

Temas:

- Conflicto: Ejercicio de percepción. Conceptualización, causas, fases.
Forma en que se presenta el conflicto: metáfora del iceberg.
Comportamientos de las personas frente al conflicto.
- Teoría de la Comunicación Humana. Marco teórico. Axiomas.
Resolución Alternativa de Disputas: su historia. Decreto.
Cambio de paradigma o complemento?
Corte Suprema de Justicia de la Nación. Acordada 37/2007 de creación de la Comisión de Acceso a Justicia. Mapa de Acceso a la Justicia.-
Sustento jurídico en nuestro derecho: Principio de Autonomía de la voluntad.
Clasificación de los Métodos de Abordaje de Conflictos.
Grado de participación de la autonomía de la voluntad en los distintos métodos.
Principio del consentimiento informado.
- Negociación colaborativa: explicación general del método y sus etapas.
Separar la persona del problema. Comunicación. Generación de clima o atmósfera.
Herramientas de la comunicación: escucha activa, parafraseo, concepto, función.
Concentrarse en los intereses y no en las posiciones: Concepto de intereses. Tipo de intereses. Pirámide de Maslow. Preguntas. Tipos de preguntas.
Pregunta del replanteo. Función.
- Sigue Negociación Colaborativa
Casos Prácticos para detectar posición e intereses.
Generar opciones de mutuo beneficio: Métodos de generación de opciones.
Aplicar criterios objetivos: Concepto. Criterios Subjetivos. Opciones, propuestas y alternativas. Mejor alternativa a un acuerdo negociado (MAAN) concepto y función en la negociación.
- Mediación: Concepto. Características. Etapas del proceso.
Rol del abogado. Entrevistas. Rol del abogado en la mediación: Antes, durante y después de la mediación.
- Ley de Mediación Prejudicial Civil y Comercial.
Espacios de Mediación donde pueden recurrir o desde donde pueden ser citados: mediación comunitaria, conciliación en temas de derecho del consumidor, mediación penal en el ámbito de la Justicia de la Ciudad de Buenos Aires. Conciliación.
Concepto. Tipos de conciliación. Arbitraje. Concepto. Tipos de arbitraje. Laudo arbitral.
Síntesis de los temas vistos en clase.

CONFLICTO

Se trata de un proceso complejo de interacción predominante antagónica entre dos o más personas producido por un choque de percepciones. Hablamos de una película más no una foto, dado que tenemos etapas.

Dicho proceso reconoce las siguientes etapas o fases:

- Latente: hay indicios de la existencia de un conflicto.
- Manifiesto: hay un hecho que expresa o expone el conflicto.
- Escalado: sube la intensidad en un conflicto ya existente.

Es complejo dado que reconoce diversas causas, siempre siendo multicausal:

- Bienes: son cosas susceptibles de apreciación pecuniaria tales como la casa, el dinero o los muebles. Es decir, son bienes que representan un valor material.
- Principios y valores: hablamos de elementos no materiales ya, sino de cuestiones morales o religiosas, son ejemplos la buena costumbre, lealtad o confianza. Son las creencias de un grupo de personas que rigen sus conductas.
- Territorio: en sentido literal y psicológico, hablamos del espacio físico y personal. Espacio físico será el cuarto de una persona, su lugar de oficina, mientras que espacio personal serían los domingos en familia, los jueves de fútbol.
- Relaciones: hablamos de todo tipo de vínculos, tal como pareja, familia, madre, padre. Es una fuente muy importante de conflictos.
- Comunicación viciada: son malentendidos, donde el conflicto es aparente y es posible resolverlo a través de la información.

METÁFORA DEL ICEBERG

La misma nos ayuda a comprender que un conflicto visible -la punta del iceberg- solo representa una pequeña parte de lo que está ocurriendo. La mayor parte del conflicto, con sus causas reales, se encuentra oculta bajo la superficie.

Por eso se dice que el 10% representa las posiciones. Esto es lo que las partes dicen que quieren, de manera visible y ruidosa.

Mientras que el 90% representa los intereses. Estos son los aspectos que motivan la posición, que funcionan como un resorte.

COMPORTAMIENTOS FRENTE A UN CONFLICTO

- Evasión: se hace de cuenta que el conflicto no existe. No contesta o huye del mismo, lo ignora.
- Competir: simplemente se quiere ganar. A la persona solo le importan sus propios intereses.
- Colaboración: se trata de resolver el conflicto pensando tanto en los intereses propios como en los de la otra parte. Se trata de satisfacer ambos intereses.
- Conceder: se cede al interés del otro, más no es colaborativo. Se corta el lazo con los intereses propios, sólo importando los intereses de la otra parte.

COMUNICACIÓN

La importancia de la comunicación es la eficacia que tiene en cualquier interacción humana.

La negociación, mediación, conciliación y audiencias se refieren a intervenciones meramente comunicacionales, y están insertas en un marco teórico que en principio es lo que se conoce como “la teoría de los sistemas”.

TEORÍA DE LOS SISTEMAS

Radica en la importancia de conocer el sistema de relaciones que vinculan a las personas que integran el sistema que estamos analizando y su contexto. Por ejemplo, si analizamos una familia o una empresa.

TERAPIA SISTÉMICA

Es el análisis aislado de los miembros de la familia, lo que nos permite conocer los vínculos y las relaciones que existen en ese sistema.

Esto lo que hace es complejizar un poco el análisis de estas cuestiones.

TEORÍA DE LA COMUNICACIÓN HUMANA

Desarrollado durante los años 60, establece pautas sencillas que nos sirven para poder abordar los conflictos.

