

## MÉTODOS Y TÉCNICAS MODERNAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

ANGÉLICA VITALE, JORGE LIVINGSTON y CARLOS A. ANSALDO

### **PONENCIA**

Del análisis doctrinal siguiente surge:

- 1) Que es prioritario que las técnicas de los medios alternativos de resolución de conflictos de intereses en sus distintas modalidades, adquieran amplia difusión, en especial en el ámbito del movimiento societario, tanto en lo interno como particularmente en lo internacional, ya que cumplen siempre una función social.
- 2) Que la utilización de las formas no adversariales para solucionar disputas involucra una legítima y concreta expresión de la autonomía de la voluntad.
- 3) Que lo arbitratorio, si bien no utilizado hasta ahora con amplitud, tiende a generalizarse en las relaciones, no sólo individuales, sino también en las interestatales, como consecuencia de su mundialización; por cuanto los particulares y los Estados encuentran en los institutos alternativos para resolver conflictos, agilidad y economía.
- 4) Que es menester priorizar una difusión de la negociación en el ámbito del derecho comercial y en el mundo de la economía y las finanzas, que vaya desde la profundización de su investigación hasta la especialización de quienes se convertirán en profesionales en la materia, haciendo de la equidad, ecuanimidad e imparcialidad características destacadas de su accionar, todo esto con amplia divulgación en todos los ámbitos de la comunidad, la que finalmente hará del avenimiento en los negocios una práctica cotidiana.
- 5) Que todo lo expresado no va en desmedro de la jurisdicción estatal ordinaria en el ámbito de su competencia.

En virtud de lo expuesto aconsejamos:

- 1) Analizar el rol, que fundamentalmente en las relaciones comerciales y en especial societarias, les cabe de a los especializados en los medios alternativos de resolución de conflictos.

- II) Profundizar sistemática y consecuentemente en el estudio en torno a los Institutos que conforman el medio idóneo que permite descubrir lo valioso de una situación conflictiva la cual obliga a aplicar la creatividad, que en definitiva abre caminos distintos en la concreción de un mismo negocio comercial, permitiendo en todo ello un excelente trabajo interdisciplinario.
- III) Elaborar una regulación autónoma e integral, que abarque los aspectos tanto procesales como sustanciales, aprovechando la rica experiencia que en el ámbito del Derecho Comercial Internacional existe al respecto y propiciar la formación de consultores especializados privados, adaptándola a la idiosincrasia nacional.

### FUNDAMENTOS

En palabras de Toynbee podemos decir que la economía está constantemente formulando retos a los juristas y al derecho. Su internacionalización ha obligado a adaptar sus categorías ciertamente tradicionales y un poco anquilosadas a las nuevas realidades.

En el análisis pormenorizado de la conveniencia de la resolución de disputas societarias por medio de soluciones alternativas de resolución de conflictos es dable destacar que el comerciante, el inversor, el individuo de buena fe, estará dispuesto a usar dichas formas especialmente cuando pueda acudir a resolver sus disputas por medio de hombres probos, libres de excesivas formalidades y que se muevan con alto sentido de equidad.

Hoy surge la pregunta sobre si no ha llegado el momento de personificar en el moderno derecho económico a personas y a entes que sin respaldo estatal alguno, sin constituir administración pública, son los que día a día protagonizan el quehacer económico.

Está surgiendo un derecho económico de los comerciantes y hombres de negocios, al margen del Estado, una nueva *lex mercatoria*.

En el ámbito internacional, los protagonistas del comercio y los negocios internacionales han sentido la necesidad de unificar esfuerzos y de constituir entidades que por vía asociativa defienden colectivamente sus intereses.

Los empresarios están convencidos de que las jurisdicciones estatales nacionales no son siempre el foro más apropiado para resolver sus litigios, y ésa es la razón por la cual han dado luz verde y propician la técnica del arbitraje internacional.

Podría decirse que existe una nueva ética en los negocios internacionales y surge de ella:

- a) Que es contrario a la buena fe contractual el que se hagan propuestas de negocios poco razonables o manifiestamente inaceptables, dirigidas exclusivamente a provocar el fracaso de las negociaciones.

