

Abogados y mediación: ¿amigos o enemigos?

Christian Lamm

Abogado y mediador

I. Introducción

Cuando hablo de mediación con abogados que aún no han tenido contacto con dicho método de gestión de conflictos, suelo percibir escepticismo y desconfianza. Los comentarios que escucho habitualmente son: *"La mediación está bien para el mundo anglosajón, pero no va a funcionar en España, aquí somos muy viscerales"* o *"Está bien para temas menores, pero no creo que sirva para asuntos complejos"*. También me dicen que no es posible llegar a un acuerdo en mediación en los casos que ellos llevan a juicio porque ya han intentado negociar con la contraparte sin éxito. Otro motivo que me ha sido confesado es el miedo a que la mediación les quite negocio.

Por otro lado, no son pocos los mediadores que prefieren tener a los abogados lo más lejos posible de la mediación. Los perciben como estorbos que, cuando están presentes en la mesa de mediación, no dejan hablar a sus clientes, centran los problemas en los aspectos legales y adoptan actitudes muy agresivas y competitivas frente a la contraparte y a veces también frente al mediador, todo ello en detrimento del proceso de mediación.

Pareciera ser, entonces, que lo mejor es que abogados y mediación queden lo más separados posible. Sin embargo, la tendencia -mundial- es que cada vez más conflictos se resuelvan por los llamados métodos alternativos (o adecuados) para la resolución de disputas, sobre todo a través de la mediación. Así, cada vez más países establecen la mediación como instancia prejudicial obligatoria o facultan a los Jueces a derivar sus asuntos a una mediación. Dicho de otra manera, los caminos del abogado y la mediación están comenzando a aproximarse. ¿Es esto algo negativo para el abogado y para la mediación?

II. Abogados: función y misión tradicional

Según el paradigma tradicional de los abogados, estos tienen entre sus funciones la prevención y resolución de conflictos interpersonales, recurriendo para ello al ordenamiento jurídico vigente. Esto incluye la redacción de consultas y opiniones legales, contratos, gestiones administrativas y, por supuesto, la defensa de los intereses de sus clientes ante

los Tribunales. Y esto lo tienen que hacer intentando obtener lo máximo posible para su cliente. O sea, que el abogado está entrenado para competir, para obtener la mayor tajada posible. Esa es muchas veces también la expectativa del cliente, que espera que el abogado se desempeñe como un matador, como un guerrero que va a luchar por sus derechos hasta las últimas consecuencias y sin vacilar en utilizar todos los recursos que están a su alcance para vencer. La herramienta del abogado para dirimir disputas por vías legales es el proceso judicial, que es un método de resolución de conflictos en virtud del cual una tercera persona, objetiva e imparcial, en ejercicio de una potestad que le confiere el Estado, resuelve el conflicto con base en la normativa vigente, pudiendo en su caso disponer de la fuerza estatal para asegurar el cumplimiento de su decisión. Es un proceso muy formal, con muchas reglas cuya inobservancia puede afectar al resultado del proceso, y por lo general no es confidencial. Las decisiones de los Jueces son ejecutables -vale decir que se aplicará la fuerza del Estado para su cumplimiento-. Por ejemplo, para hacer cumplir una orden de desahucio, un Juez puede requerir que intervenga la Policía. Por ello, se dice que el sistema jurídico de resolución de conflictos tiene un carácter violento, en tanto recurre al uso o a la amenaza de la fuerza. No es que esté mal; de hecho, esto es así para excluir el uso de la fuerza por los particulares, quedando esta reservada en el Estado moderno a los órganos judiciales, en los términos reglamentados por el mismo sistema.

III. Ventajas y desventajas del proceso judicial

Este sistema judicial presenta la ventaja que dirime las disputas entre las partes en forma eficaz y definitiva, toda vez que, como se ha dicho, se puede solicitar que el Estado utilice la fuerza para asegurar el cumplimiento. Para el abogado también presenta la ventaja de ser un arte que domina y para el cual su intervención es indispensable, es decir, alguien que no es abogado no puede poner en marcha el aparato jurisdiccional.

Pero también presenta una serie de desventajas:

- Es comparativamente lento. Suelen pasar años hasta que se cuente con una sentencia ejecutable. Para el abogado, esto también puede implicar mayor tiempo hasta que cobre la totalidad de sus honorarios.
- Afecta a la relación de las partes. Esto puede ser un problema en caso de que las partes estén obligadas a seguir en contacto, como suele ser el caso en cuestiones de Derecho de familia en las que hay hijos.
- Solo permite intervenir en conflictos que tienen amparo legal.
- Una vez iniciado el proceso, se pierde el control del mismo, ya que pasa a estar en manos del Juez. No es sencillo para un abogado o una contraparte desistir del mismo, ya que ello implicaría -al menos- tener que asumir las costas del proceso.
- Las sentencias solo satisfacen intereses que están legalmente regulados; por ejemplo, en un divorcio el ordenamiento jurídico permitirá solicitar una compensación económica en concepto de alimentos. Pero no una disculpa, que para las partes muchas veces tiene tanto o mayor valor que el aspecto económico.
- El riesgo -en mayor o menor medida- de perder casi siempre está presente.

IV. El abogado como negociador

Los abogados son conocedores de estos inconvenientes y, por ello, antes de iniciar un juicio, muchos recurren cotidianamente a otra herramienta de gestión de conflictos: la negociación. Suele haber entonces un proceso de comunicación del abogado con la contraparte o su abogado, tendiente a buscar una solución consensuada al conflicto. Sin embargo, son muy pocos los abogados que conocen las artes, técnicas, estrategias, etc., de la negociación. No deja de ser sorprendente que, en pleno siglo XXI, esta actividad, que es consustancial con la profesión de abogado y que requiere ser aprendida y practicada, esté ausente en la gran mayoría de los programas de estudio de las facultades de Derecho, al menos en España. Es por ello que las negociaciones de los abogados son realizadas en forma intuitiva y sus resultados suelen ser modestos. Es por ello también que los abogados omiten vislumbrar este campo como un área de negocio, por ejemplo, ofreciendo a sus clientes un servicio de planificación y estructuración de gestión de conflictos en forma negociada.

