



CAPACITARTE



CURSO DE ORALIDAD EN EL DERECHO LABORAL

Módulo 4

La mediación, la conciliación y la negociación

La mediación es un procedimiento no adversarial en que un tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a éstas a que en forma cooperativa encuentren el punto de armonía en el conflicto.

Se ha afirmado que la mediación es un proceso por el cual el mediador, como tercero neutral, actúa con iniciativa suficiente para instar a facilitar la discusión y consiguiente resolución de la disputa, sin indicar cuál debe ser el resultado.

Para Juan Colerio y Jorge Rojas, la mediación es una de las especies de la negociación, en la que la interviene un tercero, quien no aporta soluciones sino que trabaja sobre los intereses de los sujetos para que lleguen éstos consensuada y voluntariamente a un acuerdo. Es un tipo de negociación asistida.

Además, se ha definido a la mediación como el procedimiento no adversarial en el cual un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable.

El término conciliación suele emplearse en distintos sentidos. Puede referirse al resultado de una negociación o puede indicar el procedimiento tendiente a superar una disputa.

Cabe destacar que la conciliación como procedimiento puede ser extrajudicial o judicial.

La conciliación extrajudicial es una negociación asistida por un tercero neutral que es un facilitador de la comunicación sin poder de decisión. El conciliador puede colaborar y

aportar ideas para arribar a un acuerdo, incluso, si los asistidos lo requieren o prestan conformidad, el conciliador puede proponer fórmulas de avenimiento.

La conciliación judicial se desarrolla en un proceso judicial ante un órgano jurisdiccional con las facultades propias de su investidura. En este caso el conciliador tiene poder de decisión.

La mediación siempre es extrajudicial y necesariamente es una negociación asistida por un tercero neutral. El mediador no tiene poder de decisión, en ninguna circunstancia. Aclaro que si bien la autoridad administrativa, en el caso de la conciliación laboral obligatoria, tiene la potestad de homologar el acuerdo, ello no significa que el conciliador tenga poder; la homologación es facultad del SECCLO.

Siguiendo a Garber podemos mencionar una clasificación en los tipos de mediación: la facilitativa, la evaluativo-predictiva y la combinada. Este autor explica cada una de las características, pero me ocuparé solamente de la primera de ellas porque entiendo que es la que utilizamos en nuestro medio.

La mediación facilitativa tiene al mediador como facilitador de la comunicación; puede formular propuesta con anuencia de los negociadores y los debe guiar para conocer sus verdaderos intereses encaminándolos hacia la obtención de una solución del desacuerdo.

Nos hallamos ante una negociación, cuando dos o más personas tratan de compatibilizar sus intereses a través de tratativas directas, exista o no una disputa. Tengamos presente que en más de una oportunidad las partes involucradas en una cuestión que resulta de interés de ambas tienen ánimo de acordar pero quieren encontrar la forma más conveniente para ambos a los efectos de arribar a un convenio. Entiendo que es factible una negociación sin controversia pero a mi parecer es más improbable una mediación sin disputa porque ya se llegó a la necesidad de un tercero neutral que facilite la comunicación.

Para Highton y Álvarez, la negociación se hace directamente entre las partes, sin ayuda ni facilitación de terceros y no necesariamente implica disputa previa. Es un proceso

voluntario, predominantemente informal, no estructurado, que las partes utilizan para llegar a un acuerdo mutuamente aceptable.

Expresa Willian Ury que la negociación es un proceso de mutua comunicación encaminado a lograr un acuerdo con otros cuando hay algunos intereses compartidos y otros opuestos

La formación y rol del profesional en la conciliación

Indica Verónica Marcellino que se ha señalado que si las soluciones de muchas divergencias pasan por el andarivel de los medios alternativos que enfatizan la misión de "acompañamiento" de los operadores, la necesidad del consejo o asesoramiento orientados a la búsqueda de fórmulas racionales y equitativas de superación del conflicto, del abogado cabe esperar posturas acordes con ese método y orientadas hacia los mismos fines.