Estos indican que la comunicación posee determinadas propiedades de naturaleza evidente que se denominan “axiomas”, de los cuales derivan consecuencias importantes para el análisis de toda interacción humana.

- **AXIOMA 1. Es imposible no comunicarse.**

No hay nada que sea contrario a la conducta. Es imposible no comportarse ya que toda conducta tiene un valor de mensaje, por más que uno lo intente, no se puede dejar de comunicar. Actividad o inactividad, palabras o silencio, tienen siempre valor de mensaje ya que tienen influencia sobre los demás quienes, a su vez, no pueden dejar de responder a tales comunicaciones y, por lo tanto, también se comunican. La inacción existe, pero siempre comunica algo.

Todo comunica algo. La persona puede defenderse de la comunicación del otro mediante la descalificación, de modo tal que su propia comunicación, o la del otro, queden invalidadas.

Ejemplo: una persona que permanece en el tren sentado en su asiento con los ojos cerrados comunica un mensaje de que no quiere hablar con nadie.

- **AXIOMA 2. Toda comunicación tiene un nivel de contenido (que) y un nivel relacional (¿como? ¿a quien?).**

El contenido se refiere a un contenido (lo que decimos) y a una relación (a quién y cómo se lo decimos) a través de la comunicación. Todos podemos expresar nuestra forma de ser y la visión de la relación con la otra persona.

La comunicación no solo transmite información, sino que al mismo tiempo impone una conducta o un comportamiento.

Ejemplo: una persona le grita a otra, con una pistola en la mano, te voy a matar.

- **AXIOMA 3. La naturaleza de una relación depende de la forma de PUNTUAR o PAUTAR las secuencias de comunicación que cada participante establece.**

La falta de acuerdo respecto a la manera de puntuar una secuencia de hechos es la causa de incontables conflictos en las relaciones. Estos casos van a constituir círculos viciosos que no se pueden romper a menos que la comunicación misma se convierta en el tema de comunicación, pero para ello se deben colocar fuera del círculo.

Se observa en estos casos de puntuación discrepante un conflicto acerca de cuál es la causa y cuál es el efecto, cuando en realidad ninguno de estos conceptos resulta aplicable debido a la circularidad de la interacción.

Ejemplo: una pareja tiene un problema, el esposo se muestra pasivo y retraído, mientras que la mujer le realiza críticas constantes. Lo que realmente sucede es que ella actúa así debido a la pasividad de su esposo, y su esposo se muestra pasivo porque se retrae en defensa de las críticas. “Me retraigo porque me criticas, “te critico porque te retraes”.

- **AXIOMA 4. Las personas utilizan tanto la comunicación digital (verbal o escrita) como la analógica (no verbal o paraverbal).**

La comunicación digital es aquella relacionada con el lenguaje verbal o escrito, y será el vehículo del contenido de la comunicación. La analogía vendrá determinada por la conducta o lenguaje no verbal (el tono de voz, los gestos) y será el vehículo de la relación.

En la comunicación patológica observamos incongruencias entre lo digital y lo analógico. Una persona puede estar diciendo “no estoy enfadado” y, sin embargo, su tono de voz, expresión facial y gestos expresan agresividad.

Ejemplo: el hecho de traer un regalo constituye una comunicación analógica, pero según la visión que tenga su relación con el dolor, el receptor puede entender como una demostración de afecto, soborno o restitución.

- **AXIOMA 5. Todos los intercambios comunicacionales son simétricos o complementarios según estén basados en la igualdad o la diferencia.**

En el caso complementario, la conducta de uno de los participantes complementa la del otro. En el simétrico, los participantes tienden a igualar, especialmente su conducta recíproca.

En una relación complementaria hay dos posiciones distintas. Un participante ocupa la posición superior o primaria mientras que otro la posición inferior o secundaria. En la relación simétrica no existen dos posiciones, dado que están basados en la igualdad.

Los conceptos de complementariedad y simetría se refieren a dos categorías básicas en las que se puede dividir a todos los intercambios comunicacionales.

Simetría sería la relación de dos compañeros de trabajo y complementaria es la relación entre el empleador y los empleados. La profesora es complementaria a la relación para el estudiante en la facultad, pero en el subte si ella actuara como rol complementario, sería patológico.

Ejemplo: relación madre e hijo complementaria, simétrica entre hermanos.

Los axiomas sirven para ayudar a las personas a salir de sus conflictos y encontrar la causa de ellos. Hay que detectar intereses, porque las posiciones no sirven para resolver conflictos, son rígidas.

MÉTODOS ALTERNATIVOS

Tienen dos principios donde se asientan y le dan sustento:

- **Autonomía de la voluntad:** cada uno de nosotros puede elegir su plan de vida y el resto de los individuos incluido el Estado debe respetar y generar espacio para que yo pueda llevar adelante ese plan de vida, salvo que perjudique los derechos de terceros, la moral y el orden público.
- **Consentimiento informado:** antes de tomar una decisión, debo saber cuales son las opciones que tengo para resolver el conflicto, los efectos de cada elección y el proceso. La persona debe haber expresado su voluntad de participar en un proceso después de haber comprendido toda la información que se le ha dado de los objetivos, características, formas de participación, efectos, inversión de dinero, inversión emocional, entre otros.

Cómo clasificación tenemos:

- **Adversariales:** uno gana, el otro pierde. Son ejemplos el juicio o arbitraje.
- **No adversariales:** lógica ganar-ganar. Se pretende que ambas personas puedan ganar algo, que sean resultados mutuamente satisfactorios.

