

EL ARBITRAJE COMO RESULTADO DE LA MEDIACIÓN

por el Dr. Gualtiero Martin Marchesini

Doctor en Ciencias Jurídicas. Académico. Conjuez. Arbitro Internacional y Nacional. Profesor en doctorados y maestrías. Consultor. Publicista.

Disertación pronunciada en la "IIª Cumbre Nacional de Mediación y Iª Cumbre Regional y del MERCOSUR de Resolución de Conflictos" celebrada el 15 y 16 de Octubre de 2009 en la Universidad Austral.-

SUMARIO: 1.- La Conciliación. 2.- La Mediación.- 3.- El Arbitraje: 3.1. El acuerdo arbitral; 3.2. El reglamento arbitral; 3.3. Legislaciones; 3.4. La carta magna del arbitraje. 4.- La Mediación vista desde el Arbitraje.- 5.- Conclusiones.-

Como medios de resolución de conflictos tenemos entre otros:

1.- LA CONCILIACIÓN: que consiste en un **advenimiento de intereses** contrapuestos, introducida en el C.P.C.C.N. en el art. 360, inc. 5º que dice: "el juez invitará a las partes a una conciliación". Se trata de una conciliación jurisdiccional y que en caso de producirse la composición de intereses entre las partes deberá ser encuadrada por el juez en alguna de las previstas en la ley de fondo; renuncia, quita, espera, transacción, remisión, novación; y por la ley procesal: allanamiento, desistimiento, transacción.-

En nuestro derecho positivo la conciliación prejurisdiccional tiene aplicación en las relaciones laborales. Desde hace un tiempo, aquí en la CABA esa función fue confiada al SECCLO regido su funcionamiento por la ley 24.635. Tiene una instancia de advenimiento dependiente de la autoridad administrativa, repartida en dos jurisdicciones: la comisión propiamente dicha en la órbita del M.T.S.S. y el Registro Nacional de Conciliadores Laborales en el ámbito de M. de Justicia. Lo interesante es que prevee si fracasare la instancia de conciliación, el conciliador podrá proponer a las partes que sometan voluntariamente sus discrepancias a un arbitraje, suscribiendo el respectivo convenio arbitral.-

Ley 24635. Procedimiento laboral conciliación obligatoria previa, sanción 10/4/96, promulgada 26/4/96, publicada en B.O. del 3/5/96.)

TITULO IX- Arbitraje voluntario Art. 28.-Si fracasare la instancia de conciliación, el conciliador podrá proponer a las partes que sometan voluntariamente sus discrepancias a un arbitraje, suscribiendo el respectivo compromiso arbitral. **Art. 29.**-Aceptado el ofrecimiento, el compromiso deberá contener: a) Nombre del o de los árbitros; b) Puntos

sujetos a arbitraje; c) Medios de prueba y plazos de ofrecimiento y producción; d) Plazo para el dictado del laudo; e) Los honorarios del arbitro y la forma de pago **Art. 30.**-El árbitro podrá recabar información y pruebas complementarias de las partes. **Art. 31.**-El laudo será **recurrible**, dentro del quinto día de notificado, ante la **Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo**. Los **laudos consentidos** serán **ejecutables** ante los juzgados nacionales de primera instancia del trabajo **Art. 32.**-A los fines de determinar el procedimiento arbitral, plazos y demás circunstancias procesales no previstas expresamente en la presente ley, se aplicarán los principios y la normativa establecidos en los arts. 736 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Art.149.- Ofrecimiento de arbitraje. Si fracasaren las gestiones conciliatorias que se intentaren en cualquier estado del juicio se propondrá a las partes el sometimiento al arbitraje de todas o algunas de las cuestiones objeto del litigio.

2.- LA MEDIACIÓN: Tiene por objeto promover la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia y la función del mediador es facilitar y promover el acercamiento entre los conflictuados a fin de que ellos procedan a la composición de sus propios intereses, sin necesidad de la instancia jurisdiccional, la que quedará a disposición de las partes para la hipótesis de fracaso de la mediación. El mediador no dicta ninguna decisión y por ello no ejerce ninguna función jurisdiccional ni aún de tipo administrativo por lo que la C.S.J.N. ha desechado el planteo de inconstitucionalidad de la ley 24.573 fundado en la violación del derecho de acceso a la justicia.-