En la mediación, dijimos, se facilita la discusión e insta a las partes a conciliar esos intereses. Por tanto, rige el axioma de que "la mejor justicia es aquella a la que arriban las partes por sí mismas", pues el haber participado en la solución torna más aceptable el cumplimiento.

Resulta relevante aquí el rol de los abogados, tanto en ayudar a sus clientes a elegir el proceso apropiado cuanto en asistirlos al tiempo de participar en la mediación.

En la conciliación, el papel del abogado es también importante; debe estar debidamente informado respecto de la disputa y sus características, evaluando fortalezas y debilidades que "desnuden" el problema, y le permitan delinear estrategias, a través de investigar la postura del ocasional adversario.

Por ello, se ha venido insistiendo en la necesidad de que los profesionales adopten una mentalidad conciliadora para facilitar el mejoramiento de la justicia. Así, deberán estudiar y conocer profundamente el Derecho, a punto tal de observar las ventajas y

desventajas de las posiciones ante la misma situación conflictiva y real, para lograr las coincidencias y el convenio futuro.

Se ha afirmado que no hay mejor mediador que el abogado, quien, operando en su rol preventivo, consejero, impide la discusión entre ánimos acelerados por la circunstancia que los encuentra, logrando persuadir al cliente hacia el buen entendimiento de sus ventajas y oposiciones.

De allí la relevancia de ajustar el proceso de capacitación en las universidades, de modo que no se limiten a transmitir el conocimiento y el entrenamiento en las técnicas ya conocidas, sino que deben tender a formar un nuevo estilo de profesionales, preparados técnica y culturalmente para generar alternativas y opciones. La transmisión de información teórica, la puesta en práctica de las técnicas conocidas, el entrenamiento y conocimiento del funcionamiento de los sistemas alternativos más usuales, debe complementarse con una adecuada concientización sobre la necesidad de cambiar el enfoque tradicional.

La audiencia de conciliación en los procesos laborales

En el ámbito judicial, generalmente un empleado del Juzgado es quien lleva adelante el acto de conciliación. En primer lugar, ilustrará acerca del objetivo de la audiencia, y seguidamente, y para el caso de que perciba la intención de las partes de arribar a un acuerdo, comenzará a tener una charla informal con cada una de las partes, en la medida de lo posible por separado. A cada una de las partes dicho empleado comentará acerca de las ventajas y desventajas del acto conciliatorio y teniendo en cuenta las particularidades del conflicto suscitado. A medida que va transcurriendo el acto de la audiencia el empleado a cargo, irá advirtiendo los verdaderos problemas del conflicto, y utilizando alguna táctica tratará de limar asperezas, ya que siempre mediante un acto judicial lo que se trata de conseguir siempre es resolver un conflicto y en definitiva conseguir la paz social. En la mayoría de los conflictos judiciales laborales existe un trasfondo de cuestiones personales, las que una vez detectadas mediante alguna

perspicacia por el empleado conciliador, y tratando de solucionar ellas en primer lugar, inmediatamente, o por lo menos así la experiencia lo indica, las partes se pondrán de acuerdo en el monto de conciliación. Una vez logrado el acuerdo se plasmará en un acta en donde en primer lugar se presentará a las partes. Luego de presentar a cada una de las partes se hará un relato circunstanciado de lo ocurrido en el transcurso de la audiencia. Se transcribirá lo acordado verbalmente, dejándose constancia en forma clara las fechas de pago del acuerdo. Es conveniente, y normalmente es así como se realiza en la práctica, pactar la caducidad de plazos para el caso de incumplimiento en alguna de las cuotas pactadas y así poder exigir el pago de la totalidad de las cuotas pactadas y pendientes de pago, obviamente ello es así para los acuerdos pactados en cuotas. También se suele pactar y para el caso de que exista mora del deudor en el pago del monto acordado, una cláusula penal comprensiva de intereses moratorios y punitivos. También existen cuestiones accesorias, las que deben quedar determinadas en forma clara y precisa a fin de evitar futuros problemas e inconvenientes. Se trata de aquellas cuestiones atinentes a los honorarios de los profesionales intervinientes en el proceso y las costas.