V. La mediación vista como negociación asistida por un tercero

Existen varias escuelas de mediación, pero la predominante, llamada “facilitadora” o “Harvard” (en virtud del modelo de gestión de conflictos en el que se basa), puede ser entendida, en buena medida, como una negociación asistida por un tercero neutral e imparcial, cuya función es lograr que las partes se comuniquen mejor, descubran sus verdaderos intereses y necesidades y colaboren para generar múltiples opciones de acuerdo mutuamente convenientes.

Este tipo de negociación asistida por un tercero es particularmente recomendable por el siguiente motivo: es altamente eficaz. Así lo avalan las estadísticas; por ejemplo:

- Center for Effective Dispute Resolution, CEDR (Londres): 75 % de acuerdos.
- Cámara de Comercio Internacional, ICC (París): + 80 % de acuerdos.
- Estado de Baja Sajonia, Alemania (mediación judicial): 80 % de acuerdos.

Incluso en los sistemas en los que la mediación es prejudicial obligatoria, como, por ejemplo, Argentina o Italia, se citan tasas de acuerdo de más del 50 %.

Debe tenerse presente que estas tasas de acuerdo se refieren a negociaciones que ya han sido previamente intentadas entre las partes y que solo después de fracasar son llevadas a una mediación.

VI. ¿Qué aporta un mediador a la negociación entre las partes?

Cabe preguntarse cuál es el aporte del mediador para lograr acuerdos donde las partes o sus abogados han fracasado.

En primer lugar, el mediador establece un espacio neutral que genera confianza y permite a las partes sentirse escuchadas y comprendidas y, en consecuencia, mejor dispuestas para continuar con la gestión de sus conflictos.

En segundo lugar, el mediador estructura el proceso para que las partes se comuniquen de una manera diferente, comprendan mejor qué es lo que les interesa y necesitan, colaboren en lugar de competir y sean más creativas y flexibles a la hora de proponer soluciones mutuamente convenientes.

En tercer lugar, el mediador puede funcionar como catalizador de la emocionalidad que carga a las partes. A los abogados les suele resultar incómodo cuando en una negociación alguna de las partes se pone a gritar, insultar o incluso llorar. Prefieren centrarse en lo que consideran que son los aspectos centrales de lo que se está debatiendo, por lo general, temas vinculados a los derechos de las partes en disputa. Lo que la mayoría de los abogados omiten considerar es que estas emociones que atrapan a las partes les impiden ser más “racionales” a la hora de negociar un acuerdo económicamente favorable, ya que nublan su percepción. Por ello, encontrarán en el mediador un gran aliado a la hora de procesar la emocionalidad del conflicto.

VII. El abogado como asesor de parte en una mediación

El abogado es la persona a la que recurre una parte cuando siente que ya no está en condiciones de manejar por sí misma un conflicto. Aquí, el abogado le asesorará en dos niveles:

Nivel 1. Indicará cuál es el método de gestión de conflictos que más le conviene:

El abogado analizará la situación y contingencias legales y será quien recomiende a su cliente si ha de ir a juicio, a un arbitraje, a negociar (sí, por ejemplo, su posición legal no es muy sólida) o a una mediación.

Para ello, tomará en consideración lo siguiente:

- Costes: tiempo, dinero, emociones.
- Satisfacción con el resultado: ver si ese método me trae el resultado deseado.
- Efecto que la utilización de ese método tendrá en la relación (me importa/no me importa).
- Recurrencia del conflicto: ¿el método elegido pone fin al conflicto en forma definitiva o no?

Nivel 2. Brindará asesoramiento acerca de cómo solucionar el conflicto:

Si recomienda ir a juicio, diseñará la forma de presentar la demanda, producir la prueba, etc.

Si recomienda ir a negociación o mediación, puede también asesorar a la parte sobre aspectos tácticos y estratégicos relativos a la forma de comunicarse, crear valor, negociar, etc.

Aquí se presentan tres posibilidades:

- Que el abogado asesore a su cliente antes de cada reunión de mediación, pero sin intervenir en la misma.

- Que intervenga en la mediación junto con su cliente o
- que comparezca a la mediación por su cliente (esto último ocurre habitualmente en el caso de empresas).

Dicho de otra manera: los abogados pueden tener un rol activo en las mediaciones de sus clientes, asesorándoles tanto en el aspecto legal como en el desarrollo de la mediación en sí.

VIII. Particularidades de la intervención de los abogados como asesores de parte en una mediación

La intervención de un abogado como asesor de parte en una mediación presenta algunos rasgos que deben ser tenidos en cuenta.

- Los abogados negocian defendiendo los intereses de sus clientes, no los propios, con lo cual suelen tener una actitud más fría y pragmática. Mientras que la parte en conflicto puede tener una necesidad de satisfacción de toda una gama de intereses emocionales, los abogados suelen estar más enfocados en la satisfacción de los derechos concretos que reconoce la Ley, o al menos en utilizar estos derechos como medida de lo que será un buen o mal acuerdo. Por ejemplo, si en una mediación derivada de un accidente la parte causante del daño ofrece pagar toda la indemnización que correspondería legalmente, el abogado la considerará conveniente e intentará que su cliente la acepte, por más que su cliente quizá está más interesado en la obtención de una disculpa o un reconocimiento por el sufrimiento pasado.
- En una mediación, el abogado puede asumir una doble función: la de **asesor jurídico**, estableciendo cuáles son los derechos de su cliente y los de la contraparte, cómo serán las posibilidades de cada uno en caso de juicio, etc., y la de **asesor estratégico**, asesorando a su cliente acerca de la forma en que debe conducirse la mediación, sobre todo si el abogado tiene conocimientos de negociación, comunicación, estrategia, regateo, etc.
- Los abogados pueden sentir que su rol es competir para sacar la tajada más grande. Ven la mediación como un proceso competitivo y no como un proceso integrativo de creación de valor. Por lo tanto, pueden llegar a tener una actitud muy competitiva y agresiva, en la convicción de que ese es el rol que más ayudará a sus clientes. Esta actitud, obviamente, es perjudicial para el desarrollo de la mediación.

