

Recibido: 10 marzo 2018
Aceptado: 1 junio 2018

Arbitraje, vol. XI, nº 1, 2018, pp. 125–158

Negociación: Herramienta básica para el abogado del siglo XXI

Andrés A. MEZGRAVIS *

Sumario: I. Introducción. II. Nociones conceptuales. 1. La negociación es un medio no un fin. 2. Concepto de negociación. 3. Acuerdo óptimo. 4. Es una ciencia y también un arte. 5. Objetivos de la negociación. III. Tipos de negociación. 1. Negociación Distributiva: A) Estilo Duro; B) Estilo Suave: a) Cordial o diplomático; b) Manipulador. 2. Negociación Integrativa: A) Separar el problema de las personas; B) Trueque de intereses; C) Métodos y estilos de la negociación integrativa. IV) Estructura de las negociaciones. 1. Elemento subjetivo. 2. Elemento objetivo. 3. El medio. 4. El resultado. V. La Primera negociación debe ser con el cliente. 1. Aspectos que se deben considerar. 2. ¿Profesionales del derecho o simples mandatarios? VI) Las tácticas desleales. 1. Tipos: A) Tácticas de atrincheramiento; B) Tácticas de intimidación; C) Tácticas engañosas. 2. ¿Cómo reducirlas y neutralizarlas? A) Controlar nuestras reacciones impulsivas; B) Negociar primero el procedimiento antes que la sustancia; C) Identificación de la táctica y aplicarle el respectivo antídoto. VIII. Conclusiones.

Resumen: Negociación: Herramienta básica para el abogado del siglo XXI

Pasamos gran parte de nuestras vidas negociando. De una u otra forma, negociamos todos los días y casi a toda hora. Como abogados, muy frecuentemente nos corresponde negociar complejos asuntos en nombre y representación de nuestros clientes. No es nada extraño que la gran mayoría de abogados, que cotidianamente intenta lograr acuerdos para evitar o poner fin a un juicio, consideren que tienen amplia experiencia como negociadores.

Sin embargo, pareciera que en el campo profesional predomina la creencia de que las negociaciones son intensos procesos de regateo en el que las partes involucradas deben hacer recíprocas concesiones para alcanzar un acuerdo, y el éxito de la negociación dependerá de las estrategias que logren obtener más a cambio de conceder menos. Bajo este razonamiento, resulta manifiestamente ilógico concluir que cada una de las partes puede satisfacer en un proceso de negociación el 100% de sus principales intereses. Esto, como veremos más adelante, no es más que una suposición incorrecta

* Socio fundador y coordinador del Departamento de Resolución de Disputas de Mezgravis & Asoc.

superada por las modernas técnicas de negociación. Negociar eficazmente significa, saber llegar al mejor acuerdo para todas las partes involucradas, no a cualquier acuerdo.

Palabras claves: NEGOCIACIÓN – ABOGADOS – RESOLUCIÓN DE DISPUTAS.

Abstract: Negotiation: Basic Tool for the Lawyer of the 21st Century

We spend a large part of our lives negotiating. One way or another, we negotiate every day and almost every hour. As lawyers, we are frequently responsible of negotiating complex matter in the name and on behalf of our clients. It is not surprising that the vast majority of lawyers, who daily try to reach agreements to prevent or end a trial, consider that they have extensive experience as negotiators.

However, it seems that in the professional field there is a predominance of the belief that negotiations are intense bargaining processes in which the parties involved must make reciprocal concessions to reach an agreement, and the success of the negotiation will depend on the strategies that achieve more in exchange for granting less. Under this reasoning, it is manifestly illogical to conclude that each of the parties can satisfy 100% of their main interests in a negotiation process. This, as we shall see later, is nothing but an incorrect assumption surpassed by moderns negotiation techniques. Negotiating effectively means knowing how to reach the best agreement for all the parties involved, not any agreement.

Keywords: NEGOTIATION – ATTORNEYS - DISPUTE RESOLUTION.

I. Introducción

Aunque no estemos muy conscientes de ello, pasamos gran parte de nuestras vidas negociando. De una u otra forma, negociamos todos los días y casi a toda hora. Incluso, comenzamos a negociar antes de aprender a hablar. Desde muy temprano, los niños descubren el poder del llanto como herramienta de “negociación”. Negociamos continuamente, desde la adquisición o alquiler de los bienes materiales más esenciales (sueldo, vivienda, vehículo, vestido, calzado, etc.), hasta la película de cine que deseamos ver con nuestra pareja, o la hora en la que nuestros hijos deben acostarse.

Como abogados, muy frecuentemente nos corresponde negociar complejos asuntos en nombre y representación de nuestros clientes. Resulta asombroso que a pesar de la importancia de la negociación y su necesario uso diario, especialmente en el campo profesional de la abogacía, poca o ninguna instrucción hemos hasta ahora recibido los abogados al respecto.

No es nada extraño que la gran mayoría de abogados, que cotidianamente intentan lograr acuerdos para evitar o poner fin a un juicio, consideren que tienen amplia experiencia como negociadores. No obstante, hasta el año 2000, ninguna Facultad de Derecho venezolana incluía en sus programas de estudios esta materia. Es precisamente a partir de ese año que las Universidades venezolanas comienzan a incluirla, primero en sus postgrados, y más

recientemente, en el año 2005, como materia obligatoria en pregrado¹. De manera que, salvo una re-educación de las generaciones actuales, serán las futuras generaciones de abogados las que tendrán cierta formación académica en materia de negociación. Estas nuevas generaciones estarán preparadas para algo más que el combate legal, y pronto los clientes comenzarán a distinguir entre unos y otros abogados.

Por el momento, en el campo profesional predomina la creencia de que las negociaciones son simples procesos de regateo en el que las partes involucradas deben hacer *recíprocas concesiones* para alcanzar un acuerdo, y el éxito de la negociación dependerá del menor número de concesiones realizadas en dicho proceso. Las tácticas que algunos abogados utilizan, están centradas, no en obtener el mejor acuerdo posible, sino en derrotar al contrario, procurando que el adversario haga el mayor número de concesiones. Para ello, y como ocurre en la guerra, poco importa que tan leales sean esas tácticas.

La idea errónea de que para alcanzar un acuerdo ambas partes deben ceder², pareciera que en Venezuela se inspira en cierta manera en el propio Código Civil que establece que "la transacción es un contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, terminan un litigio pendiente o precaven un litigio eventual"³. Y es que hasta resulta lógico para aquellos que ponen en práctica "el regateo" la idea de que no es posible llegar a un acuerdo sin que ambas partes realicen recíprocas concesiones. Pensar en la idea de que una de las partes puede alcanzar el 100% de sus pretensiones, sólo pareciera factible en el campo judicial, bajo la idea del "*convenimiento*", es decir, que el demandado conviniere en todo cuanto se le exija en la demanda.⁴ Bajo este razonamiento, resulta manifiestamente ilógico concluir que cada una de las partes puede satisfacer en un proceso de negociación el 100% de sus principales intereses. Esto, como veremos más adelante, no es más que una suposición incorrecta, un mito adquirido por la divulgación de ciertas prácticas empíricas carentes de todo valor científico.

Los abogados en general consideramos la negociación como parte de nuestro oficio, y recurrimos a ella casi a diario para evitar a nuestros clientes los inconvenientes de un largo proceso judicial. Sin embargo, no es fácil hacer-

¹ Esta situación no es muy distinta en el ámbito mundial. Apenas a finales de la década de los 70 y comienzos de los años 80, la Universidad de Harvard, y muy especialmente el Profesor Roger Fisher junto a William Ury, y otros profesores de la Escuela de leyes de dicha Universidad, logran sistematizar un método de negociación según principios que pueden ser aplicados a cualquier tipo de negociación. Max H. Bazerman y Margaret A. Neale, señalan que a principios de los años 80, los cursos de negociación eran escasos, ahora, en cambio, se encuentran entre los que tienen más demanda en los Estados Unidos de América. Estos autores también explican las principales razones por las cuales, en su criterio, la negociación ha tenido tanto auge. Cf. M.H. Bazerman y M.A. Neale, *Negociación racional en un mundo irracional*, Piados Empresa 20, 1993, Primera Reimpresión 1997, p. 11 ss.

² Aunque ambas partes desean que sea la otra la que realice las mayores concesiones.

³ Art. 1713 del C. Civil Venezolano.

⁴ Art. 363 del CPC.

lo bien⁵. A nosotros los abogados se nos hace especialmente difícil la negociación cuando ya el cliente ha dejado a nuestra discreción el momento de iniciar el proceso judicial. Y es que en estos casos es muy grande la tentación de creer que negociar es brindarle la *última* oportunidad a la contraparte antes de "*darle su merecido*" en el proceso judicial. Menos oportunidades tiene la negociación si el abogado ha pactado con su cliente una cuantía significativa de honorarios profesionales por el manejo del litigio en comparación con los honorarios que percibiría en caso de un arreglo extrajudicial. Esta práctica, ignora paradójicamente, que el cliente podría estar más interesado en lo contrario.