En específico dentro de los no adversariales tenemos:

- **Negociación colaborativa:** dos o más partes se relacionan de manera directa para resolver un conflicto. 100% de autonomía de la voluntad.
- **Mediación:** hay intervención de un tercero imparcial que ayuda a las partes a gestionar sus intereses. 80% de autonomía de la voluntad.
- **Conciliación:** también hay intervención de un tercero imparcial y una negociación, la diferencia con el mediador es que el conciliador puede bajar fórmulas y acuerdos.

Son ejemplos la conciliación de consumo, laboral y judicial. 60% de autonomía de la voluntad.

La mediación es voluntaria, lo obligatorio es la instancia. Es voluntario el negociar o no negociar.

NEGOCIACIÓN COLABORATIVA

La actitud colaborativa lo que intenta es satisfacer los intereses propios, pero también los de la otra parte. Se trata de un método no adversarial donde impera la lógica ganar-ganar, sin intervención de terceros, donde las partes de manera directa gestionan sus conflictos y tratan de satisfacer de manera mutua sus intereses.

Se trata de un método inductivo que se creó a partir de analizar montones de negociaciones, de tipo internacional sobre todo. Es sobre ese análisis que concluyeron y crearon una serie de pasos que deben darse para hablar en una negociación colaborativa.

Cuatro etapas, que se van acumulando:

- **Separar la persona del problema.**

Se trata de evitar juzgar a la persona con la que estoy negociando. No voy a juzgar sus opiniones o pedidos cuando estamos negociando.

Para esto debo escucharlo, de esta manera comprendo y empático.

Vamos a crear un ambiente de confianza mediante dos herramientas:

- 1) Parafraseo: implica transcribir en segunda persona lo que me dijo la otra persona, o sea confirmar lo que escuche repitiéndolo. Cumple como tal una doble función: para el que habla, lo legitima toda vez que se demuestra que ha sido escuchado; y para el que escucha, le permite corroborar si ha escuchado bien, dándole la oportunidad al otro de que rectifique cierta información.
- 2) Escucha activa: implica no solo oír, sino también observar el lenguaje no verbal para entender el punto de vista de la otra parte. Debo atender tanto al que me dicen (el contenido) y también al cómo me lo dicen, y cómo lo digo (la relación).

- **Concentrarse en los intereses y no en las posiciones.**

Los conflictos se presentan como un iceberg, solo se manifiesta un 10% de lo que realmente acontece, denominado posición. Concentrarnos en los intereses implica ver ese 90% restante del iceberg.

- 1) Posición: es lo que nosotros decimos o lo que el otro dice que quiere. Son cosas concretas tales como dinero, muebles, plazos. Son del orden de lo explícito, concreto y son de naturaleza antagónica.

De orden antagónico implica: *no quiero regar - no quiero que riegues / quiero un aumento - no quiero darte un aumento.*

- 2) Intereses: son las motivaciones intangibles que me llevan a asumir una determinada posición, es decir que son los resortes silenciosos que impulsan a la posición. No siempre son del orden económico, pero sí nos importa obtener o satisfacer frente a determinados conflictos o negociaciones. Puede ser de reconocimiento incluso.

Es lo que las partes realmente quieren, lo que lleva a las partes a tomar determinada posición.

Cómo clasificación tenemos:

- (a) Opuestos: no es posible cumplirlos a la vez, dado que la satisfacción de uno produce la insatisfacción del otro. Hay uno que gana y uno que pierde. *Ejemplo: el vecino quiere escuchar música pero yo no.*
- (b) Comunes: son aquellos intereses cuya satisfacción es buscada por ambas partes. *Ejemplo: mantener el vínculo empresa-proveedor, o mantener a los hijos en una negociación de alimentos.*
- (c) Diferentes: son aquellos cuya satisfacción simultánea desde el punto de vista de la lógica es posible. Si bien no son compartidos, dado que no son comunes, no se excluyen mutuamente. Se pueden satisfacer uno y el otro.

El negociador colaborativo potencia los comunes, dado que una negociación exitosa es la que satisface ambos intereses. Mismo caso para los diferentes.

Para explorar los intereses debemos realizar preguntas, más para entender, no para juzgar. Se usan para que el otro pueda clarificar sus intereses y obtener información.

Tipos de preguntas:

- (a) Abiertas: comienzan con un pronombre interrogativo. ¿Cómo? ¿Cuándo? ¿Quién? Son del estilo que se preguntan en las testimoniales, buscando información.
- (b) Cerradas: se contestan por sí o por no. Buscan ratificar determinados datos. Una confesional.
- (c) Circulares: se utilizan para provocar un desplazamiento cuando la persona está muy centrada en sus propios intereses y no puede ver los intereses del otro. Propone que se relacionan dos elementos e invita al receptor a trasladarse con la imaginación hacia terceras personas, hacia la relación o hacia otro tiempo.

Hacia la persona: ¿Qué piensa usted que opinarán los abuelos del niño?

Hacia la relación: ¿Recuerda cómo nos manejábamos antes que ocurriera este inconveniente?

Hacia otro tiempo: ¿Cómo cree usted que podríamos manejar desde ahora nuestra relación laboral?

Ahora, precisamos hacer uso de la pregunta del replanteo. Lo que replantea es el conflicto, desde el punto de vista de los intereses.

Se trata de una pregunta técnica que se construye como una pregunta abierta, donde se incluyen los intereses de ambas partes.