- b) El equilibrio contractual y financiero sólo puede romperse por aceptación expresa de las partes.
  - c) La característica principal de los negocios internacionales, o sea la agilidad contractual y la aparición de nuevas fórmulas (*leasing, factoring, franchising, etc.*) permite por la solución informal de los conflictos posibles, la novación de los mismos que los adapte a las necesidades surgidas.
  - d) La jurisprudencia arbitral cobra especial relieve en la determinación y valoración de los daños a los que las partes han de hacer frente, introduciendo la equidad como medida de reparación de los mismos.
- Nuevas técnicas introducidas por los comerciantes para la prevención y solución de sus conflictos internacionales:
- 1) La conciliación.
  - 2) La adaptación de los contratos, sobre todo los continuados en el tiempo.
  - 3) El peritaje, que permite que se deje constancia en forma técnica a lo largo de la ejecución de un contrato sobre el cumplimiento del mismo.

### 1. Posibles soluciones del conflicto de intereses

Cuando el hombre supera su estado de soledad y empieza a vivir en sociedad o sea cuando comienza a convivir, aparece ante él la idea del conflicto y en base a ello quiere para sí en forma exclusiva algún bien. Comienza a ejercer una pretensión, pero resulta que a ella se le opone contemporáneamente una resistencia, lo cual representa un conflicto intersubjetivo de intereses.

Solucionar un conflicto es lograr que la fuerza de la razón sustituya a la razón de la fuerza que lleva como inmediata consecuencia el logro de la "autocomposición" pacífica de los propios implicados en el conflicto, o sea que ambos contendientes renuncian simultánea y recíprocamente a parte de lo que aspiraban al entablarse el conflicto. La conciliación lleva a una "autocomposición directa".

Ahora bien, existen otras formas de resolver los conflictos, como la "autocomposición indirecta" y la "heterocomposición". En ellas aparece un extraño ajeno al conflicto.

El primero es el pretendiente, el segundo es el resistente y el tercero es quien ayuda a disolver o resolver el conflicto, actuando espontáneamente o a pedido de los propios interesados y en ambos supuestos los contendientes aceptan la presencia de un tercero.

El tercero puede adoptar distintas actitudes:

- 1) El tercero neutral, utilizando técnicas especiales actúa para estimular y facilitar la resolución del conflicto sin indicar cuál debe ser su solución.

Apoya a las partes a identificar claramente las materias en cuestión, pero son ellas quienes intervienen en el proceso, negociando y no delegando el control en el tercero el cual no toma, ni impone una decisión, si los participantes no llegan a un acuerdo. Su misión es conducir la audiencia, de modo que puedan ponerse de manifiesto las verdaderas necesidades e intereses de los sujetos en conflicto y el acuerdo final es una consecuencia de la voluntad de las partes. En este caso el tercero actúa como mediador. En la mediación se produce la "autocomposición".

2) El tercero a pedido expreso de las partes en conflicto, dentro de los límites que ellas eligen al efecto asume un papel preponderante, ya que no sólo intenta el acercamiento estimulando y facilitando la resolución del conflicto sino que luego de escucharlas en pie de igualdad emite su decisión y resuelve según su buen saber y entender. En este caso el tercero actúa como amigable componedor y se produce la "heterocomposición".

3) El tercero, a pedido de las partes también en este supuesto dicta una resolución o laudo, conforme a derecho, al cual aquéllas se someten, generalmente de modo vinculante, renuncian al derecho de demandar judicialmente.

Aquí no se busca que las partes encuentren la solución justa y factible, sino que ellas deben convencer al tercero que una de ellas tiene razón y que la otra está equivocada. Es un método adversarial que tiene muchas características de un proceso judicial. Aquí el tercero actúa como árbitro y se produce la "heterocomposición".

4) Finalmente nos encontramos con el proceso.

Se produce la "heterocomposición pública". El tercero es el juez.

### **1.1. Las ventajas de los métodos alternativos de solución de conflictos como medio**

Resulta evidente que el proceso privado se desarrolla en base a fórmulas procedimentales que aplican la oralidad y la inmediatez en trámites libres de formulismos, en discusión amable y civilizada en presencia del tercero que conducirá a las partes para que pongan de manifiesto sus verdaderas necesidades e intereses.

Entre el proceso y las formas alternativas —la mediación—, las diferencias fundamentales están dadas por:

- El *objetivo*, cada parte procura lograr que se imponga su propia solución, en tanto en las formas alternativas ambas partes tratan de alcanzar una solución que satisfaga a ambas.

