

## MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN: MONTO MENOR AL DEMANDADO: ADMISIBILIDAD; VALIDEZ DE LA MEDIACIÓN; MENORES; ASISTENCIA A LA AUDIENCIA CON UNO DE LOS PROGENITORES; RATIFICACIÓN POSTERIOR DEL OTRO; VALIDEZ\*

### DOCTRINA:

1) *La actitud del demandante de realizar la mediación en base a circunstancias y a un monto distinto del que luego exigiría judicialmente no puede ser considerada como reñida con la buena fe, debido a que el objeto de la mediación no es otro que el de promover la comunicación directa de las partes para la solución extrajudicial de la controversia, conforme reza el art. 1º de la ley 24573, lo cual significa que lo que se somete a mediación no es la litis en sentido estricto, sino un “conflicto”, cuyo encuadre jurídico no ha sido establecido y que es posible de múltiples soluciones libradas a la entera voluntad de las*

*partes y a la pericia del mediador, que no están limitadas ni en cuanto a su naturaleza ni en cuanto al monto (del dictamen del FISCAL ANTE LA CÁMARA al que ésta adhiere).*

2) *Ante la existencia de una controversia que obligatoriamente debe ser sometida a mediación, la fijación de los motivos y un monto distinto del reclamado en la posterior demanda judicial no es más que un acto del reclamante en miras a lograr una solución rápida y extrajudicial al conflicto, que de ninguna manera puede trascender el ámbito de la mediación, y transformarse en un límite a su posibilidad de encarar la futura acción judicial del modo y por el*

\*Publicado en *El Derecho* del 27/6/2000, fallo 50.138.

monto que más le convenga, máxime si no hay ninguna norma expresa que establezca tal limitación. Por lo tanto, habiéndose efectivamente sometido el conflicto que sirve de base a la pretensión judicial a la mediación obligatoria prevista por la ley 24573, no corresponde exigir la realización de una nueva mediación a la parte actora (del dictamen del FISCAL ANTE LA CÁMARA al que ésta adhiere).

- 3) Teniendo en cuenta que el art. 331 del Cód. Procesal permite modificar la demanda antes de que ésta sea notificada, si se permite que hasta la traba de la litis se varíe la demanda, con más razón se debe permitir que el accionante plantee la demanda reclamando un monto y razones distintas a las determinadas para la mediación, por cuanto este procedimiento de ninguna manera implica la traba de la litis (del dictamen del FISCAL ANTE LA CÁMARA al que ésta adhiere).

- 4) De conformidad a lo establecido en el art. 264, inc. 1º, del Cód. Civil, se presume que los actos realizados por uno de los padres cuenta con el consentimiento del otro, salvo en los supuestos contemplados en el art. 264 quater del mismo ordenamiento, o cuando mediaré expresa oposición. En consecuencia, no encuadrando el supuesto de autos en uno de los previstos en el art. 364 quater y dado que el menor fue acompañado a la audiencia de mediación por su padre y, posteriormente a ello, la madre ratificó todo lo actuado, corresponde concluir que el procedimiento de mediación realizado fue plenamente eficaz (del dictamen del FISCAL ANTE LA CÁMARA al que ésta adhiere). M. M. F. L.

Cámara Nacional Civil, Sala J, noviembre 25 de 1999. Autos: “Pace, Eduardo Daniel c. Alescio Solis, Claudio Omar s/ daños y perjuicios”.

DICTAMEN DEL FISCAL ANTE LA CÁMARA – I. Vienen estos autos a conocimiento de V. E. con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la decisión del *a quo* por la que desestimó el planteo formulado por el demandado (fs. 64/65).

II. En la *sub lite*, se inició demanda por daños y perjuicios contra el Sr. Claudio Omar Alescio Solis, como consecuencia del accidente de tránsito ocurrido el día 7-9-97.

Por su parte, el demandado solicitó se suspenda el trámite de las presentes actuaciones por cuanto entiende que no se encuentra cumplida debidamente la mediación previa. Fundamenta su petición ya que, durante el trámite de mediación previa, el aquí actor demandó un monto de indemnización menor al aquí reclamado.

Por otra parte, manifiesta que la madre del menor involucrado en el accidente también debió haber concurrido a la mediación, por ser la patria potestad compartida por ambos padres.

El *a quo* a fs. 64/65, en disconformidad con tal postura, resolvió rechazar el

planteo. Contra dicha resolución, el aquí demandado interpuso recurso de apelación, motivo por el cual se me corrió la presente vista.

III. En cuanto a lo relativo a la falta de identidad del monto y del reclamo, por las razones que expondré, considero que no le asiste razón a la quejosa.

De la compulsa de diversas obras y artículos publicados con relación a la mediación instaurada por la ley 24573 [EDLA, 1995-B-1156], surge que lo relacionado con la posibilidad de variar el monto y el reclamo de la demanda respecto de lo consignado en el formulario de inicio de la mediación sólo ha sido tratado en escasas oportunidades, y que la doctrina no resulta conteste.

En contra de la posibilidad de variación, se manifiesta Carlos R. Ponce en su artículo “Incidencias de la Ley de Mediación en el Código” (ED, 167-1183), en donde cita otro trabajo en el mismo sentido (“La Ley de Mediación Obligatoria y las modificaciones al Código Procesal” por Juan P. Colerio y Jorge A. Rojas en *La Ley* del 1-2-96). Manifiesta el autor que resulta incuestionable que el demandado deba respetar en la demanda los términos del formulario previsto para el inicio de la mediación.