Pero ete aquí que el mediador cumple también con su función cuando convence a las partes que no encontraron por si la composición de sus intereses que decidan retomar la jurisdicción que a través de la C.N. la delegaron en el P.J. y la otorguen a un tercero llamado árbitro, mediante la suscripción de un **acuerdo arbitral**, para que este resuelva el conflicto mediante el dictado de un **laudo**.-

3.- EL ARBITRAJE: Aquí me voy a detener sobre este importante puente que es :

3.1.- El acuerdo arbitral instrumento esencial que otorgará la jurisdicción al árbitro para resolver definitivamente el conflicto.-

El compromiso arbitral significa: Acuerdo de voluntades mediante el cual verificado el conflicto las partes convienen los aspectos concretos del funcionamiento del arbitraje, versando sobre controversias ya

existentes y no eventuales como lo hace la cláusula compromisoria y define los puntos litigiosos que los árbitros habrán de resolver.-

Excluye la jurisdicción judicial y somete las cuestiones a juicio de árbitros. No pone en funcionamiento el procedimiento arbitral, no lo inicia pero para ponerlo en marcha bastará la demanda o postulación propiamente dicha. Si esta hecho en escritura pública tiene efectos para la prescripción liberatoria y el art. 3988 del C. Civil es claro en cuanto a la posesión o propiedad.

Debe de contener todos los aspectos considerados necesarios para el arbitraje exigidos por la ley procesal pertinente.-

Nuestro C.P.C.C.N. y Pcia. Bs. As. (arts. 740-778 respectivamente) establecen que debe de contener:

- 1) La fecha, nombre y domicilio de los otorgantes.-
- 2) Nombre y domicilio de los árbitros. No necesario para el árbitro tercero si las partes delegaron su nombramiento en los árbitros de partes.
- 3) Las cuestiones que se someten a juicio arbitral “con expresión concreta de sus circunstancias”.-
- 4) La estipulación de una multa que la parte renuente en cumplir con el compromiso deberá pagar a la otra parte.

Estas exigencias impuestas “ad solemnitatem” deben de cumplirse o subsanarse por ante el T.A. para evitar nulidades a posteriori.-

Son cláusulas facultativas de las partes:

- 1) Procedimiento y lugar del arbitraje.
- 2) Plazo en que el T.A. deberá emitir el fallo.
- 3) Designación de Secretario. O bien queda a cargo de los árbitros.
- 4) Multa del recurrente del laudo a favor de la otra parte para tener derecho a ser oído en el recurso, salvo renuncia.
- 5) La renuncia a los recursos de apelación y nulidad contra el laudo, salvo en cuanto a este último que es irrenunciable cuando se funda en la falta esencial del procedimiento; haber laudado fuera de plazo o sobre puntos no comprometidos.-

Hoy es universalmente aceptado que los árbitros ejercen la jurisdicción aunque no con todos los atributos, pues al igual que los jueces tienen el “iudicium”, o sea la facultad de decidir pero carecen del “imperium”, de “la coertio”, del uso de la fuerza o sea la facultad de ejecutar.-

La decisión del árbitro o sea el laudo, es equivalente o igual que la sentencia judicial. Están investidos por la voluntad de las partes, voluntad imprescindible para otorgar la jurisdicción, la que una vez otorgada los independiza totalmente de ellas, pues tienen una función auténticamente jurisdiccional, siendo directores de un proceso similar al de un tribunal estatal, regido por un Reglamento también elegido por las partes.-

La Corte Suprema, desde el S. XIX (a. 1880) en autos “Bruce v De las Carreras (Fallos 22: 371) jurisprudencia ratificada un siglo después en 1988 en “S.A. La Nación y otra c/S.A. La Razón Ed. (Fallos 311: 2223) y “Nidera Argentina S.A. v. Elena G.R.A. de Canale (Fallos 311: 2300) **reconoció** la **naturaleza jurisdiccional** del arbitraje.

