el art. 960 del Anteproyecto: “Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta de modo manifiesto el orden público”. (36) Es decir que, de mantenerse la actual redacción del artículo citado del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, y si dicho cuerpo legal fuere sancionado, la norma que analizamos contenida en la ley de mediación bonaerense también se encontrará en colisión con la norma arriba citada.

- V. Conclusión Del análisis realizado concluimos que la forma en que la Ley de Mediación 13.951 de la Provincia de Buenos Aires regula la homologación judicial de los acuerdos alcanzados en la Mediación Prejudicial obligatoria, vulnera el principio de autocomposición de las partes que caracteriza a la mediación como tal y la distingue de otros modos de resolución de conflictos. Asimismo contraría el principio de autonomía de la voluntad establecido por el art. 1197 del Código Civil, el orden de jerarquía constitucional dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional y el derecho a la intimidad y a la propiedad consagrados por los arts. 19 y 17 de la Constitución Nacional y arts. 26 y 31 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. A fin de no desvirtuar el instituto de la Mediación y de preservar en debida forma los derechos constitucionales, consideramos que resulta imprescindible la modificación de la norma en análisis recogiendo la vasta experiencia que al respecto se ha desarrollado tanto en el orden nacional como provincial, integrando así la ley bonaerense en nuestro sistema normativo sin contrariar derechos de raigambre constitucional ni principios que hacen a la esencia de la mediación.(1) Elena I. Highton- Beatriz A. Arean, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

Concordado con los Códigos Provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Hammurabi Jorge Luis Depalma Editor, Ed. 2006, págs. 632/633.(2) Fenochietto-Arazi sostienen que: "... no es admisible que las partes recurran a la jurisdicción para que ésta homologue un convenio celebrado sin la intervención de los jueces." Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Concordado – Carlos Eduardo Fenocchietto – Roland Arazi – Tomo II, pág. 176. Editorial Astrea. Ed. 1983.(3) CNCiv, Sala A, 26/5/98, elDial-AEFF8 citado en pág 657 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Concordado con los Códigos Provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Elena I. Highton- Beatriz A. Arean, Hammurabi Jorge Luis Depalma Editor. Ed. 2006.(4) Cam. Apel. Civ. Y Com. Morón, Salla II, 27/8/98, LLBA, 1999-1051 citado en pág. 657 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Concordado con los Códigos Provinciales. Analisis doctrinal y jurisprudencial. Elena I. Highton- Beatriz A. Arean, Hammurabi Jorge Luis Depalma Editor. Ed. 2006.(5) Arts. 162 del C.P.C.C. de la Nación y Arts. 162 del C.P.C.C. de la provincia de Buenos Aires.(6) Art. 47 Ley 21.324.(7) Conforme Ley 23.515.(8) CNCiv, Sala C, 2/9/93, JA, 1996-IV, síntesis (3) citado en pág 655 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Concordado con los Códigos Provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Elena I. Highton- Beatriz A. Arean, Hammurabi Jorge Luis Depalma Editor. Ed. 2006.(9) Art. 236 del CC conforme Ley 23.515.(10) La Ley 3847 de Río Negro define la Mediación Judicial en su art. 6 como "...aquella llevada a cabo en los Centros Judiciales de Mediación (CEJUME) dependientes del Poder Judicial.(11) La Mediación privada conforme lo establece el art. 46 de la Ley 3847 de Río Negro es aquella que se realiza extrajudicialmente ante mediadores o "Centros de Mediación" no estatales...".(12) Ley 3847 de Río Negro, Capítulo 6 Mediación Familiar Art. 42.(13) Elena I. Highton y Gladys S. Alvarez "Mediación para resolver conflictos", Ad-Hoc, 2ª Ed-2ª reimp, 2004, pág. 98.(14) Elena I. Highton-Beatriz A. Arean, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Concordado con los Códigos Provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Hammurabi Jorge Luis Depalma Editor, Ed. 2006, pág. 651.(15) María E. Caram, Diana T. Eilbaum y Matilde Risolía "Mediación diseño de una práctica", -1ª ed-Librería Histórica, 2006,pág. 53(16) Fontana, Claudia Edith. Doctrina Judicial Procesal. La Ley Año IV Número 05 Junio 2012.(17) María E. Caram, Diana T. Eilbaum y Matilde Risolía "Mediación diseño de una práctica", -1ª ed-Librería Histórica, 2006, pág. 53(18) Ley 13.951 Art. 1º segundo párrafo.(19) Manual de Derecho Civil (Obligaciones) Jorge Joaquín Llambías; Raffo Benegas – Sassot, Sexta Edición Actualizada Editorial Perrot, pág. 443.(20) El Decreto Reglamentario 2530/2010, al reglamentar el artículo 1º de la Ley 13.951, lo expresa con mayor claridad: "...La Mediación será de aplicación en los conflictos cuyo objeto sea materia disponible por los particulares".(21) Arts. 1167 y 953 Código Civil.(22) Ley 20.744 Art. 15: "Los acuerdos transaccionales, conciliatorios o liberatorios, sólo serán válidos, cuando se realicen con intervención de la autoridad judicial o administrativa, y mediar resolución fundada de cualquiera de éstas que acredite que mediante tales actos se ha alcanzado una justa composición de los derechos e intereses de las partes"(23) Art. 308 C.P.C.C. Provincia de Buenos Aires y Art. 308 C.P.C.C. Nacional.(24) Art. 308 C.P.C.C. Provincia de Buenos