Negociar eficazmente, incluso con el propio cliente, significa saber llegar al mejor acuerdo para todas las partes involucradas, no a cualquier acuerdo⁶.

II. Nociones conceptuales

1. La negociación es un medio no un fin

Como antes indicamos, el éxito de una negociación no está necesariamente marcado por el hecho de que las partes alcancen un acuerdo. Es importante tener presente que la negociación no es un fin, sino un medio para alcanzar un fin determinado. De allí, que si a través de otro mecanismo o alternativa podemos satisfacer mejor nuestros intereses, entonces, no deberíamos aceptar cualquier acuerdo, sino sólo aquellos que resulten mejores que esa mejor alternativa. No tiene sentido alguno aceptar un acuerdo que sea peor a la mejor alternativa que se tiene fuera de la negociación. Los expertos en negociación determinan esa mejor alternativa, o Plan "B", antes de que la negociación comience, mientras que los negociadores inexpertos lo hace sólo cuando la negociación fracasa o está a punto de fracasar⁷.

2. Concepto de negociación

En un sentido restringido, la negociación puede ser definida como un proceso mediante el cual las partes, procuran alcanzar un acuerdo que satisfaga, en mejor medida, los resultados e intereses particulares deseados, en lugar de recurrir a otra alternativa menos atractiva y beneficiosa.

⁵ R. Fisher, W. Ury y B. Patton, *Sí... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, 2ª ed., Grupo Editorial Norma (Colombia), 1994, p. xviii.

⁶ Cf. M.H. Bazerman y M.A. Neale, *op. cit.*, p. 20.

⁷ Se atribuye a los profesores Fisher y Ury el concepto de "BATNA" (en inglés) o MAAN en español: "Mejor Alternativa al Acuerdo Negociado". La MAAN o Plan "B", es la brújula que nos indica las fronteras de la negociación porque nos marca los límites en torno a cuándo estamos en presencia de un posible buen acuerdo que debemos aceptar y cuándo no. Asimismo, la MAAN es una fuente de poder, pues, en la medida que mejor sea nuestra alternativa en caso de que falle la negociación, mayores posibilidades tendremos de "educar" a nuestro adversario durante el proceso de negociación sobre las eventuales consecuencias que se darían para ambos en caso de no llegar a un acuerdo.

Una negociación será más o menos exitosa dependiendo de si el acuerdo alcanzado es o no el más óptimo para las partes.

3. Acuerdo óptimo

El economista italiano Wilfredo Pareto (1848–1923) definió la medida de un resultado *óptimo* como la situación alcanzada en la que a nadie le podría ir mejor, salvo que a alguien le vaya peor⁸. Alcanzar la solución más óptima, poco tiene que ver con el concepto de lo que es “jurídicamente justo”. A diferencia de lo que ocurre en el campo judicial, el *quid* del asunto está en determinar, no quién tiene la razón o el mejor derecho, sino en lograr el mejor resultado en términos cuantitativos y cualitativos; el mejor trueque posible de intereses para ambas partes, en el que no haya pérdidas o desperdicios en las ventajas que cada una podría obtener al acordar la solución.

4. Es una ciencia y también un arte

La amplia base doctrinal que sistematiza actualmente las técnicas más efectivas empleadas por los negociadores más exitosos, permiten calificar la negociación como una ciencia. Sin embargo, también, como muchos señalan, es un arte⁹. Al igual que ocurre con la música o con la pintura, no basta estudiar la ciencia de la negociación para ser virtuoso en su ejecución. Tal y como sucede en el campo de las artes, podemos pasar años leyendo y analizando las obras de los grandes maestros de la negociación y memorizar incluso sus técnicas, pero en definitiva, es la destreza personal de saber llevar esos conocimientos a la práctica, y realizarla con constancia y naturalidad, lo que destacará a unos negociadores por encima de otros. Ciertamente a algunos les resultará más fácil y común determinar con precisión la selección, oportunidad e intensidad del uso de cada una de las herramientas sugeridas por los expertos. Y aunque a otros les resulte más difícil y no tengan un especial talento para emplear esas técnicas, resulta irrefutable que el estudio y la práctica constante, determinarán, en cualquier caso, mejores resultados. El mayor o menor uso de herramientas y la intensidad en el empleo de cada una de ellas, es lo que genera ese “estilo personal”, tanto en el artista como en el negociador. No obstante, no es sino la continua y progresiva práctica la que en definitiva hace a los grandes maestros.

5. Objetivos de la negociación

Es común que las partes, y particularmente los abogados, aborden el proceso de negociación asumiendo posiciones y argumentos según los cuales la razón está de su lado y merecen más que la otra parte lo que reclaman. Se

⁸ Extraído del material de clase del Workshop de Negociación, CMI International Group, Harvard University, Cambridge, Massachusetts, 2000.

⁹ H. Raiffa, *The Art and Science of Negotiation, how to resolve conflicts and get the best out of bargaining*, 16ª ed., Harvard University Press, 2002.

tiene la percepción de que lo que una gana lo hace a expensas de la otra. Por tanto, frecuentemente las partes en la negociación se preocupan más por derrotar, doblegar o engañar a su adversario que por satisfacer sus propios intereses. Y si una parte no se concentra en satisfacer sus propios intereses, menos aún lo hará respecto a los intereses de la otra parte. Se olvida que muchas veces es más fácil satisfacer nuestros intereses procurando que la otra parte también satisfaga los suyos. Esto es válido, incluso, en los casos en que se tiene plena seguridad de que se podría derrotar al adversario en un proceso contencioso. Aunque resulta obvio, se ignora que a menor resistencia mejores resultados. Vencer al adversario y satisfacer al máximo nuestros intereses, son dos conceptos completamente distintos. De manera que se puede derrotar al adversario y lograr una victoria pírrica. Se puede ganar una batalla y luego, por la gran cantidad de bajas, perder la guerra. Ahora bien, en toda lucha hay algún grado de resistencia, y ese mayor o menor grado de resistencia influirá en los resultados. Si tenemos por objetivo obtener la colaboración, y no la mayor resistencia de nuestro adversario, podremos alcanzar mejores resultados.

En realidad, el mayor enemigo en la negociación no es nuestro adversario, sino la errónea idea que se tiene respecto a que el objeto de la negociación no se puede agrandar sino tan solo dividir o repartir. Esa errónea idea coarta la búsqueda de soluciones creativas.

III. Tipos de negociación

La manera en que asumimos la negociación, bien sea con base a los intereses que tienen las partes, o bien con base a posiciones predispuestas, nos ubica en alguno de siguientes tipos de negociación: 1) *Integrativo* o 2) *Distributivo*. Ahora bien, dentro de cada uno de estos dos tipos, existen a su vez diversos estilos y estrategias.¹⁰

1. Negociación distributiva

En la negociación distributiva, cada parte se concentra en una posición con la cual se intenta convencer al adversario de que realice mayores concesiones. Bajo este estilo existe la convicción de que si bien al final el acuerdo implicará recíprocas concesiones, una negociación exitosa supone que sea la

¹⁰ Esto podría explicar por qué no hay consenso en la clasificación de los tipos de negociación. Hay quienes señalan que los estilos cooperativo e integrativo no son iguales, aunque por ser ambos no-confrontativos tienen el mismo objetivo. Asimismo, se señala que la clasificación de los tipos de negociación que diferencia la "negociación distributiva" y la "negociación integrativa" no sería tampoco acertada, ya que en criterio de esta doctrina la "negociación distributiva" no sería un tipo de negociación independiente, pues la fase de distribución está siempre presente tanto en la gestión adversarial, como en la fase final de la propia negociación integrativa, luego de "agrandar la torta". Cf. R.J. Caivano, M. Gobbi y R.E. Padilla, *Negociación y Mediación*, Buenos Aires, Ad-Hoc, S.R.L., 1997, p. 148.

otra parte la que haga el mayor número de concesiones significativas. Es por ello que generalmente se produce una situación de regateo. Cuando se regatea con base a las *posiciones*, los negociadores tienden a encerrarse dentro de éstas¹¹

En la negociación distributiva se tiene la idea de que “o se obtiene lo que está en discusión o lo obtiene la otra parte”. Es lo que se entiende por juego de “suma cero”, “todo o nada”, o también se representa bajo la idea del “pastel fijo a repartir”¹². Sumar un millón de bolívares a una indemnización, significa Bs.1.000.000,00, de ganancia para el reclamante y Bs. 1.000.000,00, más de pérdida para el reclamado. Se da por sentado que los beneficios o intereses de una de las partes están en contraposición directa con los de la otra parte. “Lo que satisface a la otra parte es bueno para ella, pero malo para nosotros”. “Lo que yo gano la otra lo pierde, y lo que la otra parte gana yo lo pierdo”. Por tanto, predomina la sensación de que se está en presencia de un proceso *competitivo*, cuyo objetivo es derrotar al contrario o forzarlo a aceptar el mayor número de nuestras pretensiones. El regateo, la confrontación y las tácticas desleales predominan en este tipo de negociación. Lo paradójico es que a pesar de que ambas partes lo saben, aún así se intenta engañar, atemorizar o incomodar al adversario. En fin, el éxito de este tipo de negociación pareciera depender de quién logra la mejor “actuación” del más fuerte, y quién en definitiva cede más para evitar el conflicto o para obtener el acuerdo.