IX. ¿Qué ventajas ofrece la mediación frente al juicio?

1. La mediación permite gestionar conflictos que no tienen amparo legal. El universo de conflictos que el Derecho reconoce se circunscribe a un sistema cerrado de normas que resuelve todos los enfrentamientos posibles, pero solo dentro de dicho ámbito. Hay que decir que el Derecho -y, en consecuencia, los abogados- intervienen cuando hay un conflicto originado en una norma que manda o prohíbe hacer algo. Por ejemplo, hay una norma que dice que debo ceder el paso. Si no lo hago, la norma me impone una sanción. Pero hay que tener presente que todo lo que no está prohibido por las normas se considera jurídicamente permitido. O sea, que podría darse un conflicto entre dos conductas permitidas. De hecho,

el número de conflictos de este tipo es mucho más numeroso que los que abarca el Derecho. Por ejemplo, mi vecino y yo compartimos un jardín. Yo quiero construir una piscina y él, una cancha de tenis. Ambas conductas están permitidas y, sin embargo, son incompatibles entre sí, generándose un conflicto. Un conflicto que no tiene solución por la vía legal, pero que sí podría ser planteado -y resuelto!- dentro del ámbito de una mediación.

2. La mediación permite gestionar conflictos con amparo legal inadecuado. Los abogados conocen muy bien esta situación: tengo razón, pero no hay manera de demostrarla. Por ejemplo, tengo un choque en un cruce, pero no hay testigos, marcas en el otro coche... En este caso, no tengo forma de probar mi derecho. Ir a juicio sería muy arriesgado. Pero una mediación me permitiría intentar encontrar una solución por otras vías que no sean las estrictamente legales; por ejemplo, una apelación al sentido de justicia u honor del causante del accidente.

3. El acuerdo de la mediación es muy estable. Las estadísticas indican que los acuerdos de mediación tienen una tasa de cumplimiento muy alta, mucho mayor que la de las sentencias judiciales.

4. La mediación permite satisfacer intereses emocionales o trascendentes. Por ejemplo, en una mediación, a diferencia de un juicio, puedo buscar obtener una disculpa o un reconocimiento de la otra parte de lo que he sufrido.

5. La mediación ayuda a mantener la relación entre las partes. En un juicio, hay una parte que gana y otra que pierde. Esto hace que las partes se distancien aún más; la parte vencida verá a la ganadora como la causa de sus males. Por el contrario, en la mediación, cuando hay acuerdo, es porque ambas partes consideran que han ganado algo. Esto hace que puedan concluir la mediación con un apretón de manos y mantener o incluso mejorar la relación.

X. ¿Cuándo es para las partes mejor un juicio que una mediación?

No siempre es recomendable recurrir a una mediación. Expongamos algunos supuestos:

1. Cuando hay una necesidad de demostrar la verdad. Ejemplo típico es el de las calumnias e injurias. La persona calumniada o injuriada puede tener especial interés en que haya una investigación judicial que demuestre que los hechos o conductas que se le atribuyen son falsos. Un acuerdo dentro de una mediación carecería de credibilidad.

2. Cuando se quiere establecer un precedente. En determinadas ocasiones, pueden surgir temas en los que se quiere mostrar que no se va a negociar y que se está dispuesto a llegar hasta las últimas consecuencias. Por ejemplo, una empresa en la que se ha cometido un delito y quiere sentar el precedente frente a sus empleados de que este tipo de cuestiones no son negociables.

3. Cuando hay zonas grises jurídicas o dificultad de determinar el valor de la alternativa en caso de no llegarse a un acuerdo. Muchas veces, cuando se trata de conflictos que tienen como base el cumplimiento e incumplimiento de normas contractuales o legales, no es posible determinar con certeza a qué parte asiste el Derecho, por ejemplo, por

existir jurisprudencia contradictoria. En estos casos, hay veces que las partes en conflicto prefieren que la resolución del conflicto provenga de un tercero/juez en vez de tener que asumir ellos la responsabilidad de buscar una solución o acuerdo que eventualmente les pueda ser cuestionado en su frente interno. Esta situación ocurre con mucha frecuencia en empresas.

4. Cuando el proceso judicial es rápido, económico y seguro. Cuando el proceso judicial es comparativamente rápido, económico y cuenta con buenos Jueces (por ejemplo, en países como Alemania o Austria), el Derecho nos da la razón y la contraparte es solvente... las posibilidades de satisfacer nuestra pretensión por esta vía son altas, por lo que los demás métodos de gestión de conflictos pueden perder un poco de atractivo.

5. Cuando hay una necesidad de castigar a la otra parte. En este caso, la persona que consulta al abogado quiere utilizar el juicio -con todos los gastos, molestias e incertidumbres que ocasiona- como un "ariete" para causar un daño a la contraparte; por ejemplo, para satisfacer un interés de revancha.

XI. ¿Qué ventajas presenta la mediación como método de gestión de conflictos para un abogado?

Hemos visto las ventajas que la mediación tiene para una parte en conflicto. También habría que ver cuáles son las ventajas que puede presentar para un abogado que interviene en la misma como asesor legal, táctico y estratégico de su cliente.

1. La mediación evita el riesgo judicial y procesal. Hemos visto que el proceso judicial está sujeto a muchas formalidades. Hay plazos que respetar. Su inobservancia puede perjudicar la posición de la parte y eventualmente hacerle perder el juicio, aun cuando tenga razón y elementos para demostrarla. Por ejemplo, el plazo para contestar una determinada demanda es de 30 días. Si la contestación se presenta el día 31, ya no será admitida y, en principio, se tendrán por ciertas las alegaciones del demandante. Ello no solo implicará un perjuicio para la parte, sino también para su abogado, que será patrimonialmente responsable por el daño causado. Tramitar la gestión de conflictos por la vía de la mediación le puede ahorrar estos dolores de cabeza.