También la Corte reconoció el **origen contractual** del arbitraje y en autos “J.C. Roca c/Consultora S.A.” (Fallos 322: 1100) dijo: “que aún cuando el arbitraje sea un procedimiento de solución de controversias de origen **contractual**, es **jurisdiccional** por su función y por la especial eficacia que el derecho otorga a sus efectos, por lo que las tareas que realizan los árbitros no guardan relación con las ejercidas por los abogados y procuradores que defienden los intereses individuales de las partes”.-

Al tratar recursos interpuestos contra laudos arbitrales la Corte Suprema **declaró** *“improcedente la vía del art. 14 ley 48 respecto de las decisiones de la **jurisdicción arbitral** libremente pactada por los interesados, pues ésta es excluyente de la intervención judicial que culmina con la de la Corte y no admite otros recursos que los contemplados por las respectivas leyes procesales, a través de los cuales ha de buscarse remedio a los agravios ocasionados por el laudo pertinente”.-*

En el año 2005 en autos “Bear Service S.A. v. Cervezeria Modelo” la Corte resolvió: *“Que una necesaria coordinación entre la función jurisdiccional del Estado y la jurisdicción arbitral permite lograr la más adecuada tutela de los intereses privados disponibles...”*

Estamos así analizando la importancia del ACUERDO ARBITRAL que el mediador invitará a las partes a celebrar, el que deberá contener libremente pactada la voluntad de las mismas de dirimir el conflicto a través del arbitraje.-

Ese acuerdo arbitral deberá ser un contrato entre los conflictuados que será la **fuerza del poder de los árbitros** en la cual le **otorgarán la jurisdicción** en cuanto al “iudicium” que libremente retomaron de la constitucionalmente delegada al Poder Judicial, sin por ello otorgarles un mandato ni tampoco el “imperium” que está reservado a los miembros del P.J. por ser un atributo del Estado.-

Esta designación de los árbitros por las partes requiere su aceptación estableciéndose un vínculo contractual que es el contrato que impone al árbitro ciertas obligaciones, como ser disponer de tiempo para el arbitraje, conocer los reclamos de las partes, participar de las audiencias, de los alegatos y dictar el laudo en término cuyo incumplimiento genera una responsabilidad contractual.-

A este vínculo convencional se añade: a) la regulación legal del arbitraje en el lugar en que se desarrolle; b) la regulación reglamentaria de la institución administradora del arbitraje o la que se hayan sometido las partes del conflicto. En una sola palabra el **REGLAMENTO** por el que se regirá el arbitraje de libre elección de las partes.-

Este plexo formado por el contrato entre las partes y los árbitros y las regulaciones estatales o no (**o sea EL REGLAMENTO**) constituye la fuente reguladora de la relación entre partes y árbitros.-

Es importante analizar la valoración jurídica del reglamento:

3.2.- El reglamento arbitral: El Reglamento Arbitral es la normativa procedimental que las partes libremente escogen para regir la resolución de su conflicto a través de ese método.-

Las partes pueden dictarse su propio reglamento arbitral o elegir alguno de los existentes.-

Como ejemplos de los reglamentos arbitrales reconocidos internacionalmente tenemos entre otros:

- a) El de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional o UNCITRAL (United Nation Comision on Internacional Trade Law Res. 31/98 As. Gral. del 15/12/1976 Ver: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/conc-rules/conc-rules-s.pdf>
- a) El de la Cámara de Comercio Internacional de París (C.C.I.) vigente a partir del 1° de Enero de 1988 Ver: <http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/spanish.pdf>
- b) Las Reglas de Arbitraje de la “Asociación Americana de Arbitraje”. (reformadas en el 2000) Ver: <http://www.jurisint.org/doc/html/reg/es/2000/2000jireges2.html>
- c) El Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (1998) Ver: <http://www.jurisint.org/doc/html/reg/es/2003/2003jireges6.html>

En el orden local tenemos reglamentos de Tribunales Arbitrales como el de la F.A.C.A.; C.P.A.C.F. http://www.cpacf.org.ar/default_virtual.asp?sssector=ServAbogados>o=LECTURA&nnoticia=158 ; C.A.Pcia. Bs.As. y C.I.A.M. <http://www.ade.org.ar/ciam/info-ciam.pdf>

Estas reglas sirven a un doble propósito:

- a) como reglas de procedimiento de directa aplicación a disposición de las partes que firman un acuerdo de arbitraje;
- b) como modelo para los centros de arbitraje internacional y nacional.