Ejemplo: ¿Cómo podemos hacer para que vos señora de arriba puedas cuidar tus plantas, sentirse acompañada, tomar tus decisiones en su propiedad y para que yo pueda disfrutar de mis nietos y mantener limpia mi propiedad?

- **Generar opciones de mutuo beneficio.**

Por opciones entendemos que son posibles formas de satisfacer los intereses en juego. Son los distintos caminos para solucionar un problema.

Esta etapa es la más creativa de la negociación, requiriendo cantidad y no calidad. Se manifiesta a través del brainstorming o tormenta de ideas, la cual debe ser de una forma que satisfaga los intereses en juego de ambas partes, por eso se le denomina mutuo beneficio.

Que requiera cantidad y no calidad no implica que no vayamos a ver la calidad de las ideas, sino que no es la etapa para esta acción todavía. Se trata de ampliar el campo de negociación.

- **Utilizar filtros objetivos.**

Una vez que tenemos las opciones, debo elegir las mismas a través de los filtros objetivos o estándares objetivos.

Estas son ajenas a la voluntad de las partes, no depende de lo que uno quiera sino que son cuestiones ajenas a las partes. Cumple la función de determinar si la opción es viable.

Son filtros objetivos la ley, jurisprudencia, doctrina, costos, el precio de mercado, entre otros. Una vez que las opciones pasan por este filtro objetivo, las que son viables pasan a convertirse en propuestas.

Es en este punto que empieza a jugar un papel fundamental el **MAAN** -filtro subjetivo- siglas de mejor alternativa al acuerdo negociado. Yo antes de empezar

cualquier negociación tengo que tener en claro si tengo alternativas. Es el acuerdo que se sigue si no se llega al acuerdo principal.

Recapitulando: opción, propuesta y alternativa, se trata de tres conceptos completamente diferentes. Las dos primeras están dentro de la negociación, mientras que la última está por fuera.

Las alternativas son posibles caminos a tomar si no hay acuerdo en la negociación. Una opción sería ir a juicio por ejemplo, más la mejor alternativa sería el MAAN.

El MAAN no es estático, sino que tiene que ver con las circunstancias personales de quien está negociando aquí y ahora. *Ejemplo: estamos frente a una indemnización con nuestro cliente, nos sentamos e hicimos el análisis previo, se recorren los intereses del cliente, se aplican los filtros objetivos. Debemos ahora preguntar, para el MAAN, si tiene tiempo, si tiene ganas emocionalmente, si puede pagar la tasa o el perito, si tiene suficiente prueba para avanzar en un juicio.* Todas estas son circunstancias personales, no hay dos clientes iguales.

De esta manera, comparamos el MAAN con la propuesta, siguiendo esta fórmula:

- (a) Si la propuesta es igual o está por encima del MAAN, debo aceptar.
- (b) Si la propuesta está por debajo del MAAN, utilizó este o sea la mejor alternativa, o lo utilizó para negociar.

Cabe destacar que una cosa es una alternativa, y otra es la mejor alternativa que sería el MAAN.

Si el MAAN es mejor que la propuesta, hay posibilidad de volver pasos atrás, generar mayores opciones, para obtener mejores propuestas y compararlas con el MAAN que tenemos.

Una negociación colaborativa exitosa es aquella que satisface todos los intereses comunes, la mayor cantidad de intereses diferentes, y realiza una transacción sobre los intereses opuestos.

MEDIACIÓN

Se trata de uno de los métodos alternativos no adversariales, donde las partes gestionan sus intereses mediante un tercero neutral, denominado mediador, que facilita la comunicación entre ellas. Este tercero será el director del proceso, conduciendo a las partes.

Podemos ver dos definiciones:

- (1) Se trata de un procedimiento no adversarial en el cual un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable. Hace foco en el resultado.

- (2) Se trata de un procedimiento en el que un tercero neutral, a solicitud de las partes, los asiste en el proceso de una negociación colaborativa, guiándolos. Hace foco en el proceso.

Esta distinción la podemos hacer dado que uno puede trabajar en una mediación para llegar a un resultado -lo cual no está mal- o bien ayudar a las partes a que puedan transcurrir determinados caminos para llegar a un acuerdo.

El abordaje -justamente por esto se llama así la materia- deja libre la posibilidad de la solución o no, más apunta más al proceso que al resultado.

Características:

- **Voluntariedad:** prima la autonomía de la voluntad, la libertad de las partes para adoptar decisiones dentro del proceso. Es voluntario negociar.
- **Confidencialidad:** se promueve el clima de confianza necesario para que las partes puedan hablar.
- **Autocomposición:** hay protagonismo completo de las partes, por ende mayor grado de satisfacción de los acuerdos. Nunca el mediador toma la decisión.
- **Neutralidad/composición:** el mediador es neutral, nunca puede ponerse del lado de ninguna de las partes ni tomar decisiones.
- **Pone el acento en el futuro:** respecto a cómo se sigue de ahí en adelante. No se ubica en el pasado, sino que nos preguntamos ¿qué hacemos de ahora en más? Muy diferente al caso de un juicio, donde el juez trabaja sobre el pasado. Esto no significa que se tenga que desatender de lo que las partes cuentan sobre su pasado.
- **Informal:** más tiene una estructura que se respeta.

Ventajas:

- **Rapidez:** en cuanto a los plazos y tiempos, comparados con un proceso judicial.
- **Economía:** tanto emocional, presupuestaria y temporal.
- **Preservación de la relación de las partes:** más cuando estamos ante casos de familia o laborales.
- **Obtención de acuerdos más creativos:** dado que se utiliza un lenguaje más llano. Los acuerdos pueden realmente recoger los intereses de las partes.
- **Lenguaje claro y sencillo:** siendo más accesible a las personas.
- **Flexibilidad:** por la informalidad del proceso.