Quienes intentan negociar de manera *distributiva* lo hacen adoptando o un *estilo duro*, o un *estilo suave*, pero ambos estilos persiguen el mismo objetivo: lograr que la otra parte ceda.

Es común que en cualquiera de estos dos estilos distributivos estén presentes tácticas desleales y ciertos aspectos que retardan la posibilidad de llegar a un acuerdo, además que ambos estilos, con frecuencia, ponen en peligro la relación.

A) Estilo duro

Se percibe al adversario como el enemigo al que hay que derrotar. Para ello se aparenta que se está dispuesto a llegar hasta las últimas consecuencias, así sean perjudiciales para ambas partes, y se amenaza y presiona constantemente. El proceso se torna en un enfrentamiento de personalidades. Generalmente se empieza con una posición extrema, que se sustenta con firmeza intentando engañar a la otra parte respecto al límite que se está dispuesto a ceder. El negociador duro, mientras más argumenta y defiende categóricamente su posi-

¹¹ Cf. R. Fisher, W. Ury y B. Patton, *Sí... ¡de acuerdo!...*, *op. cit.*, p. 3.

¹² Algunos autores como Fisher, lo denominan “pastel de tamaño fijo”, otros como Cf. M.H. Bazerman y M.A. Neale, *op. cit.*, p. 37. Por nuestra parte, preferimos utilizar en castellano la frase “*pastel a repartir*”, ya que a medida que se reparte su tamaño disminuye y deja de ser fijo. Además, pensamos que con esta frase se transmite la idea de que gana quien en definitiva obtenga los mayores pedazos repartidos.

ción, más se compromete con ella, y por ende, más difícil será cambiar su posición inicial sin “quedar mal”. Se olvida que cuanto mayor atención se preste a las posiciones, menores esfuerzos se dedicarán a satisfacer los principales intereses e inquietudes que subyacen bajo las posiciones de las partes.

Quienes adoptan este estilo de negociación, hacen pequeñas concesiones sólo con el fin de proseguir la negociación. Mientras más extremas sean las posiciones iniciales y más pequeñas las concesiones, más tiempo y esfuerzo se necesitarán para descubrir las verdaderas posibilidades de alcanzar un acuerdo. Cada concesión, no solamente implica ceder, sino que también puede transmitir la idea de que probablemente se esté dispuesto a ceder más, y por ende se asume que no es conveniente ceder con rapidez. Tácticas como las demoras, el aparentar no tener mayor interés en un acuerdo, las amenazas, los engaños y la intransigencia se tornan bastante comunes. Todas ellas aumentan el esfuerzo, tiempo y costos de un acuerdo, así como los riesgos de que este no se logre y se dañe la relación.

B) Estilo suave

Si bien existen negociadores que todo el tiempo adoptan un estilo duro, otros, en cambio, reconocen las consecuencias que supondría negociar asumiendo dicho estilo, y por ende, y por los propios rasgos de su personalidad, aspiran reducir esos riesgos, asumiendo, o bien un estilo más cordial, y diplomático, o bien recurriendo a la manipulación:

a) Cordial o diplomático

La generalidad de las personas que le teme a las divergencias y a enfrentar los conflictos, cree que los graves riesgos que suponen las negociaciones basadas en posiciones duras, pueden evitarse asumiendo un estilo cortés, amable o diplomático. El miedo a que se genere una escalada del conflicto, las impulsa a considerar a la otra parte como un “amigo” al que hay que reconquistar y no como a un adversario con el que hay que negociar. Su objetivo principal, no es satisfacer sus propios intereses, ni tampoco los de la otra parte, sino evitar la confrontación y el conflicto, aunque el acuerdo resulte desfavorable y se sientan luego completamente insatisfechos. Las estrategias usuales de este estilo de negociación consisten en ser muy amistoso, confiar en el otro y ceder siempre que sea necesario para evitar la escalada del conflicto. Se piensa que todo ello generará algún tipo de compasión que en algún momento conllevará a que la otra parte realice alguna concesión o recompensa, y si no es así, al menos la cordialidad ayudará a conservar la relación. Este estilo de negociación, además de poseer los inconvenientes de toda negociación distributiva, genera gran frustración, afecta la autoestima y lo que es más grave, el resentimiento acumulado termina destruyendo la relación, por cuanto el que adopta el estilo cordial es un blanco fácil para el negociador que adopta el estilo duro, y a la larga este último no tendrá motivación alguna para dejar de emplear el estilo y estrategias que hasta el momento le han resultado exitosos.

b) Manipulador

Una persona que se nos arrodilla y comienza a llorar y suplicarnos; una persona que asume el rol de víctima cuando en realidad no lo es; una persona que hace comentarios jocosos para desvirtuar nuestra posición, o incluso un adversario que nos adula, puede ser tan o más efectivo que un negociador que adopta una posición dura. Este estilo de negociación, puede ser tan o más peligroso que el estilo duro, pero al igual que los anteriores, tiene los mismos inconvenientes de toda negociación distributiva.

Muchos piensan que una buena estrategia de negociación debe oscilar, según las circunstancias y conducta del negociador contrario, entre estos dos estilos. Ser duro con quien se merece que seamos duros y suave con quien se merece que seamos suaves. Sin embargo, como decía Gandhi "ojo por ojo... quedaremos todos ciegos". Como veremos más adelante, los negociadores expertos rechazan este tipo de estrategia, porque "con bastante frecuencia este tipo y estilos de negociación dejan a las personas insatisfechas, cansadas o alineadas, y a menudo las tres cosas"¹³.

Señalan los expertos que se debe separar a las personas del problema, y que se debe ser suave con ellas y duro con éste,¹⁴ procurando una *negociación integrativa*.

2. *Negociación integrativa*

Con bastante frecuencia las partes en disputa tienen posiciones adversas pero también tienen diversos intereses, necesidades e inquietudes, que si se llegaran a explorar y revelar aumentarían notablemente las posibilidades de llegar a un acuerdo. Cuando se toma conciencia de la jerarquía e importancia *que* cada uno de esos intereses representa para cada una de las partes, se hacen mucho más fáciles y frecuentes los acuerdos. Esto conlleva un cambio de mentalidad pues, la negociación no debe tener por propósito derrotar al contrario, sino satisfacer al máximo los principales intereses en riesgo u otros que, aunque no formen parte del objeto de la disputa, pudieran ser traídos a la mesa de negociación para ampliar creativamente las posibles soluciones. Claro está, que si sólo procuramos satisfacer nuestros propios intereses sin considerar los de la otra parte, con toda seguridad ésta se resistirá y rechazará un acuerdo que no satisfaga los suyos. Por tanto, señalan los expertos que esta tarea se hará mucho más fácil, si procuramos a la vez satisfacer, en alguna medida, los intereses de la otra parte¹⁵.

En la negociación *integrativa*, no se emplean tácticas desleales, sino que se emplean técnicas para combatirlas; se es confiable más no confiado. Se es duro

¹³ *Ibid.*, introducción, p. xviii.

¹⁴ Cf. R. Fisher, W. Ury y B. Patton, *Sí... ¡de acuerdo!...*, *op. cit.*, pp. 21 ss.

¹⁵ Consideramos que precisamente salirse del campo de las posiciones y concentrarse en los intereses de ambas partes, es uno de los principales aportes del proyecto de negociación de Harvard.

con el problema, y a la vez cordial con el adversario. Los esfuerzos se concentran, no en que la otra parte haga el mayor número de concesiones, sino en detectar los distintos intereses que pueden ser objeto de un trueque.