Ventajas: Estos reglamentos modelo permiten gran flexibilidad a los árbitros en la conclusión de los procedimientos que junto a la autonomía de las partes permite adecuarlos a la medida de cada caso particular

Características: La **flexibilidad** debe ser amplia aunque nunca irrestricta, pues debe estar limitada por **el trato igualitario de las partes** y por la **libertad de defensa** en el proceso.-

El Tribunal Arbitral, en la dirección del proceso debe de respetar **el derecho de defensa y de prueba, el de alegar y el trato igualitario entre las partes.-**

Los distintos reglamentos mencionados aseguran estas características: **trato igualitario de las partes; plena oportunidad de hacer valer sus derechos; de ser oídas conjuntamente por el Tribunal Arbitral y una relación equitativa e imparcial.-**

3.3.- Legislaciones: Las **legislaciones** más modernas acogen estas **Reglas** en cuanto al tratamiento de las partes a saber:

- a) La **Ley Modelo de UNCITRAL** (1985) Ver: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook-s.pdf
Su art. 18 reconoce el derecho a la igualdad y a la oportunidad que cada parte haga valer sus derechos . El art. 19 reconoce la libertad para convenir el procedimiento.-
- b) La **Ley SUECA**: (1999) Ver: <http://www.chamber.se/?id=21740>
Impone a los árbitros conducir la controversia en forma **imparcial, práctica y rápida** dando igualdad de oportunidades.-
- c) La **Ley del REINO UNIDO** (1997) Ver:

http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1996/ukpga_19960023_en_1

establece que: El Tribunal Arbitral debe de actuar frente a las partes de manera **equitativa e imparcial** dando **oportunidad razonable** para argumentar, adoptar procedimientos adecuados y cortar retrasos y gastos innecesarios.-

d) **La Ley ESPAÑOLA (Ley 60/2003):** Ver:

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/160-2003.t1.html

Impone al T.A. tratar a las partes con **igualdad** dando oportunidad de hacer valer sus derechos. Convenir **libremente el procedimiento** para la actuación de los árbitros quienes decidirán sobre admisibilidad, pertinencia, utilidad y valoración de las pruebas.-

3.4. - La carta magna del arbitraje:

Estos principios de igualdad y libertad de defensa integran la **carta magna del arbitraje** y como derechos derivados tenemos: celebración de audiencias; traslado a la contraparte de toda presentación; ampliación, modificación de demanda, contestación o reconvencción; comunicación conjunta de las partes con el Tribunal Arbitral e interrogatorio a los peritos y testigos.-

La **violación** de éstos principios puede traer aparejada la **nulidad** del laudo.-

4.- LA MEDIACIÓN VISTA DESDE EL ARBITRAJE: Analizamos hasta aquí la interacción de los distintos medios alternativos de resolución de conflictos y como debe armonizarse uno con el otro. Un excelente procedimiento arbitral puede tener su origen en una mediación fracasada en razón de la existencia de un mediador que supo aconsejar a las partes continuar la vía alternativa de la resolución del diferendo a través del arbitraje, mediante la suscripción de los documentos habilitantes para el inicio del procedimiento como son el acuerdo arbitral y el reglamento.-

En estos momentos la mediación y la conciliación son instancias prejudiciales obligatorias en asuntos civiles, comerciales y laborales, estableciendo la necesidad de intentar la autocomposición del conflicto, como requisito de admisibilidad de las demandas judiciales (leyes 24.573 y 24.635 respectivamente). Más allá de las opiniones que tengan sobre la obligatoriedad de éstas normas, lo cierto es que se va comprendiendo que no solo el Estado a través del P. Judicial tiene el monopolio de resolver los conflictos.-

En aras de la pacificación social es más eficaz que las partes solucionen sus problemas mediante acuerdos y que de no llegar a ellos en cuanto a la solución integral, lo lleguen si, en cuanto a la designación de quién o quienes pueden resolverlos mediante el dictado de un laudo, con la convicción que ambas partes pueden ganar sin la antinomia ganador y perdedor de los sistemas adversariales.-

El mediador que no consiguió advenir a las partes para que resuelvan por el acuerdo su conflicto debe acompañarlas y convencerlas para que crucen el puente hacia lo adversarial y adjudicativo, con un acuerdo que designe quién mediante un acto de autoridad zanje la disputa, dictando un laudo.-

El tercero neutral llamado árbitro o Tribunal Arbitral ya no va a auxiliar a las partes para que éstas acuerden la solución, sin perjuicio de intentar la conciliación en todas las etapas del proceso, sino que se la impondrá mediante el dictado de un laudo de iguales efectos que la sentencia judicial.-

Eso si que para llenar su cometido y que ese laudo no sea atacado por nulidad ante el Poder Judicial el árbitro tendrá el deber de analizar si su jurisdicción surge del acuerdo arbitral que hizo firmar a las partes el mediador.-

Seguro de su jurisdicción, analizará su competencia, siendo el único que puede resolver sobre la misma.-

