

MEDIACIÓN: LA CUANTIFICACION DEL DAÑO Y EL VALOR DE LA PRUEBA PERICIAL

Amalia Fernández Balbis

I. Introducción. II. El proceso de mediación. III. La actividad probatoria: asistencia técnica del mediador . IV. Valor de la prueba trasladada.V. Colofón.

I.-Introducción

El presente trabajo invita a detenerse en el proceso de mediación que se viene abriendo paso en los distintos ordenamientos, buscando rescatar las diligencias probatorias llevadas a cabo en ese marco, en tanto habilitan una cuantificación del daño y, con ello, una pronta reparación del causado a la persona.

En el proceso civil, la determinación del *quantum* se apoya en la prueba pericial, ya fuere médica, psicológica o cualquier otra, que será la que establezca un porcentual de la incapacidad en el supuesto de que existiera.

Esa cuantificación del daño puede, también, hacerse concreta en los procesos de mediación en los que el mediador recibe asistencia técnica y la actividad probatoria no sólo tendrá valor para ese proceso prejudicial sino que también, y así lo postulo, podrá ser útil e idónea en el proceso judicial posterior, aún cuando la mediación fracasare.

II.- El proceso de mediación

Dentro de los medios alternativos de solución de conflictos se halla la mediación, pergeñada en el

entendimiento de que una gran parte de los conflictos pueden solucionarse hábilmente fuera del tradicional proceso judicial.

Se la define como un proceso no adversarial en el que un tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a que éstas –en forma cooperativa- encuentren el punto de armonía en el conflicto. El mediador induce a las partes a identificar los puntos de la controversia, a acomodar sus intereses a los de la contraria, a explorar fórmulas de arreglo que trasciendan el nivel de la disputa y a tener del conflicto una visión productiva para ambas (1).

La intención del legislador es que las partes se encuentren cara a cara, que puedan exponer sus reales intereses y que asuman la responsabilidad del conflicto que las involucra (2).

La tarea del abogado mediador, por su parte, es la de contribuir, en la medida de sus posibilidades, a solucionar los conflictos que se le presentan, rigiendo al respecto el principio de imparcialidad en relación con los intereses de las partes intervinientes, libertad y voluntariedad de ellas para participar en la mediación, igualdad, confidencialidad respecto de la información divulgada por los interesados, sus asesores y terceros citados durante el procedimiento, promoción de una comunicación directa entre los interesados en miras a la búsqueda creativa de la solución al conflicto, celeridad del procedimiento y conformidad expresa de las partes para que personas ajenas lo presencien (3).

La mediación se caracteriza, entonces, por ser voluntaria, aún en la mediación prejudicial obligatoria o en la judicial alternativa, ya que la única exigencia es la de

concurrir a la primera audiencia, no así la de continuar en caso de no querer mediar. Es, también, informal, dado que se ajusta a las necesidades de las partes, y económica respecto al tiempo, esfuerzo y dinero (4).

En la República Argentina, la mediación ha sido legislada por la Ley 26.589 (B.O. 6/5/10) y se va instalando, paulatinamente en las distintas provincias, habiéndose incorporado a la de Buenos Aires mediante la Ley 13.951 y – más recientemente- a la de Santa Fe, con una Mediación Civil y Comercial Prejudicial, previa y obligatoria.

III.- La actividad probatoria: asistencia técnica del mediador.

El mediador que intervenga en el proceso, puede actuar en colaboración con profesionales formados en disciplinas afines al conflicto que sea materia de la mediación, apoyo que resulta imprescindible en aquellas cuestiones que, para su comprensión y análisis, requieren conocimientos técnicos, científicos, etc, que escapan a la preparación y entendimiento de los mediadores.