2. La mediación brinda al abogado una alternativa para gestionar aquellos conflictos que preferiría no llevar a los Tribunales. El abogado con cierta experiencia lo sabe: hay asuntos en los que no conviene litigar. A veces porque, por más que el cliente tenga razón, será difícil demostrarla. Otras veces porque el cliente no tiene razón. Y muchas otras veces porque el esfuerzo (las horas de trabajo) que hay que invertir en el asunto no se corresponden con los honorarios que se pueden cobrar. Para todos estos casos, la mediación se constituye en una alternativa válida, ya que la inversión de tiempo es por lo general menor y permite ser más creativos a la hora de buscar soluciones, utilizando parámetros que no son solo los legales.

3. La mediación permite al abogado abarcar un mayor ámbito de conflictos. Ya hemos visto que la mediación permite gestionar conflictos que no tienen amparo legal. Pero ¿qué hace habitualmente un abogado cuando se encuentra con este tipo de conflictos, que no

encuentran solución a través del Derecho? Los deja de lado, ya que no sabe qué hacer con ellos. La negociación y sobre todo la mediación pueden darle las herramientas que necesita para redefinir y ampliar su misión profesional, dejando de ser un mero "*gestor de conflictos jurídicos*" para transformarse en "*gestor de conflictos en general*", abarcando entonces (también) el amplio espacio donde se producen los conflictos "*permitido vs. no permitido*" y aumentando así sus oportunidades de ingresos.

Recuerdo el caso de un divorcio de mutuo acuerdo en el que representamos al marido. Fue un trámite relativamente rápido, ya que las partes estaban de acuerdo en los temas esenciales; entre otras cosas, repartirse el patrimonio (dinero en cuentas bancarias) en partes iguales. Al poco tiempo de haber firmado el acuerdo, el hombre vino a vernos, desesperado, porque se había dado cuenta de que su exmujer tenía una nueva pareja y él sospechaba que esta quería aprovecharse del dinero de ella -lo que podía perjudicar a los hijos de ambos y, en última instancia, tener un efecto sobre los alimentos que debía pagar nuestro cliente-. Tenía muy claro lo que quería: que su mujer destinase una buena parte del dinero recibido a comprarse un piso. El problema era que ella no estaba obligada a hacerlo. No había vías legales para exigirle nada. El Derecho no protegía la pretensión de mi cliente. Pero sí había conflicto y una persona interesada en que la ayudásemos a diseñar y llevar a cabo una estrategia de negociación.

4. La mediación permite al abogado resolver conflictos de forma más rápida y con probable menor inversión de tiempo -y cobrar antes-. Un juicio ordinario puede demorarse cinco años hasta alcanzar una sentencia definitiva. La duración promedio de las mediaciones se estima en menos de ocho sesiones -o sea, algunos meses a lo sumo-. De esto se desprende que muy probablemente la mediación permita al abogado cobrar sus honorarios de forma más rápida y habiendo invertido menos tiempo que en un juicio.

XII. Las desventajas que la mediación puede presentar para el abogado

1. En algunos asuntos, la mediación puede implicar un menor ingreso para el abogado. Hemos visto más arriba que en muchos casos la mediación puede implicar una mejor relación entre el tiempo invertido y la ganancia obtenida. Pero esto no es siempre así. Pueden existir asuntos cuya derivación judicial puede implicar una relación entre esfuerzo y ganancia significativamente mejor que la que ofrece la mediación. Suele ser el caso cuando se trata de demandas por cuantías muy grandes contra empresas solventes (por ejemplo, contra una empresa multinacional). Un abogado ético antepondrá los intereses de su cliente a los suyos en el momento de elegir el método de resolución de disputas que se han aplicar, pero igualmente es un aspecto que hay que tener presente.

2. La relación tiempo invertido/beneficios puede no ser conveniente. La preparación de una negociación puede ser muy compleja. Ello dependerá de la materia de que se trate, la cantidad de partes intervinientes y del conocimiento de las técnicas de negociación, comunicación y estrategia que tenga el abogado. Hay casos en que, por su complejidad y poca cuantía, no se justifica invertir tiempo en la preparación de una parte para que asista a la mediación.

XIII. Conclusión

La mediación es una oportunidad para el abogado de gestionar los conflictos de sus clientes de otra manera, que en muchos casos (no en todos) será más productiva y eficiente. Además, la mediación le permite gestionar con buenas probabilidades de éxito aquellos conflictos que no tienen una solución a través del ordenamiento legal.

Para aprovechar esto, será necesario que el abogado se forme en negociación y mediación y, en algunos casos, que cambie su paradigma “confrontador” por uno “colaborador”.

XIV. Preparar a las partes para aprovechar una mediación: el método de gestión de conflictos de la Universidad de Harvard

A continuación, se expondrán algunas consideraciones y consejos que mostrarán cómo un abogado puede asesorar a un cliente para que negocie de forma más colaborativa y creativa y, en consecuencia, pueda potenciar sus posibilidades de llegar a un acuerdo dentro de una mediación y en un plazo relativamente breve.

Como ya hemos visto, la mediación, por lo general, incluye una negociación entre las partes. Una de las funciones del mediador será la de estructurar el proceso de negociación de modo tal que el mismo resulte constructivo, creativo y productivo.

Un abogado puede ser muy útil asesorando a su cliente y apoyando al mediador en la instauración de este proceso.

Para ello, debe tener conocimientos de métodos de negociación que estimulen la colaboración entre las partes (los llamados métodos integrativos, ya que apuntan a integrar a ambas partes en la búsqueda de una solución conjunta mutuamente beneficiosa).

El objetivo de estas consideraciones no es enseñar en detalle a los abogados a potenciar sus habilidades negociadoras (para eso es recomendable recurrir a formaciones específicas), sino simplemente mostrar que existe un “know how” que ellos podrían aportar a sus clientes.