Para encender el motor del arbitraje hace falta la demanda o postulación arbitral presentada ante el árbitro o T.A. designados en el acuerdo, luego se pondrá en funcionamiento el proceso arbitral según el reglamento libremente elegido por las partes.-

A través de éste método se podrá conseguir la resolución del conflicto mediante un laudo obtenido con mayor celeridad, sencillez y economía que las sentencias que puede brindar el sistema estatal de administración de justicia, con un procedimiento sencillo, despojado de solemnidad, con jueces-árbitros confiables para las partes porque son elegidos por ellas, menos formal, pues el procedimiento lo eligen o dictan las partes, más económico en tiempo y en recursos y adecuado a la naturaleza de la cuestión litigiosa.-

El arbitraje bien preparado en cuanto a su constitución es la mejor y más sencilla de las herramientas para restablecer el interrumpido orden de la convivencia social.-

El arbitraje armonizado con la mediación y la conciliación es un instituto valiosísimo para obtener como efecto directo el descongestionamiento de los tribunales ordinarios de un sinnúmero de causas transables, donde no esté comprometido el orden ni la seguridad pública ni los intereses de terceros, las que podrían resolverse

satisfactoriamente a través de procedimientos más sencillos y económicos, pero así también tenemos un efecto indirecto, dando soluciones que en algún momento pueden trasvasarse al procedimiento judicial.-

El arbitraje por sí solo no puede hacer todo este proceso de transformación ni proveer todas las soluciones, sino que deberá complementarse con métodos autocompositivos como son la conciliación y la mediación que actúen como filtro, reteniendo todas las situaciones litigiosas en que necesitando del auxilio de un tercero pueda lograrse una solución que surja de las mismas partes; dejando el arbitraje y aún más preparándolo para cuando no es posible el acuerdo directo pero no permitiendo que se rompa nunca el grado de entendimiento mínimo que admita convenir el sometimiento de los diferendos a arbitraje y dándole al árbitros los instrumentos básicos para que su elección, jurisdicción y competencia sean indubitables e inatacables y que el proceso se desarrolle clara y sencillamente. En palabras más simples dar al arbitraje un acuerdo que designe al árbitro, a los árbitros o al Tribunal Arbitral con facultades suficientes para laudar y un reglamento que permita el desarrollo de un proceso adecuado al diferendo.-

CONCLUSIONES

1.- La interacción armonizada de los sistemas de resolución de conflictos como son **la conciliación, la mediación y el arbitraje**, será la mejor forma de zanjar los diferendos y de contribuir a la pacificación social.-

2.- Los métodos autocompositivos como son la conciliación y la mediación actúan como filtro, reteniendo todas las situaciones litigiosas en que con el auxilio de un tercero, se pueda lograr una solución que surja de las mismas partes; dejando para el arbitraje y aun más preparándolo para cuando no es posible el acuerdo directo y el proceso se convierte en adversarial, que la resolución venga impuesta por un tercero, llamado árbitro, elegido por las partes e investido de la jurisdicción suficiente, mediante el dictado de un laudo que resulte indubitable e inatacable.-

3.- El mediador es el artífice del arbitraje pues tiene que tener la sagacidad suficiente para acompañar a las partes a cruzar el puente de lo autocompositivo a lo adversarial mediante un **acuerdo arbitral** que respete la voluntad de las mismas y que garantice un laudo inimpugnable.-

4.- El éxito de una buena **mediación** no solo consiste en obtener el acercamiento entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia a través de la composición de sus intereses plasmada en un acuerdo; sino que también el mediador cumple con su objetivo cuando mantiene esos puntos mínimos de contacto entre los, conflictuados, suficientes como para que decidan resolver sus diferendos a través de un tercero neutral, llamado árbitro y suscriban un **acuerdo arbitral** otorgándole jurisdicción.-

5.- El éxito de un **arbitraje** muchas veces tiene su origen en una adecuada mediación, concluida con un **acuerdo arbitral** labrado con los recaudos legales indispensables para que tenga viabilidad y de ser posible acompañado de un **reglamento** que regirá el proceso arbitral.-

Prof. Dr. Gualtiero Martin Marchesini

Ramón L. Falcón 680

B1832JIL - LOMAS DE ZAMORA

Tel/Fax: (54-11) 4243-4721

E-Mail: martinmarchesini@ciudad.com.ar

Web: www.martinmarchesini.com.ar