Por el contrario, el Dr. Juan Carlos Dupuis, en su obra *Mediación y conciliación* (Abeledo-Perrot), sostiene que el hecho de haberse mencionado un monto de ningún modo obsta a que, fracasada la mediación, el interesado inicie una pretensión por un monto distinto (pág. 148).

IV. Reseñado brevemente el panorama doctrinario, pasaré a expedirme sobre el tema en cuestión.

Ahora bien, la cuestión puede ser examinada desde dos ángulos, uno relativo a la buena fe de las partes y su conducta en la mediación, y otro eminentemente procesal.

Desde la primera de las ópticas mencionadas, considero que la actitud del demandante de realizar la mediación en base a circunstancias y a un monto distinto del que luego exigiría judicialmente no puede ser considerada como reñida con la buena fe.

Ello debido a que el objeto de la mediación no es otro que el de promover la comunicación directa de las partes para la solución extrajudicial de la controversia, conforme reza el art. 1º de la ley 24573, lo cual significa que lo que se somete a mediación no es la litis en sentido estricto, sino un “conflicto”, cuyo encuadre jurídico no ha sido establecido y que es pasible de múltiples soluciones libradas a la entera voluntad de las partes y a la pericia del mediador, que no están limitadas ni en cuanto a su naturaleza ni en cuanto al monto.

Es decir que ante la existencia de una controversia que obligatoriamente debe ser sometida a mediación, la fijación de los motivos y un monto reclamado, distinto del reclamado en la posterior demanda judicial, no es más que un acto del reclamante en miras a lograr una solución rápida y extrajudicial al conflicto, que de ninguna manera puede trascender el ámbito de la mediación, y transformarse en un límite a su posibilidad de encarar la futura acción judicial del modo y por el monto que más le convenga. Máxime si no hay ninguna norma expresa que establezca tal limitación.

Por lo tanto, habiéndose efectivamente sometido el conflicto que sirve de

base a la pretensión actual a la mediación obligatoria prevista por la ley 24573, considero que no corresponde exigir la realización de una nueva mediación a la parte actora.

V. Por su parte, desde el ángulo procesal, arribo a idéntica conclusión.

La razón es que, teniendo en cuenta que el art. 331 del Cód. Procesal permite modificar la demanda antes de que ésta sea notificada, considero que si se permite que hasta la traba de la litis se varíe la demanda, con más razón se debe permitir que el accionante plantee la demanda reclamando un monto y razones distintas a las determinadas para la mediación, por cuanto este procedimiento de ninguna manera implica la traba de la litis (en similar sentido, *in re* “Milisenda y Crespín c. Lambre s/ rescisión de contrato”, dict. 41.078 del 25.VIII.97, compartido por la Excma. Sala H del Tribunal, del 23-IX-97 [ED, 175-260]).

VI. Finalmente, en relación a la falta de participación de la madre del menor en el proceso de mediación, comparto en un todo lo afirmado por el juez *a quo* a fs. 64/65.

De ese modo, de conformidad a lo establecido en el art. 264, inc. 1° del Cód. Civil, se presume que los actos realizados por uno de los padres cuenta con el consentimiento del otro, salvo en los supuestos contemplados en el art. 264 *quater* del mismo ordenamiento, o cuando mediar expresa oposición.

En esa línea de pensamiento, no encontrándonos en estos autos frente al caso previsto en el art. 264 *quater* y dado que el menor de autos fue acompañado a la audiencia de mediación por su padre y posteriormente a ello la madre ratificó todo lo actuado a fs. 57, por lo tanto, interpreto que el procedimiento de mediación realizado fue plenamente eficaz.

VII. En definitiva, en razón de lo manifestado precedentemente, considero que la mediación efectuada es suficiente y que, por lo tanto, el planteo de falta de habilitación de la instancia ha sido correctamente rechazado.

En consecuencia, por las precedentes consideraciones, opino que V. E. debe confirmar la resolución apelada, en lo que resulta materia tutelada por esta Fiscalía de Cámara Civil. – Octubre 25 de 1999. – *Carlos R. Sanz*.

Buenos Aires, 25 de noviembre de 1999. – *Autos y Vistos y Considerando*: La resolución de fs. 64/65 desestima el planteo del demandado de suspender el trámite de las presentes actuaciones por entender que no se encuentra cumplida en debida forma la mediación previa.

Se agravia la parte demandada, fundando sus agravios en el memorial que corre agregado a fs. 67/70. El defensor de menores de Cámara dictamina a fs. 87/89 y el fiscal de Cámara hace lo propio a fs. 91/93.

Tanto el primer sentenciante como los representantes del Ministerio Público son coincidentes al entender que el planteo del aquí quejoso debe ser rechazado, pues sus fundamentos no son lo suficientemente válidos como para suspender el procedimiento, en la medida en que la etapa de mediación se encuentra concluida, sin que altere tal situación el hecho de que se haya modificado el importe de indemnización reclamado o la ausencia de la madre del menor en la etapa de mediación.

Este Tribunal, en honor a la brevedad y con el fin de evitar repeticiones innecesarias, compartiendo los sólidos fundamentos del defensor de menores como del fiscal de Cámara, se adhiere en un todo a ellos entendiendo que los agravios deben rechazarse y el decisorio apelado debe mantenerse en todo lo que ha sido materia de agravio.

Por lo manifestado el Tribunal resuelve: confirmar la resolución de fs. 64/65. Sin costas de alzada por no mediar contestación (art. 68, Cód. Procesal). Regístrese, notifíquese al defensor de menores de Cámara y fiscal de Cámara en sus respectivos despachos. Oportunamente devuélvase. – *Zulema Wilde.* – *Ana María R. Brilla de Serrat.* – *Benjamín E. F. Zaccheo.*