A) Separar el problema de las personas

Esta indispensable distinción entre el problema y las personas no resulta fácil de llevar a la práctica, pues, la tendencia de quien es cordial con el adversario es a ser también suave con el problema; y quien es duro con el problema tiende a atacar también en ese mismo acto al adversario. La clave radica en tener claro que podemos separar el problema y las personas y no confundirlos como si fuesen una misma cosa. Dice un refrán popular "lo cortés no quita lo valiente". Este consejo cobra particular importancia en el campo de la abogacía, en donde los profesionales del derecho deben comenzar por separar a los colegas que representan al adversario, del conflicto que éstos gestionan. Tener presente que el conflicto no es nuestro, sino de nuestro cliente, es el primer paso que debemos dar si queremos separar a las personas del problema. Con frecuencia observamos que algunos abogados, en lugar de tratar con cortesía profesional a sus colegas y a la contraparte, asumen posiciones tan agresivas que terminan involucrándose de manera personal, lo cual expande la dimensión del conflicto y complica aún más su solución. Los abogados debemos ser parte de la solución y no del problema, distinguiendo éste de las personas involucradas. Insistimos, la diferencia en la práctica podría en algunas situaciones parecer sutil, pero las consecuencias de no separar el problema de las personas pueden ser trascendentales. Por ejemplo, no es lo mismo decir: "Agradecemos su propuesta. Sin embargo, nuestro punto de vista es radicalmente distinto y conforme a los precios del mercado esta propuesta nos resulta inaceptable", que decir, "Ustedes demuestran una vez más o una viveza o una clara ignorancia de la realidad, su propuesta es completamente absurda e inaceptable". Tampoco sería lo mismo decir, "Estamos muy complacidos y agradecemos mucho su propuesta. Sólo nos gustaría, ajustarla un poco más". En el primer ejemplo se es duro con el problema pero suave con la persona; en el segundo se es duro con los dos, y en el tercero se es suave con los dos. El curso de lo que sigue en cada uno de estos ejemplos depende mucho de las circunstancias del caso, pero en principio es muy fácil pronosticar que en el primer caso, las partes se centrarán en determinar los precios del mercado para realizar los ajustes que correspondan; en el segundo, es muy probable una escalada del conflicto; y en el tercero, es muy probable que el oferente no modifique su oferta sino que insista en mantenerla.

B) Trueque de intereses

A menudo las partes renuncian a la satisfacción plena de sus intereses porque suponen que deben ceder en algo para llegar a un acuerdo. Cuando las dos partes quieren lo mismo, a menudo se conforman con un resultado

diferente¹⁶. No se tiene claro que ceder e intercambiar intereses son conceptos distintos. En las negociaciones *integrativas* se pueden llegar a trueques creativos y mutuamente beneficiosos, en donde las partes no se preocupan por “distribuir el pastel”, sino por encontrar alguna forma de *agrandarlo*. Ello se logra cuando las partes, luego de precisar sus intereses y generar opciones creativas, aceptan conceder una cuestión que tiene mucho más valor para la otra parte, a cambio de recibir otra que es la que más le interesa. Y si bien este tipo de negociación requiere cierta *cooperación*, ésta rápidamente se logra cuando, el adversario percibe que a través de una solución *integrativa* puede satisfacer la totalidad o gran parte de sus intereses recibiendo lo que para él es indispensable y concediendo algo que no representa mayor sacrificio¹⁷. Paradójicamente, son las propias diferencias (de ciertos intereses) las que una vez descubiertas facilitan el acuerdo.

En muchas ocasiones se piensa que como el conflicto versa sobre un objeto o derecho determinado que ambas partes reclaman para sí, no hay forma de resolverlo sin que una de ellas gane y la otra pierda. La lógica pareciera indicar que frente a dos posiciones antagónicas, no es posible que cada una de las partes obtenga el 100% de sus pretensiones. Por consiguiente, se concluye que si no se quiere hacer concesión alguna y se quiere alcanzar el 100% de lo que se disputa, se debe entonces resolver la controversia en el ámbito judicial o a través de otro mecanismo adversarial como el arbitraje, pues, una transacción implica necesariamente recíprocas concesiones, de modo que ninguna de las partes obtendría el 100% de sus aspiraciones.

En este sentido, el ejemplo clásico de la naranja utilizado en los cursos de negociación de la Universidad de Harvard, nos ayuda a desvirtuar ese mito:¹⁸ Dos niños hermanos se disputan la única naranja existente en la casa y al no ponerse de acuerdo, se inicia una acalorada discusión. La madre al escuchar la disputa se acerca y como no encuentra argumentos que claramente le den

¹⁶ Este descubrimiento se le atribuye al psicólogo Leigh Thompson. Cf. M.H. Bazerman y M.A. Neale, *op. cit.*, p. 43.

¹⁷ Para un análisis sobre las tensiones que se producen en la dinámica de crear valor en las negociaciones y distribuirlo *vid.* R.H. Mnookin, S.R. Peppet y A.S. Tulumello, *Beyon Winning, Negotiating to create value in deals and disputes*, Cambridge, Massachusetts, London, Belknap Press of Harvard University Press, 2000, p. 11 ss.

¹⁸ “Si bien es cierto—y corresponde reconocer con justicia— que el ‘ejemplo de la naranja’ ha sido difundido en especial a través de los Seminarios de Negociación de la Universidad de Harvard, no es menos cierto que existen opiniones encontradas sobre su autoría. El ejemplo es citado por Fisher, & Ury en el libro *Sí, de Acuerdo...* (primera edición, 1981, p. 67) como el caso de los ‘famosos chicos (*proverbial kids*) que peleaban por una naranja’. Desde antes de esa fecha, existe un caso práctico llamado ‘The Ugly Orange Case’ elaborado en 1973 por Robert J. House, que utiliza la misma imagen de la naranja para resolver un conflicto de salud pública. Otros lo adjudican a *Mary Parker Follet*, quien fue pionera de estas ideas a comienzos del siglo. Puede verse además, *Experiences in Management and Organization Behavior* compilado por D. T. Hall, D.D. Bowen, Roy J. Lewicki y F. S. Hall, 2ª ed., Nueva York, ed. John Wiley and Sons, 1982, pp. 130 ss, citado también en *A. Manual for Group Facilitators* publicado por el Center for Conflict Resolution. También R.E. Padilla, “Un cambio de mentalidad: negociación y solución de conflictos”, Diario *La Nación*, 14 julio 1993, p. 7,” citado por R.J. Caivano, M. Gobbi y R.E. Padilla, *op. cit.*, p. 83, nota 92.

la razón a alguno de los niños, resuelve equitativamente cortar la naranja en dos, obteniendo cada niño una mitad. Ciertamente, de esta manera, la madre pone fin al conflicto imponiendo a cada uno de los niños recíprocas concesiones y reduciendo sus respectivas pretensiones al 50%. Se piensa así que fuera de este modo típico de transacción, sólo a través del empleo de un mecanismo adversarial, como podría ser el ámbito judicial o un arbitraje, es que alguna de las partes podría obtener el 100% de sus pretensiones. Se cree que sólo, luego de derrotar al adversario, demostrando en el respectivo proceso la prioridad en la tenencia de la cosa, o un mejor derecho sobre ésta, es que se podría alcanzar el 100% de lo que se demanda.

Sin embargo, si la madre en lugar de proceder a cortar la naranja, interroga a cada uno de los niños para indagar cuáles en realidad son los intereses que subyacen bajo sus posiciones, específicamente preguntándoles ¿para qué quieren la naranja? se podría sorprender al averiguar que uno de ellos la quiere para extraer de ella el jugo, y el otro la quiere para jugar con las cáscaras. Nótese que al descubrirse estos intereses disímiles, se podría satisfacer en un 100% las pretensiones de ambos niños sin ningún tipo de desperdicio.

Esta metodología no sólo funciona en peleas de niños o ejemplos de laboratorio. Ha sido empleada con éxito en algunos de los más trascendentales conflictos tanto en países de Suramérica, como en el Medio Oriente¹⁹.

Por nuestra parte, también en innumerables oportunidades hemos constatado que la negociación integrativa puede ofrecer excelentes resultados en casos, incluso, donde la alternativa judicial luce como la única solución posible. Permítasenos exponer brevemente un caso de la vida real: Un cliente acude a nuestra Firma de Abogados para solicitar el cobro judicial de unas letras de cambio aceptadas por un deudor que alega tener problemas de liquidez y como es de suponer nuestro cliente nos señala que las gestiones de cobro extrajudicial han resultado infructuosas. También como es de suponer, el acreedor aspira recibir las correspondientes cantidades de dinero "lo más pronto posible". Sin embargo, el resultado de esta negociación no fue lo que muchos abogados podrían suponer. En efecto, nuestro cliente, siendo el acreedor, en lugar de recibir cantidad alguna de dinero, le pagó al deudor cierto monto. Sí, nuestro cliente que era el acreedor le terminó pagando al deudor. No se sorprendan, también nuestro cliente satisfizo sus intereses. El inicio de la historia fue bastante tradicional: procedimos a citar al deudor a una reunión en nuestro despacho con el fin de explorar la posibilidad de llegar a un acuerdo amistoso, y éste nos manifestó que estaba dispuesto a honrar su deuda y conservar su buen nombre en el mercado, pero que requería de un lapso no menor a 8 meses para pagar la deuda, incluso con intereses moratorios del 12% anual. Cuando le preguntamos si estaría dispuesto a ofrecer garantías nos contestó que estaba dispuesto a constituir hipoteca mobiliaria sobre una aeronave cuyo precio

¹⁹ Cf. "<http://www.pon.harvard.edu/research/projects/hnp.php3>". Un ejemplo significativo es el caso del problema limítrofe entre Perú y Ecuador.