- Los *sujetos* de la solución, ya que en el proceso la autoridad es judicial, y en la mediación, por ejemplo, la autoridad es la voluntad de ambas partes.
- El *cómo*, ya que en el proceso el arribo a la solución deja de lado los intereses de una de las partes en cambio en la mediación solamente merman algunos intereses en aras de los de la otra parte, y recíprocamente.
- El *plazo*, que se abrevia considerablemente.
- El *costo*, que se reduce.

En suma, se trata de soluciones privadas informales, económicas y rápidas que evitan el definitivo distanciamiento de las partes, con las ventajas de toda solución lograda fuera del proceso, ya que como ninguna revela el verdadero sentido del derecho y el lugar de éste en la sociedad actual.

Apliquemos estos conceptos a conflictos societarios y claramente avizoraremos los resortes diversos de avenimiento de las partes, que finalmente se destacan como una obra pacificadora de terceros, que gozando de la confianza de los contendientes pueden recibir de éstos la autoridad necesaria para encaminarlos a una solución satisfactoria.

Hoy surge la pregunta sobre si no ha llegado el momento de personificar.

## 1.2. Caso especial de arbitraje

El *arbitraje en la actividad bancaria* trasciende las simples incumbencias de solución de disputas bancarias y financieras.

Hay un aspecto que subyace y es el interés de la institución Banco, que en su forma de contratación tiene como característica la contratación en masa dada en su mayoría en contratos de adhesión.

El análisis de la contratación bancaria, que es acompañada por las denominadas cláusulas predispuestas nos lleva a la conclusión de que el banco busca tener los medios legales que permitan la menor discusión posible frente a las causas para lograr un efectivo y rápido cobro.

En actividades bancarias o financieras no típicamente bancaria, por ejemplo de bolsa, se otorgan obligatoriamente facultades suficientes para someter las disputas a un tribunal arbitral.

En un 80 % de los casos las grandes empresas poseen personas que componen tribunales arbitrales, frente a los cuales se dilucidarán las cuestiones entre clientes y agentes de bolsa, que son personas especializadas, o sea que forman un foro especial.

Puede ser de interés de los bancos que se sometan a estos métodos alternativos de solución de conflictos en las que se debata la responsabilidad de los bancos como por ejemplo en el caso de impugnación de saldo, o su conducta

en el no otorgamiento de un préstamo prometido. Una cuestión sometida a la justicia adquiere publicidad, mientras en régimen de resolución alternativa se mantiene en esfera privada.

## **GLOSARIO**

*Arbitraje:* Sus dos tipos, voluntario y compulsivo no vinculante, hacen que un tercero neutral, el árbitro, reciba pruebas y controle un procedimiento no formal, más rápido y que con su decisión permite que las partes queden obligadas a cumplir un "laudo".

*Amigable composición:* Consiste en un procedimiento arbitral informal, en el cual los jueces no aplican el derecho vigente, sino que deciden la *litis* según su leal saber y entender. Los amigables compondores, son jueces privados, tienen competencia limitada en razón de la materia y carecen de *imperium*.

*Evaluación neutral temprana:* Consiste en un proceso en el cual las presentaciones son hechas a un tercero neutral, que rinde una evaluación oral sobre los méritos de los reclamos realizados por cada parte en disputa. El evaluador no tiene poder para imponer un acuerdo y el proceso es confidencial.

*Mini juicio:* Un proceso confidencial, en el cual los abogados de cada parte resumen sus pretensiones, acompañando las pruebas que las justifican. Ambas partes como se han escuchado entre sí y conocido las pruebas recíprocas que avalan su pretensión, pueden analizar la conveniencia de una solución amistosa.

*Búsqueda de los hechos:* Un proceso en el cual el tercero neutral determina los hechos del caso en cuestión, las partes pueden ponerse de acuerdo de antemano para limitarse a estos hallazgos o aceptarlos sólo como recomendación.

*Negociación:* Es un proceso voluntario, no estructurado que usan las partes para llegar a un acuerdo mutuamente aceptado.

*Conciliación:* En el transcurso de un proceso, el juez, una autoridad administrativa, un tercero neutral, pueden convocar a las partes en disputa, invitándolas a llegar a un acuerdo razonable.

*Mediación:* Es un procedimiento no adversarial colaborativo, en el que un tercero neutral y que no tiene poder sobre las partes, ayuda a que éstas, en forma cooperativa, encuentren la solución al conflicto que las enfrenta.