Los siete elementos del modelo de gestión de conflictos de la Universidad de Harvard

De los sistemas de negociación integrativa, el más conocido es el modelo de gestión de conflictos desarrollado por Roger Fischer, William Ury y Bruce Patton, de la Universidad de Harvard (EE. UU.). Este modelo consta de siete elementos que deberían estar presentes en toda gestión de conflictos, ya sea a través de una mediación o de una negociación, para que aumenten significativamente las posibilidades de acuerdo:

1. Intereses.
2. Alternativas.
3. Opciones.

¹ Véase FISHER, R., URY, W. y PATTON, B. *Sí, de acuerdo. Cómo negociar sin ceder*, Norma.

4. Criterios objetivos (legitimidad).
5. Comunicación.
6. Relación.
7. Compromiso.

1. Intereses

¿Para qué quiere la parte lo que dice que quiere?

Las partes, habitualmente, concurren a las negociaciones o mediaciones con pretensiones que deben ser satisfechas. Son lo que, en lenguaje de esta escuela de Harvard, se denominan "Posiciones" (o sea, lo que la parte manifiesta querer). El ejemplo -ya clásico- que presentan los autores de este método es el de dos partes que se disputan una naranja. La posición de ambas es "*quiero toda la naranja*". El problema de las posiciones es que solo pueden ser satisfechas de la manera pretendida, en este caso, entregando la naranja, lo que daría lugar a una negociación distributiva (lo que gana una parte lo pierde la otra; en este caso, la que se queda con la naranja gana y la que no, pierde).

Pero este método plantea que detrás de las posiciones se esconden otros "intereses": lo que la parte realmente quiere o necesita. En este caso, los intereses responderían a la pregunta: ¿para qué quiere cada parte la naranja? La respuesta es que una parte quiere el zumo de la naranja para satisfacer su sed y la otra, su pulpa para hacer una mermelada. Los intereses presentan la ventaja de que pueden ser satisfechos de varias maneras. Si el interés de una parte es tener el zumo, la parte que quiere la pulpa podría exprimirle el zumo. O darle zumo de naranja de una botella.

1.1. Intereses opuestos, comunes o distintos

Los intereses pueden ser clasificados en "opuestos", "comunes" o "distintos". Esta clasificación es muy útil para facilitar los acuerdos. Evidentemente, los acuerdos no surgirán en forma sencilla de intereses opuestos; por ejemplo, si compro un coche y discuto con el vendedor el precio, estamos ante intereses opuestos: uno quiere más precio y el otro, menos. Forzosamente, lo que uno gana lo pierde el otro. Aquí estamos ante una negociación distributiva.

Pero, si vamos detrás de esta posición, nos encontraremos que puede haber intereses distintos. En este caso, el vendedor está más interesado en el precio, mientras que el comprador lo está en la financiación. Así, cada uno puede dar al otro lo que más le interesa sin ceder: el vendedor recibe más precio y el comprador obtiene financiación. Por lo general, es en los intereses distintos en donde se dan los acuerdos (así también sucede en el ejemplo de la naranja que vimos anteriormente: el acuerdo se logra gracias a que a una parte le interesa el zumo y a la otra, la pulpa).

Finalmente, es importante encontrar intereses comunes, ya que alientan a las partes a colaborar en una solución de mutuo beneficio. En el caso de la venta del coche, tanto el comprador como el vendedor pueden tener interés en quedar en contacto para futuras compraventas de coches o para brindar un servicio de mantenimiento.

Es importante aclarar que la mayoría de las mediaciones comienzan con intereses opuestos (las posiciones) y que, después de escarbar un poco, por lo general, se detectan intereses comunes y distintos. Hay que decir que en la mediación convivirán estos tres intereses. Lamentablemente, son pocas las ocasiones en las que los atributos pueden dividirse de forma tal que los intereses de las partes se satisfagan al 100 %, tal como ocurre en el ejemplo de la naranja. Lo usual es que continúe habiendo intereses opuestos. En el caso de la compraventa del coche, si bien las partes ponen acento en intereses distintos (precio vs. financiación), igualmente tendrán que ponerse de acuerdo sobre el precio (interés que permanece opuesto).

Por ello, desde un punto de vista estrictamente analítico, todo acuerdo negociado se basará en la potenciación de los intereses comunes, la mayor satisfacción posible de los intereses diferentes y en la transacción de los intereses opuestos.

1.2. Intereses concretos, simbólicos y trascendentes

El especialista en conflictos REMO ENTELMAN ha propuesto una clasificación de intereses (él los denomina "objetivos") que considero muy útil para la gestión de conflictos²:

- **Intereses concretos.** El interés está dado en el valor que es el objeto mismo, *v. gr.*, el valor que representa dicho objeto. Los intereses concretos son medibles, valorizables y/o divisibles. Por ejemplo, si en una sucesión estoy discutiendo con los demás herederos la división de los bienes, digo que me interesa la casa porque vale 500.000 euros. Es decir, que el valor económico es tan importante como la casa en sí. Me daré por satisfecho con la casa o con el importe equivalente.

- **Intereses simbólicos.** El interés no está dado solamente en el objeto mismo, sino también en lo que representa para la persona. Por ejemplo, en la sucesión quiero quedarme con la casa, porque, además del valor económico que pueda tener, se trata del lugar donde crecí.

- **Intereses trascendentes.** Son intereses que trascienden lo material, lo concreto y lo divisible: por ejemplo, la justicia, la venganza, el perdón, el reconocimiento. Siguiendo el ejemplo de la división de bienes de la sucesión, quiero quedarme con la casa porque sé que la quiere mi hermano y para mí es muy importante que él no se vuelva a salir con la suya.

Esta clasificación es muy útil, ya que en principio solo podemos negociar e intercambiar atributos que tienen un valor o son medibles y divisibles (intereses concretos). En una sucesión, los herederos saben que la casa vale tanto como los tres coches más el dinero en el banco. De esta manera, es posible realizar intercambios.