superaba con creces el valor de la deuda. Posteriormente, nuestro cliente nos manifestó que aceptaba esa garantía y que estaba dispuesto a aceptar un plazo máximo de 6 meses si se estipulaban intereses a la tasa activa bancaria. En esta misma conversación también percibimos que nuestro cliente conocía de aviones. Fue en ese instante en que le preguntamos si estaba dispuesto a comprar la referida aeronave y a compensar gran parte del precio con la acreencia. La respuesta fue afirmativa. A su vez, el deudor que tenía problemas de liquidez y que obviamente le interesaba recibir dinero, conservar su buen nombre y ahorrarse costos judiciales, aceptó inmediatamente esta opción. En un plazo que no excedió un par de semanas, se formalizó esta operación y se canceló la deuda, que en la vía judicial, con toda seguridad, cualquier resultado habría superado el año, y de haberse suscrito el mencionado convenio de pago, en ningún caso habría sido recibido en menos de 6 meses, sin considerar el riesgo de que vencido el plazo el deudor aun no pudiera pagar la deuda. En definitiva, nuestro cliente obtuvo por un buen precio una muy buena aeronave, se ahorró cuantiosos costos judiciales, tiempo y energía, y además, conservó la posibilidad de que en un futuro ambas partes puedan volver a tener relaciones comerciales. Si bien algunos pudieran decir que en un caso como éste el único perjudicado fue el abogado que dejó de percibir los honorarios profesionales de un juicio de una cuantía considerable, debemos manifestar que previamente habíamos acordado un porcentaje justo en caso de que se lograra un acuerdo extrajudicial, y por otra parte, con dicho resultado, consolidamos aún más la relación con nuestro cliente, el cual ahora nos consulta con mayor frecuencia²⁰.

Como puede observarse, hay casos que a primera vista no parecieran tener otra solución posible que la judicial, sobre todo, cuando el cliente nos manifiesta que ya ha agotado la fase de negociación. Sin embargo, la contraposición de intereses generales, no impide la posibilidad de un acuerdo óptimo. Al concentrarnos en detectar los diversos intereses específicos y realmente primordiales, que subyacen bajo las posiciones de las partes, podemos encontrar opciones que permiten elaborar un acuerdo satisfactorio, eficiente, efectivo y de beneficio mutuo.

Se comprende así por qué resulta conveniente explorar la posibilidad de acudir a la negociación *integrativa* aunque tengamos certeza de que podemos vencer a nuestro adversario. Este tipo de negociación permitirá alcanzar mejores resultados, no sólo cuantitativos, sino también cualitativos.

C) Métodos y estilos de negociación integrativa

La Universidad de Harvard, inició en los años 80 un "Proyecto sobre negociación" encabezado por el profesor Roger Fischer quien junto a William Ury y Bruce Patton, luego publicaron un libro titulado "Sí... ¡de acuerdo!"

²⁰ A. Mezgravis, "Elección de Medios Autocompositivos y Adversariales", *Tendencias Actuales del Derecho Procesal, Constitución y Proceso*, UCAB 2006, p. 326.

cómo negociar sin ceder. Este Proyecto, que tenía por objeto analizar las principales características de los negociadores exitosos, tiene el mérito de haber logrado sistematizar las bases de la teoría de la negociación moderna. Toda la literatura posterior en materia de negociación de alguna manera u otra, se fundamenta en sus postulados. Uno de los primeros aspectos que enseñan los resultados de este Proyecto, es que la respuesta a la pregunta de si es más efectivo el estilo suave o duro, es “ni lo uno ni lo otro”, resaltando así la existencia de otro tipo y estilo de negociación: Suave con las personas y duro con el problema. Esta estrategia de negociación procura soluciones *integrativas* con base a principios o méritos, separando a las personas o negociadores del problema, y siendo entonces cordiales con éstas y firmes con el problema. Sugiere que se busquen ventajas mutuas, que se exploren los intereses que subyacen en las posiciones e insiste en que la opción que se escoja para lograr el acuerdo se base en una referencia objetiva, independiente de la voluntad de las partes. La relación de las partes, la comunicación que se debe desarrollar y la alternativa que se tiene si no se logra el acuerdo, son los otros elementos presentes en este método. Nos enseñan estos profesores que si bien cada negociación es diferente, estos elementos básicos no cambian.

Este método no emplea trucos ni falsas apariencias. Puede ser utilizado en negociaciones internacionales entre Estados, con grupos insurgentes; entre comerciantes, o entre parejas que quieren divorciarse o simplemente quieren decidir a dónde ir de vacaciones. Este método resulta aplicable a cualquier tipo de desacuerdo. No importa que la otra parte tenga o no experiencia en negociación, ni tampoco si es un negociador duro o manipulador. Al contrario de lo que ocurre con otras estrategias, si el otro lado también la conoce no es más difícil utilizarla, sino más fácil²¹.

El Modelo de Harvard describe siete elementos básicos, los cuales permiten determinar cuándo una negociación es exitosa. A continuación un simple esbozo de esos siete elementos:

– La relación: una negociación producirá un mejor resultado siempre que las partes hayan mejorado su capacidad de trabajar en forma conjunta en la resolución de sus diferencias, de manera que en el futuro los procesos de negociación serán más fáciles. Un problema común es que las partes en conflicto confunden la relación con el problema. Las partes tienden a tratar el problema y al adversario como si fueran una misma cosa. Este Modelo de negociación, como antes mencionamos, recomienda separar a las personas del problema.

– La comunicación: Un resultado será mejor si se logra con eficiencia, sin perder tiempo y esfuerzo. La negociación eficaz requiere de una efectiva comunicación bilateral y constructiva. Es indispensable manejar técnicas como el refraseo, parafraseo, dirigir los ataques al problema y no asumíroslos de

²¹ Cf. R. Fisher, W. Ury y B. Patton, *Sí... ¡de acuerdo! ..., op. cit.*, p. xix.

manera personal. Dejar a un lado la discusión de la culpa y centrarse en los intereses.

– Los intereses: Bajo las posiciones de las partes, están sus necesidades, inquietudes, deseos, esperanzas y temores. Este modelo recomienda concentrarse en los intereses, no en las posiciones. Este es uno de los elementos clave del éxito de una negociación.

– Opciones: Este término se utiliza para identificar toda gama de posibilidades que tienen las partes para llegar a un acuerdo. Mientras más claro están los intereses de las partes, más fácil será determinar las opciones para satisfacerlos. Este Modelo recomienda inventar a través de tormenta de ideas y otras herramientas, el mayor número de opciones de beneficio mutuo y escoger luego la más satisfactoria, es decir, aquella que no se puede mejorar sin perjudicar a alguna de las partes.

– Legitimidad: Un acuerdo es mejor en la medida en que a cada parte le parezca justo. Luego de tener una lista de opciones posibles, se hace necesario escoger cuál de ellas es la más adecuada. Una referencia externa, un criterio o principio objetivo que vaya más allá de la simple voluntad de cualquiera de las partes, determinará si ese resultado es justo. Entre los criterios externos de legitimidad están “los precios del mercado”, “la práctica habitual”, “los estándares de la industria”, “lo señalado en una ley o reglamento”, “los precedentes”, o “la reciprocidad” como principio de aceptación general. Este modelo recomienda ceder sólo frente a criterios objetivos o legítimos, no ante las presiones o amenazas.

– Compromisos: Los compromisos son planteamientos verbales o escritos que especifican lo que las partes harán o dejarán de hacer. Los compromisos pueden ser planteados durante el curso de la negociación o pueden ser incorporados en acuerdo alcanzado al final de la negociación. En general, un acuerdo será más eficaz en la medida en que las promesas que se hayan hecho hayan sido establecidas y descritas adecuadamente, de manera tal que resulten realistas, prácticas, duraderas, claras y fácilmente comprensibles por quienes deben cumplirlas y, de ser necesario, susceptibles de verificación.

– Alternativas: Es todo aquello que podrían hacer las partes en caso de no llegar a un acuerdo. Es decir, es lo que una parte puede hacer por su propia cuenta sin necesidad de que la otra parte esté de acuerdo. En general, ninguna de las partes debería convenir en algo que sea peor para ella que la mejor alternativa que tiene fuera de la negociación. Este modelo recomienda que antes de dar inicio al proceso de negociación se tenga clara cuál es la Mejor

Alternativa al Acuerdo Negociado (“MAAN” en español, “BATNA” en inglés) que tienen cada una de las partes²².

Luego de que se dio a conocer el método de Negociación de Harvard, los expertos han seguido publicando nuevos libros y teorías que hacen énfasis en aspectos como la “comunicación”,²³ “persuasión–cooperación”²⁴, “la racionalidad”²⁵, las “emociones”²⁶, incluso en la forma positiva de decir NO y continuar con la negociación²⁷. También se ha señalado lo distinto que resulta negociar con gobiernos²⁸. Por nuestra parte pensamos que todos estos nuevos y valiosos estudios no crean nuevos tipos de negociación, sino nuevas herramientas para el manejo de situaciones y problemas que frecuentemente se presentan en las negociaciones. Todos esos trabajos siguen teniendo su base fundamental en la “negociación integrativa con base a principios”.