En cuanto a los honorarios deberá dejarse constancia y como parte del acuerdo conciliatorio si existe un ofrecimiento por parte del demandado y en dicho caso se hará constar el monto y la fecha de pago. En cuanto a las costas también deberán ser pactadas en forma concreta y para el caso de que no existiera pacto alguno serán impuestas en el orden causado (conf. art 73 CPCCN y 155 L.O.).

Luego de plasmar todo ello en el mismo acto de la audiencia, el juez homologará o no el acuerdo al cual han arribado las partes. La resolución homologatoria deberá ser fundada de conformidad con lo normado en el art. 15 LCT y en lo sustancial deberá cumplir con los requisitos impuestos por el art. 162 del CPCCN, norma que remite expresamente a lo normado en los arts. 160 o 161 del CPCCN según se homologue o no el acuerdo conciliatorio.

Así como las partes deben ser claras y precisas en cada una de las cláusulas del acuerdo conciliatorio, la resolución homologatoria también debe ser fundada y concisa.

Debe expedirse con relación a las costas.

Debe eximir a la parte demandada del pago de tasa de justicia y para el caso de que no se haya pactado un reconocimiento de honorarios, y para el caso de que se solicite el juez deberá efectuar la correspondiente regulación de honorarios tanto para los letrados actuantes como para los peritos intervinientes en el juicio.

La oralidad, ventajas y desventajas

Debemos recordar que no existe un procedimiento totalmente oral ni tampoco un procedimiento totalmente escrito, es así que en la provincia de Buenos Aires como ya he podemos deducir a lo largo de los módulos anteriores, tienen un procedimiento semi-oral, conformado por una parte escrito y otra oral, de esta forma, los instrumentos constitutivos del proceso- léase demanda, contestación y reconvenición- se producen en forma escrita, así como la prueba pericial e informativa, dejando de lado las posiciones y declaración de testigos, las cuales- y como veremos en el siguiente módulo- se desarrollan en forma oral ante los miembros del Tribunal.

Sin adentrarnos a desarrollar las ventajas o desventajas que un procedimiento netamente oral podría traer aparejado a los procesos judiciales- cuyo desarrollo excedería largamente tanto el presente modulo como el desarrollo del curso- solo diré al respecto que la necesidad del proceso oral- al decir de Toselli- está vinculada con la actuación del juez, en su posibilidad de acercamiento a las partes del litigio (la inmediatez) con su correlato de indagación concreta para arribar a la justa composición de los derechos e intereses litigiosos puestos a su consideración. Ello sin duda ayuda a la supresión de formulismos que conspiran contra la celeridad o la agilidad que debe imperar en el procedimiento judicial y en especial en el laboral, cuyos créditos reclamados son por su propia naturaleza de características alimentarias y asistenciales y requieren una rápida definición.

Indudablemente que las dificultades de la instauración de la oralidad, radican en la necesidad de contar con la infraestructura pertinente para ello. Siendo tan decisiva la

actuación del juzgador y requiriéndole la recepción de las audiencias una importante cantidad del tiempo de su labor judicial, debe haber suficientes juzgados para impedir el abarrotamiento de causas y de esa manera afectar los principios referidos como los elementos justificantes del proceso

Oral y reformular las sedes jurisdiccionales, los que deberán adaptarse a los nuevos actos judiciales; tal el caso muy especial de la ambientes físicos adaptadas a “salas de audiencias” en condiciones de mínima dignidad, amplitud, seguridad, comodidad, etc. para un correcto desarrollo del acto o audiencia que deba ser realizada.

A su vez, la oralidad, debe ir acompañado de la necesaria complementación en capacitación y requerimientos personales. En lo personal, pasamos a un sistema donde la recepción de prueba es recibida en una audiencia oral y pública, presidida por el juez, sin que se hubiera recibido una capacitación seria y profunda sobre ello.