En la mediación rige el **principio de preclusión** según el cual, una vez agotada la etapa de un proceso, no se puede volver a sustanciar o realizar actuaciones que ya debieron haberse efectuado en dicha etapa. Es decir, las partes pierden la posibilidad de ejercer una facultad procesal si no lo hacen en el momento y formas establecidos por la ley. *Ejemplo: se vence el plazo para contestar la demanda.*

ETAPAS DE LA MEDIACIÓN

Si bien es informal, la misma tiene una estructura.

- 1) **Discurso inicial:** si hablamos de una mediación presencial, el espacio físico adecuado será un lugar luminoso, con confidencialidad tanto visual como auditiva, paredes blancas sin cuadros colgados que representen alguna connotación política o religiosa, ni fotos personales del mediador.

Lo ideal sería una mesa redonda, dado que no representa jerarquía entre las partes. El mediador suele estar en la misma mesa que las partes, no separado, dado que de esta manera no demuestra superioridad. Si tomamos como ejemplo a los profesores, los mismos demuestran superioridad dado que no solo se encuentran al frente, sino también sobre una tarima.

Se da inicio a la sesión mediante el discurso inicial. En el mismo el mediador primeramente se presenta, establece las pautas de comportamiento tales como el respetarse, escucharse, no interrumpirse, se presentan las partes, les pregunta si alguna vez asistieron en una mediación, y en general les explica de qué trata la mediación, les dice que es voluntario, confidencial, y que ellas pueden elegir continuar o no. Además les deja en claro que los protagonistas son ellos, estableciendo que el rol suyo es el de ayudarlos a comunicarse para que intenten llegar a un acuerdo. A lo último, pregunta y confirma con las partes si entendieron el encuadre de trabajo, es decir toma el consentimiento de las partes.

- 2) **Relato de las partes:** le solicita a las partes la razón por la cual vinieron a mediación, es decir, va a ver la posición de las mismas. La posición es lo que las partes dicen que quieren, siendo la misma explícita, ruidosa y antagónica.
- 3) **Exploración de intereses:** es la etapa necesaria, dado que si el mediador se queda en la posición difícilmente llegue a buen puerto. En este punto el mediador utiliza tanto las preguntas abiertas, como circulares y cerradas. ¿Por qué? ¿para que?

Con esto el mediador va a ir desmenuzando y saber que es en verdad lo que lo motiva, y ver sus intereses y necesidades.

Si ya posee los intereses, el mediador va a hacer la pregunta del replanteo, que tiene como efecto replantear el conflicto a partir de los intereses. Esto se lo devuelve a las partes. Es quizás una de las mayores diferencias con la negociación colaborativa, dado que en esta última la pregunta del replanteo la hacen las partes, en cambio en la mediación la hace el mediador.

- 4) **Generación de opciones de mutuo beneficio:** en este punto, donde ya tenemos los intereses, se utiliza la herramienta de tormenta de ideas, realizadas por las partes, basándose en la cantidad más no en la calidad. Recordemos que las opciones son posibles soluciones al conflicto para satisfacer los intereses.

Son posibles dado que, primero, deben pasar por el filtro objetivo. En este caso el filtro objetivo es aplicado por el abogado, no por el mediador. El mediador podrá indicarle al abogado, ¿doctor, según usted es viable esta opción?

Si pasa el filtro objetivo, pasa a denominarse propuesta.

- 5) **Aplicación del filtro subjetivo:** el abogado, habiendo ya previsto el MAAN, deberá compararlo con la propuesta. Es la etapa decisoria.

Si la propuesta es igual o mejor que el MAAN, se cierra el acuerdo. Si la propuesta es peor que el MAAN, vuelvo a generar opciones de mutuo beneficio.

ROL DEL ABOGADO EN LA MEDIACIÓN

- Antes del proceso

Sucede la entrevista en el estudio para iniciar algún caso, o también puede ir alguien que fue citado a una mediación.

La primera herramienta como tal será la escucha activa, todo lo referente a esto es lo que venimos viendo desde que hablamos de negociación colaborativa. Se utilizará también el parafraseo. Y sumado a todo esto, las preguntas, en general vamos a utilizar más las abiertas que las cerradas, a efectos de tener más información que yo necesito, direccionando a los temas que me den relevancia jurídica pero también direccionando los intereses que tiene la parte.

Muchas veces viene el conflicto latente -cuando hay indicios de que hay un conflicto- y a veces, el escalonado -donde el conflicto ya es existente-. Estos nos va a dar las pautas de qué medidas tomar, por ejemplo medidas cautelares para evitar la violencia. Puede suceder también que los clientes asistan de forma preventiva, por ejemplo en el caso de tenencia de hijos compartida en épocas de vacaciones.

Con la parte a su vez voy a trabajar el MAAN, viendo sus intereses, alternativas y, especialmente, mis honorarios. Se trabaja con todas las herramientas aprendidas. A su vez el abogado deberá dar el encuadre jurídico.

- Durante el proceso

El profesional debe dejar actuar al mediador dado que lo reconoce como director del proceso. Se espera que sea el mediador el que conceda la palabra en momentos donde la participación sea necesaria, sea porque se necesita un asesoramiento jurídico, parámetro legal o jurisprudencial.

El mediador solicita a las partes que relatan los hechos, explora los intereses con las preguntas, hace la pregunta del replanteo y le pide a las partes que generen

opciones de mutuo beneficio. Es en esta parte que, cuando las opciones están sobre la mesa, aparece la función del abogado al aplicar a esas opciones el filtro objetivo.