Cabe señalar que con los años cada persona va afinando su estilo “personal” y estrategias de negociación que le resultan más cómodas y naturales en su empleo. De allí que un mismo negociador que adopta o bien el tipo distributivo o el tipo integrativo de negociar puede a su vez tener diferentes rasgos y adoptar diferentes estilos a lo largo de una misma negociación, según la dinámica y las circunstancias de ésta. Sin embargo, usualmente, en los abogados que no han recibido entrenamiento alguno en materia de negociación, predomina el tipo de negociación distributiva–estilo duro. Esa es la mejor forma de negociar que conocen, y la única que en algunas ocasiones le ha resultado exitosa. Por el contrario, en los expertos o negociadores más sofisticados predomina la negociación integrativa, y el mayor o menor uso de determinadas herramientas o técnicas es lo que marca su propio estilo personal.

²² Extraído del material de clase del Workshop de Negociación, CMI International Group, Harvard University, Cambridge, Massachusetts, 2000.

²³ Cf. D. Stone, B. Patton y S. Heen, *Difficult Conversations, How to discuss what matters most*. Nueva York, Edit. Viking, 1999. También en español: *Negociación, una orientación para enfrentar las conversaciones difíciles*, Bogotá, Edit. Norma, 2002.

²⁴ Así, por ejemplo William Ury desarrolla la “estrategia de negociación de penetración” que a través de cinco pasos procura pasar de la confrontación a la cooperación. Cf. W. Ury, *Supere el No, cómo negociar con personas que adoptan posiciones inflexibles*, Barcelona, Gestión 2000, 2000.

²⁵ Por ejemplo M.H. Bazerman y M.A. Neale, hablan de la “negociación racional” y explican por qué muchas veces las partes adoptan en las negociaciones posiciones irracionales.

²⁶ Como Herb Cohen, que señala que hay que tomarse en serio las negociaciones, pero no tan en serio: *Negotiate this! By Caring, But not That much*, Edit Warner Business Books, 2003. El propio Roger Fisher, esta vez en compañía de un psicólogo especialista en negociación, Daniel Shapiro, nos habla en su libro más reciente de cómo incentivar emociones positivas. Cf. R. Fischer y D. Shapiro, *Beyond reasons. Using Emotions as you negotiate*, Nueva York, Edit: Viking, 2005.

²⁷ Cf. W. Ury, *The Power of a Positive No. How to say NO and still get to Yes*, Nueva York, Bantam Book, 2007. Esta vez el Profesor Ury nos enseña a distinguir entre el NO y el Si negativos, y el NO positivo, el cual implica un Sí a nuestros principios y valores, y a diferencia del NO negativo, el NO positivo no se detiene en la respuesta, sino que continúa hacia la búsqueda de una solución en la que ambas partes digan Sí.

²⁸ J.W. Salacuse, *Seven Secrets for Negotiating with Government, How to deal with local, state, national, or foreign governments and come out ahead*, Amacom, USA, 2008.

Si bien no hay estilo ni método que garantice que en todos los casos se obtendrá un resultado exitoso, pues, incluso a veces es preferible no llegar al acuerdo, existe consenso en cuanto a que los negociadores que recurren a una negociación integrativa, obtienen más y mejores acuerdos.

IV. Estructura de las Negociaciones

Consideramos que toda negociación, independientemente de que sea distributiva o integrativa, tiene cuatro elementos: 1) un elemento subjetivo; 2) un elemento objetivo; 3) un medio; y 4) un resultado.

Ahora bien, un negociador experto no improvisa, tiene muy presentes estos cuatro elementos incluso antes de sentarse con el adversario. Un negociador experto se prepara para cada reunión y define metas realistas en cada una de ellas. Los negociadores inexpertos suelen ir a las negociaciones con el fin de “escuchar lo que tiene la otra parte para ofrecer” y como semejante actividad no implica mayor riesgo, sienten que no tienen que prepararse para ello, ya que en todo caso pueden improvisar si fuese necesario. Lo que ignoran es que aunque logren alcanzar un acuerdo, pueden perder grandes oportunidades de beneficio mutuo que podrían haber descubierto al prepararse, y conducir la negociación de una manera mucho más proactiva.²⁹

1. Elemento subjetivo

Son las partes o los *sujetos* que participan y todo aquél que pudiera resultar afectado por el eventual acuerdo. Es de capital importancia tener claro quiénes son los sujetos con los que estamos negociando. Los que se sientan en la mesa de negociación (que en el campo de los conflictos legales generalmente son los abogados que representan a sus clientes) no son muchas veces los que toman las decisiones más importantes. De manera que se debe pensar no sólo en los intereses o inquietudes de los que se sientan en la mesa de negociación, sino también en los intereses de todos aquellos que pudieran resultar afectados por el eventual acuerdo (gerentes o Representantes legales, Junta Directiva, Accionistas, terceros interesados, e incluso los propios abogados que podrían tener un convenio de honorarios profesionales que no necesariamente es acorde con una solución amistosa de la controversia). Cuando se negocia con entes públicos o empresas del estado, factores como los eventuales cuestionamientos que podrían hacer sectores políticos o funcionarios de más alto rango, posibles auditorías de la contraloría, riesgos de responsabilidades administrativas o de salvaguarda del patrimonio público por llevar a cabo tales acuerdos, etc., deben ser considerados, para que tales temores o inquietudes no se conviertan en verdaderos obstáculos. Muy especialmente se debe tener presente que el funcionario que negocia por parte del gobierno se hace constantemente una pregunta: ¿Cómo esta negociación

²⁹ El Profesor Ury hace mucho énfasis en la importancia de la preparación, *op. cit.*, p. 13 ss.

podría afectar mi carrera?³⁰ Si no damos respuestas positivas a esas inquietudes es de esperarse que dicho funcionario prefiera una sentencia que condene al ente público antes que un acuerdo que, aunque sea más conveniente para el Estado, pueda comprometer o poner en riesgo su cargo público.

2. El elemento objetivo

Se puede derrotar al adversario o incluso aventajarlo en el resultado final, pero aún así podemos obtener un resultado mediocre y con gran desperdicio para ambas partes. Ya antes señalamos que el objeto de una negociación no es derrotar al adversario, ni siquiera aventajarlo en el resultado final; el objeto de una negociación no es otro que el determinar y satisfacer al máximo los intereses que subyacen bajo las posiciones de las partes. Dichos intereses, que no deben limitarse al objeto de la controversia, sino que pueden extenderse a otras áreas permitiendo así “agrandar el pastel”, deben ser claramente precisados para poder luego construir una gama o lista de opciones creativas de posibles soluciones. Cuando hablamos de precisar los intereses nos referimos a los intereses de ambas partes, sólo que antes de comenzar formalmente la negociación podemos indagar y descifrar con mayor claridad los intereses de nuestro cliente, mientras que los posibles intereses de nuestro adversario, a quien quizá todavía ni siquiera conocemos personalmente, tan sólo podemos suponerlos. Suponer con base a hipótesis los posibles intereses del adversario hace que el proceso de negociación fluya con mayor eficiencia. La mejor forma de ir descifrando los posibles intereses del adversario es colocarse en “sus zapatos” pero no con nuestros valores, creencias, emociones y principios, sino con la perspectiva, punto de vista e incluso posibles emociones de la otra parte. Esas hipótesis, que no son más que eso, se irán modificando o ratificando al recibir directamente de nuestro adversario nueva información.

Los intereses, una vez descifrados, conformarán la base que permitirá construir posibles opciones o soluciones que satisfagan conjuntamente esos intereses. Los abogados que previamente han emitido una opinión legal sobre la controversia, pueden estar predispuestos a buscar sólo soluciones enmarcadas en el ámbito del problema legal, olvidando que pueden existir otros intereses, necesidades o negocios adicionales que, aunque no estén conectados con la controversia jurídica, pueden ser la clave para su solución. Mientras mayor cantidad de intereses se exploren y mayor sea el abanico de posibles opciones a considerar, mayores probabilidades de éxito tendrá la negociación, pues, muchas veces la opción definitiva surge de la combinación de varias opciones. Mientras las partes se concentren en descubrir intereses, generar opciones creativas y seleccionarlas con base a criterios objetivos o legítimos, la negociación marchará por buen camino, independientemente de que las opciones que hasta ese momento se planteen luzcan a primera vista muy alejadas de la solución. En cambio, cuando las partes, se apartan del

³⁰ J.W. Salacuse, *op. cit.*, p. 109.