Sin perjuicio de ello debe destacarse que debe existir un compromiso del magistrado para lograr que el proceso oral no se desnaturalice, pues si no existe tal motivación (propia de la materia en la cual se ha especializado) por más que haya suficiente infraestructura para agilizar los procesos podemos prontamente estar incurso en callejones sin salidas.

Sin infraestructura y personal humano suficiente se hace muy difícil lograr el pleno funcionamiento de tribunales orales, pero sin compromiso pleno y absoluto del magistrado, como factor humano, se torna imposible su realización.

Dicho de otro modo, lo expuesto nos permite decir que en la actualidad no tendría sentido seguir discutiendo entre oralidad o escritura; sino que la discusión pasa por escritura enfrentada con la tecnología e infraestructura, estos últimos como medios e instrumentos necesarios para poder implementar de alguna forma o introducir la oralidad en los procesos. En efecto, la tecnología e infraestructura (Tal como lo hemos indicado) se presenta como condición imprescindible para por introducir “eficazmente” la oralidad en el proceso.

Únicamente de dicha manera podemos llegar a aceptar que la “oralidad” es un método o técnica de debate “moderno, que ese es el sentido de su introducción ya que debemos

tener aceptado que no resulta posible que todo el procedimiento sea oral en virtud a que son necesarias determinadas constancias escritas.

Al respecto Mauro Cappelletti con su claridad ha expuesto que, *"es un hecho que la oralidad, no es un principio que haga referencia a todos los actos y fases del proceso, sino a la única fase de la sustanciación que comprende principalmente la instrucción probatoria"* y Chiovenda claramente marca estos límites al remarcar: *"...entendemos por proceso oral aquel en el cual la audiencia es utilizada para la sustanciación de la causa, o sea para el desenvolvimiento mismo de la instructoria, convenientemente predispuesta a base de escritos preparatorios de las partes con providencias ordenatorias del magistrado"*.

En síntesis, no existe la posibilidad de un proceso oral puro, que se pudiera desarrollar íntegramente en un único acto, en un mecanismo de justicia expeditiva a la que no estaríamos habituados, en función de los tiempos procesales y el resguardo de disposiciones constitucionales que permitan el debido contralor.

Finalmente, no está de más, recordar aquellas palabras esgrimidas por ese gran procesalista Italiano que fue Piero Calamandrei, al decir: *"...la oralidad es la expresión de la confianza ("me basta tu palabra"), mientras la escritura es la expresión de la cautela desconfiada ... ("las palabras vuelan, los escritos quedan") ...desconfianza del juez hacia el abogado, desconfianza del abogado hacia el abogado contrario"* y agrega *"hay otra razón que explica por qué con frecuencia los abogados prefieren escribir y no hablar: por escrito se pueden presentar, sin rubor, tesis que no se tendría el valor de sostener delante del juez (el papel no se sonroja)"*.

Debemos recordar que no existe un procedimiento totalmente oral ni tampoco un procedimiento totalmente escrito, es así que en la provincia de Buenos Aires como ya he podemos deducir a lo largo de los módulos anteriores, tienen un procedimiento semi-oral, conformado por una parte escrito y otra oral, de esta forma, los instrumentos constitutivos del proceso- léase demanda, contestación y reconvencción-se producen en forma escrita, así como la prueba pericial e informativa, dejando de lado las posiciones y declaración de testigos, las cuales-y como veremos en el siguiente módulo-se desarrollan en forma oral ante los miembros del Tribunal.

Sin adentrarnos a desarrollar las ventajas o desventajas que un procedimiento netamente oral podría traer aparejado a los procesos judiciales- cuyo desarrollo excedería largamente tanto el presente modulo como el desarrollo del curso- solo diré al respecto que la necesidad del proceso oral- al decir de Toselli- está vinculada con la actuación del juez, en su posibilidad de acercamiento a las partes del litigio (la inmediatez) con su correlato de indagación concreta para arribar a la justa composición de los derechos e intereses litigiosos puestos a su consideración. Ello sin duda ayuda a la supresión de formulismos que conspiran contra la celeridad o la agilidad que debe imperar en el procedimiento judicial y en especial en el laboral, cuyos créditos reclamados son por su propia naturaleza de características alimentarias y asistenciales y requieren una rápida definición.