Es en esta aplicación de criterios objetivos que el abogado menciona la jurisprudencia, doctrina o ley, dado que los mediadores no pueden aplicar criterios objetivos independientemente de que sean abogados.

Si hay acuerdo, el mismo contendrá términos sencillos para que las partes puedan entenderlo. El abogado deberá estar atento a ciertas cláusulas, cuando se va a pagar, como, si existe mora automática, entre otros.

- **Después del proceso**

Se colabora con el mediador para la redacción del acuerdo, monitorea los compromisos y aconseja la vuelta de la mediación si alguna situación impide o entorpece el cumplimiento del convenio.

Se insta al cliente a fijar audiencias evaluativas o de seguimiento si fueran útiles o necesarias de acuerdo con la materia de conflicto.

Si se cierra sin acuerdo, se puede iniciar la demanda -o no, dado que no tenemos suficientes pruebas-.

Si hay acuerdo, según la ley de mediación solo se homologan aquellos acuerdos donde hay personas menores e incapaces. Los provisorios no se homologan hasta tanto no haya un acuerdo definitivo, dado que si es de prueba, volveríamos a una segunda audiencia al mes y ahí se hace el acuerdo definitivo.

Si no se cumple el acuerdo, se inicia el juicio de ejecución de sentencia si es homologado.

LEY DE MEDIACIÓN

La misma se aplica en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no aplica para las provincias, sino que las invita a tomar el procedimiento.

ARTICULO 1º — Objeto. Se establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia.

Cabe destacar que lo obligatorio como tal es la instancia, lo voluntario es negociar por el principio de autonomía de las partes.

Recordemos que teníamos dos definiciones de la mediación: una estaba dirigida más al proceso y otra al resultado. En el artículo al ver la frase “para la solución” va más orientado al resultado.

ARTICULO 2º — Requisito de admisión de la demanda. Al promoverse demanda judicial deberá acompañarse acta expedida y firmada por el mediador interviniente.

La instancia de mediación es obligatoria para que se admita la demanda. Hay dos partes: el requirente -será la parte actora- y el requerido.

ARTICULO 4º — Controversias comprendidas dentro del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. Quedan comprendidas dentro del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria todo tipo de controversias, excepto las previstas en el artículo 5º de la presente ley.

Este es el principio general, donde todas las controversias quedarían abarcadas. Las excepciones las vamos a ver en el artículo siguiente.

ARTICULO 5º — Controversias excluidas del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria no será aplicable en los siguientes casos:

a) Acciones penales;

b) Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador;

Estas se relacionan con el artículo 31, el cual habla de la mediación familiar. Cabe destacar que los términos están desactualizados: patria potestad es “responsabilidad parental”.

El artículo 31 canaliza la controversia, la misma establece que la mediación familiar comprende controversias tanto patrimoniales como extrapatrimoniales que se originen en la relación de familia o involucren intereses de sus miembros o se relacionen con la subsistencia del vínculo matrimonial, exceptuando las excepciones que recién vimos.

En sí comprende:

- a) alimentos entre cónyuges o derivados del parentesco;
- b) tenencia de menores, ahora denominado cuidado personal;
- c) régimen de visitas de menores o incapaces, ahora denominado régimen de comunicación;
- d) administración y enajenación de bienes sin divorcio;
- e) separación personal o separación de bienes sin divorcio;
- f) cuestiones patrimoniales derivadas del divorcio, separación de bienes y nulidad de matrimonio;
- g) daños y perjuicios derivados de las relaciones de familia.

c) Causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte, salvo en el caso que medie autorización expresa y no se trate de ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 841 del Código Civil;

- d) Procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de rehabilitación;
- e) Amparos, hábeas corpus, hábeas data e interdictos;
- f) Medidas cautelares;
- g) Diligencias preliminares y prueba anticipada;
- h) Juicios sucesorios;
- i) Concursos preventivos y quiebras;
- j) Convocatoria a asamblea de copropietarios prevista por el artículo 10 de la ley 13.512;
- k) Conflictos de competencia de la justicia del trabajo;
- l) Procesos voluntarios.

ARTICULO 6° — Aplicación optativa del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. En los casos de ejecución y desalojos el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria será optativo para el reclamante sin que el requerido pueda cuestionar la vía.

A los casos de ejecución y desalojos se le agrega recientemente las cuestiones relativas a las obras sociales como optativas al procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.

Cabe destacar que sería optativa para el reclamante, el requerido no tiene dicha facultad.

ARTICULO 7° — Principios que rigen el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria se ajustará a los siguientes principios:

El mediador deberá trasladarlo a las partes en el discurso de apertura.

a) Imparcialidad del mediador en relación a los intereses de las partes intervinientes en el proceso de mediación prejudicial obligatoria;

Relacionado con el principio de neutralidad.

b) Libertad y voluntariedad de las partes en conflicto para participar en la mediación;

Relacionado con el principio de voluntariedad y autocomposición.

c) Igualdad de las partes en el procedimiento de mediación;

d) Consideración especial de los intereses de los menores, personas con discapacidad y personas mayores dependientes;

La homologación en estos casos será obligatoria.

e) Confidencialidad respecto de la información divulgada por las partes, sus asesores o los terceros citados durante el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria;

Relacionado con el principio de confidencialidad. Esto es así para que las partes puedan generar un clima de confianza, no habiendo riesgo de que lo que se diga sea usado en contra de alguien.

f) Promoción de la comunicación directa entre las partes en miras a la búsqueda creativa y cooperativa de la solución del conflicto;

Relacionado con el principio de autocomposición en tanto los acuerdos son más creativos.

g) Celeridad del procedimiento en función del avance de las negociaciones y cumplimiento del término fijado, si se hubiere establecido;

h) Conformidad expresa de las partes para que personas ajenas presencien el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.