objeto de la negociación, y por ejemplo intentan imponer una determinada y única solución, o amenazan con utilizar su MAAN, o la comunicación se desvía a otros temas ajenos al objeto de la negociación, o lo que es más grave, los negociadores incurren en ataques personales, entonces el proceso de negociación pasa a una fase de alto riesgo, a la fase en la que fracasan la mayoría de las negociaciones. Por tanto, resulta indispensable mantenerse enfocado en el verdadero objeto de la negociación, es decir en el círculo de los intereses, opciones y criterios legítimos y no apartarse de ellos hasta tanto se logre el acuerdo, o se determine que ciertamente ninguna de las opciones posibles es mejor que la MAAN que se tiene. Para mantenerse en el círculo de los intereses, opciones y criterios legítimos se aconseja más que argumentar y rechazar, preguntar. Concretamente para indagar y explorar los *intereses* se aconseja realizar preguntas como: ¿Por qué? Por qué no? Para qué...? ¿Qué tal si...? Aclarar de antemano nuestros intereses e inquietudes facilita esta dinámica; ya que además de incentivar la imaginación y creación de posibles opciones, le brinda mayor confianza al adversario quien podría tener un poco de suspicacia en relevar sus intereses e inquietudes. Y es normal que esto ocurra sobre todo si no se tiene claro que una cosa es revelar debilidades y otra revelar intereses. Por ejemplo, se puede revelar que *nos interesa un espacio cerca de la fábrica para depositar la mercancía, y que estamos dispuestos a considerar tanto ofertas de alquiler como de compraventa de inmuebles de esa zona, e incluso estamos dispuestos a permutar un inmueble de esa localidad por otros bienes que pudieran interesarle a nuestro adversario*. Ahora bien, no tenemos por qué revelar, y sería una torpeza hacerlo, que tenemos serias limitaciones de tiempo porque ya no tenemos dónde colocar la mercancía y que por ello estamos dispuestos a pagar cualquier precio. Revelar esta debilidad podría naturalmente impedir que obtenamos un justo valor por dicho inmueble.

Para explorar *opciones* se recomienda preguntar ¿Qué haría usted en mi lugar? Ayúdeme a entender por qué esta opción no satisface sus intereses? etc. Una herramienta muy útil para generar opciones es la tormenta de ideas en la que se separe el proceso creativo del proceso evaluativo. La generación de opciones suele encontrarse con dos grandes barreras: a) el temor de aportar una opción que por ser de nuestra autoría entonces quedemos vinculados a ella y se nos haga luego difícil rechazarla³¹, y b) la lógica destructiva, esto es, la evaluación anticipada que vislumbra como inconveniente, improbable o inaceptable dicha opción. La creatividad será más libre y fructífera mientras más apartada esté de la lógica, pues, esta última condiciona y limita nuestra imaginación. De manera que una tormenta de ideas será mucho más eficaz si queda claramente establecido que las opciones que allí se elaboren no vincularán a las partes, y que sólo se procederá a la evaluación de éstas una vez concluida la fase creativa, en la cual hasta las ideas más descabella-

³¹ Por ello es frecuente que las partes insistan en que sea la otra la que presente la primera oferta o la primera opción.

das deberán ser anotadas. Repetimos, muchas veces la opción definitiva surge de la combinación de varias opciones.

3. *El medio*

El medio de toda negociación es la comunicación. Sin comunicación no hay negociación. El tipo de comunicación que se emplea, puede ser constructiva o conflictiva. La comunicación puede realizarse a través de diferentes modos, por ejemplo: i) escrita incluyendo la electrónica (fax, e-mail, chat, Messenger, etc., ii) verbal, cara a cara, de manera telefónica, skype o a través de video conferencia, etc.), iii) corporal: gestos, señas e incluso el silencio momentáneo puede comunicar más que mil palabras.

A medida que avanza la tecnología se crean nuevas y más eficientes formas de comunicación. No obstante, a la hora de resolver un conflicto el medio más idóneo de todos, sin duda, es el verbal, cara a cara. Pretender escribir como hablamos, difícilmente produce los mismos resultados. Cuando hablamos hacemos pausas y énfasis especial en nuestro tono, velocidad y volumen de voz. Una misma palabra, dicha en diferentes tonos de voz puede significar desde un saludo jocoso y de mucha confianza, hasta una grave ofensa. Cuando hablamos separamos y contextualizamos las ideas, no con signos de puntuación, sino con gestos de la cara, las manos, hombros y de nuestra postura corporal en general³². En el lenguaje escrito el tono de las palabras queda a libre imaginación del destinatario que puede variar según las circunstancias que lo rodean y el humor que tiene en el momento en que decide leer la comunicación enviada, y he ahí precisamente los grandes riesgos y dificultad de la comunicación escrita³³.

Quienes temen enfrentar los conflictos generalmente se alaban a sí mismos diciendo que son "personas no conflictivas". Ante la posibilidad de sostener una conversación difícil sobre un asunto que intensamente les ha molestado, optan por el silencio y en el futuro procuran evitar los diálogos que tengan relación o puedan hacer recordar la disputa o diferencia surgida. Quienes así se comportan olvidan que las conversaciones y no la falta de éstas, es lo que fortalece las relaciones. Una comunicación constructiva no sólo aumentará las posibilidades de alcanzar un acuerdo, sino también incrementará las posibilidades de conservar y mejorar la relación. Algunos piensan, y con fundada razón, que algunas conversaciones conflictivas son capaces de arruinar una relación. Sin embargo, muchos ignoran que un número mucho mayor de relaciones fracasa por la ausencia de una comunicación sincera. Una conversación conflictiva siempre podrá ser reemplazada por una conversación constructiva. En cambio, el rompimiento del diálogo

³² Para un análisis del lenguaje corporal, *vid.* A. Pease, *El lenguaje del cuerpo. Cómo leer la mente de los otros a través de sus gestos*, Edit. Planeta, 2003.

³³ Para un extenso análisis de los riesgos y efectos negativos de la comunicación escrita, especialmente vía e-mail, *vid.* J.C. Jiménez, *El e-mail en el Trabajo, Manual de supervivencia, Soluciones y Consejos*, Caracas, Ediciones de Cograf Comunicaciones, 2008.

da cabida a la escalada silenciosa del conflicto. En efecto, la evasión del incidente, hace que las partes sólo analicen y repasen individualmente su propia versión de los hechos, sin tener en cuenta el punto de vista ni las emociones de la otra parte. Tal análisis parcial incrementa el resentimiento y conlleva a prejuzgar de una manera exagerada las “malas intenciones” de la otra parte. De allí que la falta de comunicación, no sólo atenta contra las posibilidades de alcanzar un acuerdo, sino que incluso alcanzado éste, por la rendición o concesión que haga una de las partes para escapar del conflicto, puede terminar aniquilando la relación, o reduciéndola a un simple trato superficial, poco sincero y cargado de un enorme resentimiento.

Una conversación constructiva *ideal* será aquella que se desarrolla de manera muy amistosa, amena y llena de halagos recíprocos. No obstante, dada las circunstancias no necesariamente siempre es o debe ser así. Es más, cuando existe un verdadero conflicto pocas veces es así. Lo esencial en una conversación constructiva no es agrandar a la otra parte ni elogiarla, sino resolver el conflicto. Una conversación constructiva puede tener por objeto salvaguardar una relación, pero también puede tener por objeto terminarla. Una pareja, por ejemplo, puede tener una conversación constructiva, no para rescatar su relación sentimental, sino para acordar, de manera cívica y equitativa, la partición de los bienes de la comunidad conyugal. A veces ni siquiera lo importante es la relación entre las partes, sino la relación entre ellas y terceros (*v.gr.*, régimen de visitas de los menores hijos). En fin, a través de una conversación constructiva se puede mejorar una relación pero también terminarla, o lo que es mejor: transformarla. En el campo laboral muchas veces nos enfrentamos a este tipo de situaciones. Por tanto, se debe tener presente que el final de una relación determinada no impide el surgimiento de un nuevo tipo de relación. Parejas que se divorcian y luego se convierten en amigos o al menos mantienen un trato cordial y respetuoso entre ellos en beneficio de los hijos; familiares que terminan un negocio o socios que dejan de serlo y siguen conservando su amistad o sus lazos familiares, etc., son tan sólo algunos ejemplos de cómo una relación que termina puede dar paso a otra distinta.

Una conversación constructiva, aunque no necesariamente tiene que ser amena o agradable, siempre debe ser respetuosa, teniendo por norte preservar intereses (comunes, personales o de terceros) amenazados por el conflicto. Con este último fin, y porque no se está en un proceso penal en el que se intenta imponer una condena a un delincuente, se debe evitar discutir sobre la culpa. Discutir sobre la culpa resulta, en la generalidad de los casos, inútil, agotador e interminable. Además, en la mayoría de las veces escala el conflicto que se desea resolver. El deseo de culpar al otro no es otra cosa que la necesidad de expresar nuestras emociones. No distinguir estos dos aspectos puede ser fatal. En cambio, cuando en las conversaciones hay disposición a reconocer algún grado de contribución (por acción o por omisión) en el ori-

gen del conflicto, éste se apacigua³⁴. En las conversaciones constructivas se escucha con mucha *curiosidad* para comprender a profundidad el punto de vista de la otra parte³⁵, y no con intenciones de encontrar puntos débiles que permitan formular nuevos argumentos. Se pueden cuestionar enérgica y categóricamente las afirmaciones de los hechos discutidos, pero sin llegar a confundir al adversario con el problema. Teniendo presente esta distinción se puede ser muy duro con el problema y al mismo tiempo cordial o respetuoso con nuestro interlocutor. En general, quienes son suaves con las personas suelen ser suaves con el problema, y quienes son duros con el problema les resulta incompatible ser cordiales con el adversario. Están más propensos a esto último los colegas que asumen los conflictos de sus clientes de manera personal.