En las mediaciones relativas a la reparación de los daños y perjuicios generados a las personas, ese apoyo técnico idóneo será, al igual que en el proceso civil judicial, necesario para determinar la entidad del daño y para establecer, a modo de ejemplo, el porcentual de incapacidad que devino como consecuencia del hecho y la necesidad o sugerencia de llevar a cabo un tratamiento que permita revertir o, al menos, atemperar el cuadro que presenta la víctima. Este porcentual que surja del dictamen del experto, a su vez, facilitará la estimación de un monto al que ascendería la indemnización

en una futura condena. "Números al canto", las partes estarían *ahí mismo*, en condiciones de saber a *cuánto* asciende el daño generado, sin necesidad de transitar un posterior proceso judicial.

Esa pericia surgida del marco de la mediación brindará en ese mismo contexto, los elementos necesarios para efectivizar una tutela anticipada (5), la que se traducirá, a modo de ejemplo, en una cirugía reparadora a la brevedad, un tratamiento psicológico que permita afrontar el cuadro junto al terapeuta, acorte el tiempo del padecimiento, disminuya la conducta desadaptativa o impida la instalación definitiva de una dolencia, o bien, en la concreción de cualquier otro tipo de terapia paliativa (6). La experiencia indica que la percepción clara de cuánto se puede ganar o perder favorece los acercamientos entre las partes y, sobre todo, el "regateo" que casi invariablemente se produce después de cruzadas las primeras ofertas (7).

IV. Valor de la prueba trasladada

Decía al principio del trabajo que esa prueba puede ser considerada en el juicio posterior que se entable, en el supuesto en que la mediación fracasara.

Pero, ¿qué sucedería con el principio de la confidencialidad que caracteriza a la mediación? La propia Ley 26.589, en su art. 9 inc. a) refiere a su cese por dispensa de las partes que intervinieron, por lo que la reunión de ese material probatorio extraprocesal bien puede, eventualmente, ser utilizado en un proceso judicial que aún no se ha iniciado (8), dado que si ese trabajo fue concretado por el técnico que asistió al mediador, en el contexto en que ambas partes

participaron y tuvieron la oportunidad de controlar la prueba, no puede restársele valor posterior en el juicio de daños.

A mi modo de ver, se puede afirmar que resulta de aplicación el principio del *máximo rendimiento procesal* en sede civil (9). Según este principio, operaría en el caso lo que ha dado llamarse la *prueba trasladada*, es decir, aquella que se practica o admite en otro proceso y que es presentada en copia auténtica, o mediante el desglose del original, si se trata de documento y la ley lo permite, en el segundo proceso (10), seguido entre las mismas partes o aún diferentes partes, siempre y cuando se cumplan ciertos recaudos relacionados con la garantía de defensa en juicio. Merced a ese instituto se pueden aprovechar todas las potencialidades probatorias derivadas de un elemento de juicio colectado para una causa en particular, pero que luego se hace valer en otra distinta. Claro está, el juez de la "segunda causa", involucrada debe valorar por sí la prueba producida en aquél otro expediente. Se aprovechan al máximo, de tal modo, las potencialidades probatorias que tenía el acto o actuación cumplido, más allá de los avatares sufridos por el proceso en el cual se produjeron: en el caso, ante el fracaso de la mediación.

En el supuesto en que la parte no hubiera tenido ocasión de controlar debidamente esa prueba, será necesaria la ratificación de la prueba trasladada, para preservar la garantía del contradictorio (11).

Ese mismo criterio ha quedado plasmado en el Proyecto de Ley de Mediación Obligatoria para la Provincia de Buenos Aires (12), para los casos en que se discute la existencia de posibles daños causados a la salud de las personas y en los

que para establecer su ocurrencia, naturaleza, magnitud y causa, se requiera la actuación pericial de profesionales de la salud, como auxiliares de la función de mediación, el que hace extensiva la aplicación no solamente para los casos en que se invoca la mala praxis médica, sino también para la atención de aquéllas cuestiones en las que se reclamen reparaciones con motivo de daños causados en la salud de las personas, tal el caso de accidentes de tránsito o de trabajo. Señala el art. 16° del Proyecto, que: “Sin perjuicio de la confidencialidad establecida en el artículo 10°, en los supuestos de no arribarse a un acuerdo, la parte requirente deberá obligatoriamente acompañar, en el juicio que promueva con posterioridad a la clausura del procedimiento de mediación, el informe producido por el perito que hubiese intervenido en la mediación, como condición necesaria para la habilitación de la instancia judicial. La existencia de ese informe no obstará a la producción de la prueba pericial que las partes o el tribunal considere menester para la resolución del litigio”.