En la primera audiencia el mediador deberá informar a las partes sobre los principios que rigen el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.

ARTICULO 8º — Alcances de la confidencialidad. La confidencialidad incluye el contenido de los papeles y/o cualquier otro material de trabajo que las partes hayan confeccionado o evalúen a los fines de la mediación.

La confidencialidad no requiere acuerdo expreso de las partes.

La confidencialidad es implícita, no expresa. Más es obligación del mediador aclararlo. Todo lo dicho no deberá ser reproducido y los documentos no podrán ser relevados.

De hecho, los papeles se rompen al final de la mediación.

El siguiente artículo da las excepciones, de manera restrictiva, de la confidencialidad.

ARTICULO 9º — Cese de la confidencialidad. La obligación de la confidencialidad cesa en los siguientes casos:

a) Por dispensa expresa de todas las partes que intervinieron;

b) Para evitar la comisión de un delito o, si éste se está cometiendo, impedir que continúe cometiéndose.

A los fines de dicha amenaza.

El cese de la confidencialidad debe ser interpretado con carácter restrictivo y los supuestos de excepción surgir de manera evidente.

ARTICULO 16. — Designación del mediador. La designación del mediador podrá efectuarse:

a) Por acuerdo de partes, cuando las partes eligen al mediador por convenio escrito;

Eligen al mediador por convenio escrito.

b) Por sorteo, cuando el reclamante formalice el requerimiento ante la mesa de entradas del fuero ante el cual correspondería promover la demanda y con los requisitos que establezca la autoridad judicial. La mesa de entradas sorteará al mediador que intervendrá en el reclamo y asignará el juzgado que eventualmente entenderá en la causa. El presentante entregará al mediador sorteado el formulario debidamente intervenido por la mesa de entradas del fuero en el término de cinco (5) días hábiles;

El reclamante formaliza el requerimiento ante la mesa de entradas del fuero correspondiente. Ahí se sortea el mediador pero además también se va a asignar el juzgado que nos tocaría si esa mediación no es exitosa. Es importante conocer el juzgado que nos toca, dado que ahí vamos a ir con el MAAN preparado, y si sabemos que el juzgado no acepta determinadas cuestiones, estaríamos preparados para arreglar antes. Por otro lado, si sabes que el juzgado suele fallar en un sentido y justo ese sentido es favorable hacia vos, es posible utilizarlo en la etapa de negociación.

c) Por propuesta del requirente al requerido, a los efectos de que éste seleccione un mediador de un listado cuyo contenido y demás recaudos deberán ser establecidos por vía reglamentaria;

Solo el requirente tiene esta facultad. El requirente le propone un mediador al requerido, y además adjunta un listado de tres mediadores más para que la otra parte pueda elegir también. Si son varias las partes requeridas, se deben poner de acuerdo.

Deberán contestar en 5 días, y si no se contesta se quedan con el mediador elegido por el requirente.

d) Durante la tramitación del proceso, por única vez, el juez actuante podrá en un proceso judicial derivar el expediente al procedimiento de mediación. Esta mediación se cumplirá ante mediadores inscriptos en el Registro Nacional de Mediación, y su designación se efectuará por sorteo, salvo acuerdo de partes respecto a la persona del mediador.

Es lo que se conoce como derivación judicial, donde el juez durante la tramitación del proceso por única vez, podrá disponer un procedimiento de mediación. Esto lo puede hacer hasta la etapa de elevación de autos a sentencia, no después dado que ya dicta sentencia.

Es por sorteo, salvo que las partes se pongan de acuerdo en elegir a un mediador.

ARTICULO 24. — Notificación de la audiencia. El mediador deberá notificar la audiencia por un medio fehaciente o personalmente. La notificación deberá ser recibida por las partes con una anticipación no menor a tres (3) días hábiles. La notificación por cédula sólo procede en las mediaciones previstas en el artículo 16 inciso b) de la presente ley. Si el requerido se

domiciliase en extraña jurisdicción, la diligencia estará a cargo del letrado de la parte requirente y se ajustará a las normas procesales vigentes en materia de comunicaciones entre distintas jurisdicciones. Si el requerido se domiciliase en otro país, se considerarán prorrogados los plazos durante el plazo de trámite de la notificación. A criterio del mediador, podrá solicitarse la cooperación del juez designado a fin de librar exhorto o utilizar un medio que se considere fehaciente en el lugar donde se domicilie el requerido.

El contenido de la notificación se establecerá por vía reglamentaria.

El que notifica a las partes es el mediador, sea por medio fehaciente o personal. Esa notificación la debe recibir el requerido, aunque sea tres días antes de la audiencia de mediación, esto a fines de que se prepare.

La excepción se da en el caso de la designación del mediador por sorteo, que son 5 días.

ARTICULO 18. — Prescripción y caducidad. La mediación suspende el plazo de prescripción y de la caducidad en los siguientes casos:

Antes tenemos que saber que, prescripción es la pérdida del derecho por el transcurso del tiempo, mientras que caducidad es la pérdida de la instancia más la acción.

Para resumir este artículo tenemos que hacernos las siguientes preguntas:

¿Desde cuándo? Va a depender de la forma de designación.