Aires.(25) PALACIO, Derecho Procesal civil (ed.1994), t. V, p. 555, citado en pág 632 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Concordado con los Códigos Provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Elena I. Highton-Beatriz A. Arean. Hammurabi Jorge Luis Depalma Editor. Ed. 2006.(26) CNCiv, Sala E, 19/10/92, JA, 1994-I-682, citado en pág 632 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Concordado con los Códigos Provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Elena I. Highton- Beatriz A. Arean. Hammurabi Jorge Luis Depalma Editor, Ed. 2006.(27) CNCiv, Sala F, 21/5/96, La Ley, 1997-A-18; DJ, 1997-1-383, citado en pág 632 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Concordado con los Códigos Provinciales. Analisis doctrinal y jurisprudencial. Elena I. Highton- Beatriz A. Arean. Hammurabi Jorge Luis Depalma Editor. Ed. 2006.(28) Sabsay, Daniel Alberto, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Constitucional Parte Dogmática Tomo I La Ley Volumen 1, Ed. 2010, pág. 39.(29) Sabsay, Daniel Alberto, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Constitucional Parte Dogmática Tomo I La Ley Volumen 1, Ed. 2010, pág. 275.(30) CS, Bahamondez, Marcelo 06/04/1993 – Fallos: 316:479 – La Ley Online, AR/JUR/1624/1993.(31) Del voto en disidencia de los doctores Bellucio y Petracchi CS, Bahamondez, Marcelo 06/04/1993 – Fallos: 316:479 – La Ley Online, AR/JUR/1624/1993.(32) Del voto del Doctor Petracchi CS Bazterrica, 29/08/1996 – Fallos: 308:1392 –LA LEY 1986-D, 550(33) Sabsay, Daniel Alberto, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Constitucional Parte Dogmática Tomo I La Ley Volumen 1, Ed. 2010, pág. 261.(34) CS, Cuello, Patricia D c. Lucena, Pedro A., 07/08/2007-Fallos: 330:3483- LA LEY, 2007-E, 402 – La Ley Online, AR/JUR/3513/2007.(35) Art. 16 in fine Ley 13.951: “...La asistencia letrada será Obligatoria.”(36) Art. 960 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborado por la Comisión Redactora presidida por los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, con las modificaciones introducidas por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

**Por Fontana, Claudia Edith para La Ley**