Indudablemente que las dificultades de la instauración de la oralidad, radican en la necesidad de contar con la infraestructura pertinente para ello. Siendo tan decisiva la actuación del juzgador y requiriéndole la recepción de las audiencias una importante cantidad del tiempo de su labor judicial, debe haber suficientes juzgados para impedir el abarrotamiento de causas y de esa manera afectar los principios referidos como los elementos justificantes del proceso

Oral y reformular las sedes jurisdiccionales, los que deberán adaptarse a los nuevos actos judiciales; tal el caso muy especial de la ambientes físicos adaptadas a “salas de audiencias” en condiciones de mínima dignidad, amplitud, seguridad, comodidad, etc. para un correcto desarrollo del acto o audiencia que deba ser realizada.

A su vez, la oralidad, debe ir acompañado de la necesaria complementación en capacitación y requerimientos personales. En lo personal, pasamos a un sistema donde la recepción de prueba es recibida en una audiencia oral y pública, presidida por el juez, sin que se hubiera recibido una capacitación seria y profunda sobre ello.

Sin perjuicio de ello debe destacarse que debe existir un compromiso del magistrado para lograr que el proceso oral no se desnaturalice, pues si no existe tal motivación (propia de la materia en la cual se ha especializado) por más que haya suficiente

infraestructura para agilizar los procesos podemos prontamente estar incursos en callejones sin salidas.

Sin infraestructura y personal humano suficiente se hace muy difícil lograr el pleno funcionamiento de tribunales orales, pero sin compromiso pleno y absoluto del magistrado, como factor humano, se torna imposible su realización.

Dicho de otro modo, lo expuesto nos permite decir que en la actualidad no tendría sentido seguir discutiendo entre oralidad o escritura; sino que la discusión pasa por escritura enfrentada con la tecnología e infraestructura, estos últimos como medios e instrumentos necesarios para poder implementar de alguna forma o introducir la oralidad en los procesos. En efecto, la tecnología e infraestructura (Tal como lo hemos indicado) se presenta como condición imprescindible para por introducir "eficazmente" la oralidad en el proceso.

Únicamente de dicha manera podemos llegar a aceptar que la "oralidad" es un método o técnica de debate "moderno, que ese es el sentido de su introducción ya que debemos tener aceptado que no resulta posible que todo el procedimiento sea oral en virtud a que son necesarias determinadas constancias escritas.

Al respecto Mauro Cappelletti con su claridad ha expuesto que, *"es un hecho que la oralidad, no es un principio que haga referencia a todos los actos y fases del proceso, sino a la única fase de la sustanciación que comprende principalmente la instrucción probatoria"* y Chiovenda claramente marca estos límites al remarcar: *"...entendemos por proceso oral aquel en el cual la audiencia es utilizada para la sustanciación de la causa, o sea para el desenvolvimiento mismo de la instructoria, convenientemente predispuesta a base de escritos preparatorios de las partes con providencias ordenatorias del magistrado"*.

En síntesis, no existe la posibilidad de un proceso oral puro, que se pudiera desarrollar íntegramente en un único acto, en un mecanismo de justicia expeditiva a la que no estaríamos habituados, en función de los tiempos procesales y el resguardo de disposiciones constitucionales que permitan el debido contralor.

Finalmente, no está de más, rememorar aquellas palabras esgrimidas por ese gran procesalista Italiano que fue Piero Calamandrei, al decir: *"...la oralidad es la expresión de*

la confianza ("me basta tu palabra"), mientras la escritura es la expresión de la cautela desconfiada ... ("las palabras vuelan, los escritos quedan") ... desconfianza del juez hacia el abogado, desconfianza del abogado hacia el abogado contrario" y agrega "hay otra razón que explica por qué con frecuencia los abogados prefieren escribir y no hablar: por escrito se pueden presentar, sin rubor, tesis que no se tendría el valor de sostener delante del juez (el papel no se sonroja)".