Pero ¿qué pasa si una de las partes le asigna un valor especial a la casa por haber sido el lugar en el que se ha criado? Aquí estamos ante intereses simbólicos. Evidentemente, no se podrá negociar ni realizar intercambios hasta que la parte haya podido establecer un valor concreto al componente simbólico (por ejemplo, la parte que quiere la casa porque se ha criado en ella está dispuesta a asignarle un valor adicional de 100.000 euros). Una vez logrado esto, las partes están en condiciones de continuar con la negociación.

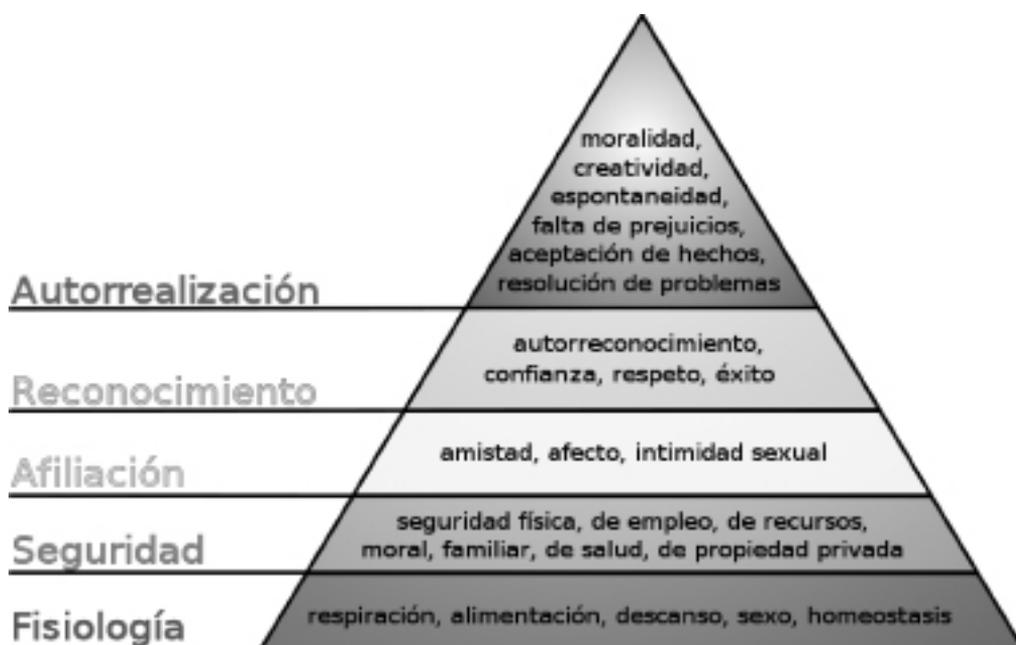
² Véase ENTELMAN, R. *Teoría de Conflictos*, Gedisa.

El manejo de intereses trascendentes es aún más complejo, ya que, en principio, no tienen ninguna vinculación con intereses concretos, medibles y divisibles. Cuando un mediador o negociador detecta la existencia de alguno de estos intereses, deberá procurar, en primer lugar, que los mismos sean explicitados y validados. Después, deberá buscar formas de satisfacerlos, siendo muchas veces una de las formas más sencillas atribuirles un valor concreto. Por ejemplo, si en el transcurso de la mediación el mediador detecta que lo que una persona quiere es “reconocimiento”, podrá buscar otros atributos trascendentes que satisfagan este interés, como una declaración de “perdón” de la otra parte. Pero también podrá asignarle un valor concreto, por ejemplo, la parte podrá considerar que 100.000 euros adicionales son un reconocimiento adecuado.

1.3. Necesidades

Yendo más allá, detrás de los intereses se encuentran las necesidades humanas (por ejemplo, seguridad, bienestar económico, sentido de pertenencia, reconocimiento, justicia, control sobre la propia vida). En el supuesto de la división de la naranja, la necesidad de la persona que quería el zumo era satisfacer su sed.

Para analizar las necesidades de las partes, debemos tener en cuenta la pirámide de jerarquía de las necesidades humanas, propuesta por el psicólogo estadounidense ABRAHAM MASLOW. Según este autor, las distintas necesidades humanas están jerarquizadas. Conforme se satisfagan las necesidades más básicas (parte inferior de la pirámide), los seres humanos desarrollan necesidades y deseos más elevados (parte superior de la pirámide). Dicho de otra manera: el ser humano necesita satisfacer en primer lugar las necesidades que se encuentran más abajo en la pirámide. Según esta teoría, sería poco conducente ofrecer actividades creativas a quienes no tienen satisfechas sus necesidades de alimentos.



2. Alternativas

¿Qué va a pasar si la negociación fracasa?

Las "alternativas" son lo que cada parte puede hacer por fuera de la negociación, v. gr., sin la colaboración de la otra. Por ejemplo, si no me pongo de acuerdo respecto al importe de la indemnización, reclamaré judicialmente. La escuela de negociación de Harvard plantea que las alternativas son el punto de referencia de una negociación: cualquier acuerdo al que llegue una parte tiene que ser mejor a su "Mejor Alternativa a un Acuerdo Negociado" o "MAAN". La ganancia de un acuerdo deberá medirse por lo que la parte obtiene por encima del MAAN y no por lo que considera que tendría derecho a obtener. Si, por ejemplo, tiene derecho a cobrar 1.000 euros y los gastos de un juicio le representarían 300, lo que finalmente obtendrá (por fuera de la negociación) serán 700 euros. Ello será su MAAN. Cualquier acuerdo al que llegue negociando deberá ser igual o mejor que su MAAN (en este caso, igual o mayor que 700 euros). Dicho de otra manera, si la parte deudora ofrece 800 euros, ello implicaría desde un punto de vista racional una ganancia de 100 euros, más allá de que la parte acreedora probablemente sienta que está perdiendo 200 euros.

Por ello, cuando una parte está siendo muy inflexible, el mediador o la otra parte pueden hacerle reflexionar acerca de cuál es su MAAN. Evidentemente, las alternativas no siempre son ciertas o precisas. Si, por ejemplo, las partes están en la mediación por el incumplimiento de un contrato, quizá su MAAN sea ir a juicio. Pero si las cuestiones legales (o probatorias) no son del todo claras, las partes, a lo sumo, tendrán un tanto por ciento de probabilidades de ganar o perder el pleito (por ejemplo, un 50 %). Esto implica un riesgo que no todas las personas están dispuestas a asumir por igual. Por ello, en el momento de evaluar y elegir las mejores alternativas, también se deberá tener en cuenta cómo de dispuestas están las partes a asumir riesgos.