Si estamos hablando de la designación por sorteo, va a ser desde que se adjudica al mediador por la autoridad judicial.

Si estamos hablando de acuerdo de partes o de propuesta del requirente al requerido, será desde la fecha de imposición del medio fehaciente de la primera audiencia al requerido. Es decir, desde que se remita la carta documento en el correo, la fecha que aparezca en el sello. O también podría serlo cuando se celebre la primera audiencia, esto puede pasar por ejemplo si las partes van en conjunto.

¿Contra quienes? También depende de la forma de designación.

Si estamos hablando de la designación por sorteo o por el acuerdo de partes, los plazos se suspenden para todos, estén citados o no.

Si estamos hablando de propuesta del requirente al requerido, solo se suspenden los plazos contra las personas que hayan sido citadas.

Si yo tengo un hecho de tránsito, y la persona se escapa más tengo su patente y la encuentro, me conviene designar al mediador por sorteo, dado que es lo más seguro para no perder el derecho.

¿Hasta cuándo? Es igual para todos, son 20 días después de que el acta de cierre fue puesta a disposición de las partes. Transcurridos esos 20 días se reanudan. La ley no establece si son corridos o hábiles.

a) En la mediación por acuerdo de partes, desde la fecha de imposición del medio fehaciente de notificación de la primera audiencia al requerido, o desde la celebración de la misma, lo que ocurra primero;

b) En la mediación por sorteo, desde la fecha de adjudicación del mediador por la autoridad judicial;

c) En la mediación a propuesta del requirente, desde la fecha de imposición del medio fehaciente de notificación de la primera audiencia al requerido, o desde la celebración de la misma, lo que ocurra primero.

En los dos primeros supuestos, la suspensión opera contra todas las partes. En el caso del inciso c), únicamente contra aquél a quien se dirige la notificación.

En todos los casos, el plazo de prescripción y de caducidad se reanudará a partir de los veinte (20) días contados desde el momento que el acta de cierre del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria se encuentre a disposición de las partes.

ARTICULO 19. — Comparecencia personal y representación. Las partes deberán comparecer personalmente y no podrán hacerlo por apoderado, exceptuándose a las personas jurídicas y a las domiciliadas a más de ciento cincuenta (150) kilómetros de la ciudad en la que se celebren las audiencias. El apoderado deberá contar con facultad de acordar transacciones.

Quedan eximidos de comparecer personalmente quienes se encuentren autorizados a prestar declaración por oficio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 407 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. La asistencia letrada es obligatoria. Se tendrá por no comparecida a la parte que concurriere a las audiencias sin asistencia letrada, salvo que las partes acordaren la determinación de una nueva fecha para subsanar la falta.

La comparecencia como tal es personal, mas admite excepciones: personas jurídicas; las domiciliadas a más de 150 km de la ciudad en donde se celebren las audiencias -claramente no aplica para la virtualidad-; y las personas autorizadas a prestar declaración por oficio.

Es obligatoria la asistencia letrada, en caso de que no contemos con un abogado se nos tiene por no comparecidos.

Cuando no sea personal y vaya un apoderado, el mismo debe tener un poder con una facultad específica.

ARTICULO 26. — Conclusión con acuerdo. Cuando durante el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria se arribara al acuerdo de las partes, se labrará acta en la que constarán sus términos. El acta deberá ser firmada por el mediador, las partes, los terceros

si los hubiere, los letrados intervinientes, y los profesionales asistentes si hubieran intervenido.

Cuando en el procedimiento de mediación estuvieren involucrados intereses de incapaces y se arribare a un acuerdo, éste deberá ser posteriormente sometido a la homologación judicial.

En el supuesto de llegar a la instancia de ejecución, el juez podrá aplicar, a pedido de parte, la multa establecida en el artículo 45 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

ARTICULO 27. — Conclusión sin acuerdo. Si el proceso de mediación concluye sin acuerdo de las partes, se labrará acta suscripta por todos los comparecientes donde se hará constar el resultado del procedimiento. El requirente queda habilitado para iniciar el proceso judicial acompañando su ejemplar del acta con los recaudos establecidos en la presente ley.

La falta de acuerdo también habilita la vía judicial para la reconvencción que pudiere interponer el requerido, cuando hubiese expresado su pretensión durante el procedimiento de mediación y se lo hiciere constar en el acta.

ARTICULO 51. — Caducidad de la instancia de mediación. Se producirá la caducidad de la instancia de la mediación cuando no se inicie el proceso judicial dentro del año a contar desde la fecha en que se expidió el acta de cierre.

Será un año calendario.

CONCILIACIÓN

La diferencia con el mediador es que el conciliador puede bajar acuerdos. Se trata de una facultad, poder bajar fórmulas de acuerdo, no significa que esté obligado a hacerlo.

El juez, por naturaleza, tiene facultades ordenatorias y conciliatorias, que se las da el propio Código Procesal. Es por ello que tenemos conciliaciones específicas, tales como las de alimentos.

En específico en el juicio, tenemos la audiencia preliminar del artículo 360, donde se ven las pruebas y el juez invita a las partes a una conciliación o a encontrar otra forma de solución de conflictos que acordarán en la audiencia. Es decir, puede derivar también a una mediación.

Otros tipos de conciliación son las laborales, o las relaciones de consumo.

La característica de la conciliación es que el conciliador puede bajar fórmulas dado que estamos ante un derecho protectorio. Hay una parte fuerte y una parte débil, entonces al haber desequilibrio entre las partes, el conciliador evita un abuso bajando fórmulas.