V.Colofón

El proceso de mediación apunta a lograr una justicia más rápida que responda a las actuales directivas del debido proceso y la tutela judicial efectiva y, a la vez, a que el justiciable vuelva a creer en ella (13).

El fracaso de la etapa prejudicial de mediación no puede constituirse en una pérdida de tiempo, esfuerzo y gastos que ponga en crisis la economía de un proceso en el que debe regir la directriz dada por el principio *pro damnato*. Bajo esa perspectiva y resultando operativo el denominado “de máximo rendimiento procesal”, cabe rescatar la prueba de peritos que

se hubiera producido en el marco de una mediación en la que ambas partes han intervenido y tenido ocasión de efectuar su contralor, sin perjuicio de la posibilidad de ratificar ese trabajo en el posterior juicio civil que se inicie ante el resultado infructuoso de aquélla y de producir la prueba pericial que las partes o el tribunal consideren necesaria para el dictado de la sentencia.

No ha de desconocerse que allí se hizo posible, técnicamente, cuantificar el daño generado, teniendo las partes un instrumento para negociar un acuerdo y acercar posiciones, siendo éste un paso hacia adelante que no puede ser descartado por el juez civil que intervenga después, el que queda sujeto a su propia valoración, a la luz de las reglas de la sana crítica.

En suma: que no sea el de la mediación un tiempo perdido e ineficaz para todos, que termine haciendo de ella un artilugio más para demorar la anhelada reparación integral del daño.

*Con colaboración de la Dra. María Inés de Felipe

NOTAS DE BIBLIOGRAFÍA

1. Falcón, Enrique M, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado, concordado, comentado. Actualización temática, t. V, pág. 145 y stes.
2. Dupuis, Juan C. Mediación y Conciliación, 1° ed., Bs.As., Abeledo-Perrot, 1997, n° 153, pág. 172.
3. Christello, Fernando P, "Breves comentarios a la ley 26.589 de mediación y conciliación", E.D. t. 238-2010, pág.1243
4. Rotella, Lorena Graciela, "Diligencia preliminar y mediación: confusión del régimen legal en Tucumán", en La Ley Noroeste, Secc.Doctrina, Abril 2011, pág. 220.

5. Rojas, Jorge, "La tutela anticipada en el proceso de daños", en "Sentencia anticipada", obra conjunta del Ateneo de Estudios del Proceso Civil, ed. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2010, pág. 623 y stes.
6. Fernández Balbis, Amalia, "El Proceso Civil. Un cambio en su ingeniería que hace operativa la tutela anticipada: la inmediata cuantificación del daño a la persona", en Rev. El Derecho, Suplemento Seguros, del 25/10/11.
7. Peyrano, Jorge W, "Anotaciones sobre la gestión conciliatoria. Estímulos y predisponentes. La Llamada pericial prevalente", en Rev. Dcho de Daños, Rubinzal-Culzoni, 2010-2, pág. 101.
8. Gozáni, Osvaldo, "La prueba extraprocesal, La Ley, 1995-C, pág. 1363.
9. Peyrano, Jorge W, "El principio del máximo rendimiento procesal en sede civil", en "Principios Procesales", obra conjunta del Ateneo de Estudios del Proceso Civil, Rubinzal-Culzoni, tomo I, pág. 445.
10. Devis Echandía, Hernando, "Compendio de la prueba judicial", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1984, t.1, pág. 205.
11. CCC de Rosario, sala 4°, 13-8-90, en Zeus, 58-J-120.
12. Presentado por el Diputado Ismael Passaglia. D-2847/06-07-0. En sitio web: www.hcdiputados-ba.gov.ar
13. Ponce, Carlos Raúl, "Negociación previa al proceso. Hacia un cambio de mentalidad". En La Ley 2010-B, Secc. Doctrina pág. 763.

.....