El concepto de MAAN está directamente ligado al concepto de poder de las partes en una negociación. Así, Fisher, Ury y Patton explican en su libro que *"La gente cree que el poder de negociación está determinado por recursos como: la riqueza, la fuerza física, los amigos, etc. En realidad, el poder relativo en una negociación depende primordialmente de la dependencia que se tenga de los resultados de la negociación. Es decir, ¿qué podría hacer (obtener) si no logro el acuerdo? Si Ud. tiene opciones iguales, o mejores, que la peor de las soluciones que podría obtener con la negociación, su poder es superior, pues depende menos de la negociación"*.

Un corolario de esto es que el poder relativo de una parte será igual a la dependencia que la otra parte tenga de ella. El economista inglés JOHN MAYNARD KEYNES lo ejemplificó de la siguiente manera: *"Cuando Ud. le debe 100.000 dólares a un banco, Ud. depende del banco, cuando le debe 100 millones, el banco depende de Ud."* (Las cifras están actualizadas)

3. Opciones

¿Qué formas de acuerdo podría haber?

Las "opciones" son la otra cara de las alternativas. Son todo lo que las partes pueden hacer para acordar. Mientras más y mejores opciones de acuerdo se generen, más probabilidades

hay de que se llegue a un acuerdo satisfactorio. Lamentablemente, es muy común que las partes tengan la percepción de que solo hay una forma de resolver el conflicto (lo que también se denomina el “mito del pastel único”) o que se empeñen en que la solución de los problemas de la contraparte la tienen ellos.

Para sacarlas de estas posturas y favorecer el proceso creativo (y, en consecuencia, generar más y mejores opciones que “agreguen valor” a la negociación), se recomienda que las partes reflexionen acerca de lo siguiente:

Recursos existentes: ¿Qué bienes o atributos posee cada parte que esté dispuesta a intercambiar y que puedan -eventualmente- ser interesantes para la contraparte? Lo normal es que una persona posea muchos bienes o atributos de los que puede disponer, pero que no entran a ser parte de la negociación por desconocimiento de las necesidades de la otra parte. Por ejemplo, un cliente no puede abonar a su abogado la totalidad de los honorarios adeudados. Pero este cliente habla corrientemente inglés. Las partes podrían convenir que una parte de la deuda fuera cancelada mediante clases de inglés a los hijos del abogado, siempre y cuando este recurso del deudor y la necesidad de clases de inglés del acreedor salgan a la luz.

Valoraciones relativas: ¿Qué cosas son de bajo coste para una parte y de alto beneficio para la otra? Contrariamente a lo que se suele pensar, son los intereses diferentes los que suelen favorecer los acuerdos. De esta manera, una persona puede dar algo que para ella tiene poco valor, pero que para la otra parte tiene mucho. Esto genera una percepción de beneficio mutuo. Por ejemplo, el vendedor de un coche sin problemas de liquidez puede otorgar financiación al comprador. Es algo que a él no le afecta (percepción de que pierde poco o nada) y le permite al comprador acceder al coche (percepción de que obtiene un gran beneficio). Dentro de las valoraciones relativas también se dan las distintas valoraciones respecto del tiempo: ¿los intereses de una persona están en el presente mientras que los de la otra están en el futuro?

Previsiones diferentes: ¿Las partes tienen expectativas distintas sobre la producción de eventos en el futuro? Por ejemplo, una empresa contrata a un distribuidor de sus productos en otro país. El distribuidor está muy seguro de poder cumplir con determinadas pautas de ventas, ya que cree que aumentará la demanda de los productos, mientras que la empresa lo ve más difícil debido a que considera que la coyuntura económica será negativa. En este caso, las distintas previsiones respecto a la evolución de la economía hacen que resulte interesante para ambas partes establecer una retribución básica baja para el distribuidor y otra adicional mucho más atractiva en caso de cumplirse los objetivos.

Diferencias en la aversión al riesgo: Hay personas que prefieren ir sobre seguro (alta aversión al riesgo), mientras que otras se sienten cómodas asumiendo riesgos. Así, el foco de algunos está en evitar perder mientras que el de otros está en apostar a mayores ganancias. Esto se da cuando se acuerdan honorarios de éxito, por ejemplo, a los abogados en caso de juicio: el cliente con alta aversión al riesgo prefiere pagar un honorario de éxito muy alto (aunque le afecte sensiblemente su ganancia) y abonar poco o nada en caso de perder el litigio. Un abogado con baja aversión al riesgo estará encantado de pactar este

tipo de honorarios con su cliente, ya que se muestra dispuesto a asumir el riesgo judicial, sabiendo que, si gana, sus honorarios serán jugosos.

Intereses comunes: Los intereses comunes quizá no sirvan para resolver el problema actual, pero son muy importantes para hacer que las partes vean oportunidades de cooperación (y, en consecuencia, ganancias) futuras y, a la vez, minimicen las pérdidas para ambos si la negociación se rompe. Por ejemplo, en un conflicto entre una escuela y los maestros, es interés común que los alumnos rindan mejor en los exámenes de bachillerato, ya que ello redundaría en un mayor prestigio para todos. Otro beneficio de detectar intereses comunes es que la negociación suele ser más amistosa.

El proceso de tormenta de ideas: Una vez que las partes han reflexionado acerca de las posibilidades de “crear valor” en una negociación, hay que generar opciones de forma concreta. Aquí suele ser muy útil el proceso denominado “tormenta de ideas”. Permite potenciar la creatividad de las partes. Su característica principal es que separa la generación de ideas de su evaluación. Si es posible, es conveniente que este proceso sea dirigido por una persona distinta de las partes (por ejemplo, un mediador). Esta persona pedirá a las partes que presenten todas las ideas u opciones de acuerdo que se les ocurran, aun las más disparatadas, buscando que, dentro de lo posible, contemplen los intereses de todas las partes, y las irá anotando en un espacio común. Es fundamental que la persona que coordine la tormenta de ideas cuide de que las partes no emitan ningún juicio o valoración acerca de estas ideas, ya que ello podría frenar el proceso asociativo.

Una vez agotada esta instancia -y solo entonces-, se invitará a las partes a que evalúen las opciones generadas, por ejemplo, calificando cada una del 1 al 10. Es conveniente aclarar a las partes que esta calificación no les generará ninguna obligación y que podrán cambiarla en cualquier momento. Finalmente, se escogerán las opciones que tengan una puntuación más alta y se les preguntará a las partes qué modificaciones les realizarían para que fueran suficientemente atractivas.

4. Criterios objetivos

¿Por qué me conviene aceptar la solución propuesta por la otra parte?

A los efectos de poder ser más persuasivos, la escuela de negociación de Harvard propone presentar evidencias que sean independientes de la voluntad de las partes y que legitimen la conveniencia de las opciones de acuerdo y/o la justicia de dichas opciones.

Para ello, se pueden utilizar los siguientes ejemplos:

- Valor de mercado.
- Leyes, jurisprudencia.
- Opinión científica.
- Costes.

5. Comunicación

“El Cómo condiciona el Qué”

La escuela de negociación de Harvard propone que dentro del proceso de mediación o negociación se debe ser duro con el problema y suave con las personas, lo que significa que se debe atacar el problema sin culparlas. Ello evitará que las personas se atrincheren y se pongan a la defensiva. Esto es coherente con el principio de la negociación integrativa, que es considerar a la contraparte como un socio en la búsqueda de una solución en lugar de un adversario. Hay técnicas de comunicación que evitan que las otras personas se sientan atacadas, entre ellas, la escucha activa y la utilización de preguntas en lugar de afirmaciones (logran que la otra parte se enfrente al problema sin darle un blanco para atacar).

6. Relación

¿Cómo incide mi relación en la negociación y la negociación en mi relación?

Dentro del esquema de la negociación integrativa, el objetivo es que el acuerdo mejore la relación y no la empeore. Para esto, es conveniente estructurar la negociación o mediación como una actividad compartida entre ambas partes, reconociendo la necesidad de encontrar una solución que sea satisfactoria para todas las partes involucradas.

7. Compromiso

¿Qué, cuándo, quién, cómo, dónde?

Se debe tener un compromiso con el proceso y con el acuerdo, planteándose las siguientes preguntas:

- ¿A qué me voy a comprometer?
- ¿A qué quiero que se comprometan?
- ¿Qué debería contener un acuerdo que yo firmaría?

Una negociación productiva habría de contener todos estos elementos. Las partes negociadoras y/o el mediador podrán y deberán verificar que estos elementos se están dando en el proceso que está conduciendo. Si falta alguno de ellos, es probable que la obtención de un acuerdo sea mucho más difícil.

Planilla para preparar a una parte que concurrirá a una negociación o mediación

La presente planilla tiene como finalidad servir de “checklist” u hoja de ruta para la preparación estratégica del desarrollo de una mediación. Se estima que, por cada minuto dedicado a la preparación de las partes, la mediación se acorta en dos minutos.

Historia del conflicto:

¿Cuáles son los puntos críticos/posiciones de cada parte?

¿Cuál es el propósito u objetivo de la mediación?

--

1. Determinación de las partes

- Distinguir entre partes y sus actores, y terceros que puedan tener alguna injerencia o interés en este conflicto. ¿Con quién consultan las partes sus problemas? ¿Quién opina?
- ¿Hay posibilidad de que se formen alianzas?

Parte	Actor 1	Actor 2	Actor 3

2. Posiciones e intereses de las partes

- Posición es lo que la parte dice que quiere. Interés es el “para qué” quiere lo que dice que quiere = Interés es similar al objetivo de la parte en el conflicto.
- Clasificarlos en opuestos, comunes y diferentes, por un lado, y en concretos, simbólicos o trascendentes por el otro.
- Valorar intereses.

PARTE 1

Posición	Interés/Necesidad	Opuesto, común, diferente	Concreto, simból., transcend.	Valor

4. Opciones de acuerdo

- Mientras más opciones, más posibilidades de acuerdo. Ver recursos existentes/aportables (también trascendentes).
- Ver si hay diferencias en cuanto a riesgos, tiempos, desarrollo de acontecimientos.
- Proponer tormenta de ideas.

Opciones	Valoración para nosotros	Valoración para ellos (estimada)

5. Criterios objetivos de legitimación

Evidencias que legitimen:

- Conveniencia** (para la otra parte) de las opciones de acuerdo.
- Justicia** de las opciones de acuerdo.

6. Comunicación

- ¿Qué voy a hacer para escuchar y demostrar que estoy escuchando?
- ¿Hay factores culturales/sociales que considerar?
- ¿Comunicación no verbal?

- ¿Qué información puedo mostrar a la contraparte?

7. Relación

a) Partir del lugar en el que se encuentra el oponente.

b) ¿Cómo me ve la contraparte? ¿Cómo percibe mi posición? ¿Cuál es el nivel de confianza? ¿Cómo transmitir mayor confianza?

c) ¿Cómo voy a implicar al oponente en el proceso de encontrar la solución?

d) ¿Cuáles son las emociones subyacentes al conflicto? ¿Cómo las voy a manejar?

e) ¿Qué cosas **sinceras** halagarían al otro? ¿Qué cosas puedo reconocer (errores míos y méritos de la contraparte)?

f) ¿Qué cosas puedo preguntar para mostrar interés en la otra parte?

8. Información adicional

- ¿Qué otros datos necesito saber antes de poder formular una propuesta de acuerdo?

- ¿Dónde/de quién la puedo obtener?

9. Estrategia

Describir secuencia de acciones de cada parte y estimación de resultados

- ¿Cómo percibiría la contraparte cada acción?