En las conversaciones constructivas se manejan adecuadamente las emociones personales³⁶, y se expresan y describen los sentimientos de manera clara y oportuna sin atacar o hacer juicios de valor de la otra parte.

La generalidad de las personas piensa que culpar a la otra parte no es más que la consecuencia de expresar abiertamente los sentimientos. Muchos están conscientes de que hacer esto no ayuda a resolver los conflictos y por ello prefieren reprimirlos. Otros, en cambio, consideran que no culpar al contrario podría generarle “ulceras” y por ello, y sin importar las consecuencias, resuelven “desahogarse”. La verdad es que tanto reprimir los sentimientos como culpar al contrario agravan el conflicto.

Cuando culpamos no estamos en realidad expresando un sentimiento; sino que a consecuencia de una fuerte carga emocional, que ni siquiera intentamos precisar y describir, hacemos un juicio de valor (casi siempre exagerado) de la conducta o incluso personalidad de la otra parte. Expresar

³⁴ No se trata de compartir la culpa. Un ejemplo de *contribución* en el origen del conflicto podría ser el caso de la persona que llega a tiempo a una cita y no tiene culpa alguna de que la otra parte llegue con retraso. Aún así, expresa algún grado de contribución en el origen del conflicto: “Debí haberte aclarado ayer cuando acordamos la cita lo importante que era para mí que asistieras puntualmente”. Este ejemplo demuestra que, aún en las situaciones en que no tenemos mayor responsabilidad, siempre es posible asumir “algún grado” de contribución en el origen del problema.

³⁵ Comprender y aceptar son cosas distintas. Comprender la versión de la otra parte no supone renunciar a nuestra versión, ni tampoco implica justificar la conducta o pretensión de la otra parte. Al comprender y demostrarle a la otra parte que hemos comprendido su versión lograremos algo muy importante: modificar nuestra percepción con la nueva información obtenida, o lograr que la otra parte que ya sabe que hemos comprendido su versión ahora escuche con curiosidad y atención nuestra versión. Esto último, se conoce como la técnica del refraseo que se inicia con una frase similar a: “*Corrígeme si me equivoco, según tu punto de vista..*” (a continuación se hace un breve pero genuino resumen de la versión expuesta por la otra parte). No se debe caer en la tentación de omitir puntos o añadirlos para debilitar la versión de la otra parte, pues ello ocasionará un rechazo inmediato. El refraseo se debe realizar tantas veces sea necesario, es decir, hasta que nuestro adversario acepte sin reservas que hemos logrado describir con exactitud su versión.

³⁶ Intentar controlar a la otra parte, en lugar de controlarnos a nosotros mismos, es un error muy común. Visualizar nuestro objetivo final o pedir una pausa en los momentos en que estamos a punto de reaccionar inadecuadamente, son herramientas útiles que pueden salvar una relación o negociación.

nuestras emociones comienza por preguntarnos internamente ¿qué siento?, para luego describirle a nuestro adversario el o los sentimientos que hemos identificado (rabia, impotencia, frustración, desilusión, tristeza, vergüenza, humillación, etc)³⁷. En cambio, cuando nos desquitamos juzgando o calificando la *personalidad* del adversario (de grosero, egoísta, irresponsable, injusto, deshonesto, cobarde, prepotente, conflictivo, etc.), lejos de expresar emociones en realidad nos estamos dejando controlar por éstas. No es lo mismo decir “me siento sumamente molesto y ofendido con esta situación”, que decir “eres desconsiderado y ofensivo”. En el primer supuesto, describimos nuestro estado emocional, en el segundo, atribuimos el conflicto a la personalidad del adversario. El impacto entre una y otra acción es descomunal. Generalmente cuando alguien es atacado inmediatamente se defiende, y como el ataque a la personalidad traspasa los hechos concretos que dan origen al conflicto, siempre el atacado encontrará argumentos para cuestionar el ataque. Al igual que en la física “una acción genera una reacción”.³⁸ En cambio, nadie puede cuestionar lo que otra dice sentir. Nadie puede cuestionar que otra persona diga por ejemplo: “siento una gran desilusión y me siento muy molesto con lo ocurrido”. ¿Cómo alguien podría decir que no es verdad que sentimos lo que sentimos? A diferencia de lo que ocurre cuando culpamos o atribuimos el conflicto a la personalidad de la otra parte, la descripción detallada de nuestros propios sentimientos contribuye, no sólo a liberarnos de una pesada carga emocional, sino también a que la otra parte pueda tener una mejor comprensión del impacto que tuvo en nosotros el conflicto. Por no tener clara esta distinción entre culpar y describir las emociones, muchas personas prefieren reprimir sus sentimientos con la esperanza de evitar una escalada del conflicto. Olvidan, quienes así actúan, que esos sentimientos se filtrarán en una posterior situación con consecuencias mucho más graves. Asimismo, quienes piensan que no culpar a la otra parte les generaría una gran insatisfacción, deben recordar que lo que genera frustración y afecta la autoestima, no es no poder culpar al adversario, sino el dejar de describir las emociones o sentimientos experimentados a raíz del conflicto.

En síntesis, mediante una comunicación constructiva se intenta solucionar de manera *conjunta* el problema.³⁹ La regla de oro que siempre debemos

³⁷ No siempre es fácil determinar lo que sentimos en un conflicto, pues, es común que no se trate sólo de un sentimiento sino de una mezcla de ellos. En estos casos lo recomendable es expresar precisamente eso: “Siento una mezcla de...”. *V.gr.*, rabia e impotencia....etc.

³⁸ Tercera Ley de Newton.

³⁹ Importantes técnicas que se deben tener presentes sobre todo a la hora de enfrentar conversaciones difíciles, han sido desarrolladas por un grupo de profesores que también forman parte del Proyecto de Negociación de Harvard. *Cf.* D. Stone, B. Patton y S. Heen, *op. cit.* También en español: *Negociación, una orientación para enfrentar las conversaciones difíciles*, Edit. Norma, Bogotá 2002. Una estrategia un tanto distinta puede verse en D. Stiebel, *When talking makes things Worse!*, Edit. Whitehall & Nolton, 1999. Señala este profesor de la Universidad de Berkeley, California, que a menudo el problema no es una comunicación deficiente, sino un verdadero desacuerdo, de modo que si sigue intentando comprender mejor al otro, no se resolverá el problema, y en cambio, puede agravarse. Propone un sistema de negociación que si bien en su nomenclatura es

recordar es que las conversaciones, y no la falta de éstas, es lo que fortalece las relaciones.

4. El resultado

Puede ser el acuerdo o en su defecto lo que harían las partes en caso de que éste no se alcance. Tener claro esto antes de que se inicie el proceso de negociación, hace una importante diferencia. Los expertos en negociación determinan su MAAN, o Plan "B"⁴⁰, antes de que la negociación comience, mientras que los negociadores inexpertos lo hace sólo cuando es inminente el fracaso de la negociación. La MAAN no sólo es la brújula que nos indica hasta donde podemos llegar en la negociación porque nos marca los límites en torno a cuándo estamos en presencia de un buen acuerdo y cuándo no. Asimismo, la MAAN es una fuente de poder, pues, en la medida que se logre visualizar una alternativa atractiva podremos educar o concienciar mejor a nuestro adversario sobre las eventuales consecuencias que se darían en caso de no llegar a un acuerdo. En este sentido, cabe resaltar que una cosa es *amenazar* y otra muy distinta es *advertir* serenamente sobre las consecuencias que ninguno de los negociadores desea. Por otra parte, es común que primero se alcance un acuerdo verbal general que luego se intenta plasmar con mayores detalles en el acuerdo escrito. Muchas negociaciones fracasan en esta última etapa, pues, los detalles dejan de ser tales para convertirse en puntos de honor. Si se tiene presente que esto ocurre con bastante frecuencia y que esos detalles deben ser negociados con las mismas técnicas de una negociación integrativa y no distributiva, entonces podremos alcanzar mayor número de acuerdos.

V. La Primera negociación debe ser con el cliente

1. Aspectos que se deben considerar:

El alcance de los costos de un proceso judicial muchas veces es subestimado. Es usual que frente a la realidad o inminencia de un proceso judicial, un cliente centre su atención en los honorarios profesionales y otros *costos directos* asociados al litigio, desestimado los costos indirectos, a pesar de que estos últimos pueden ser superiores.

distinta a la del Proyecto de Harvard, y a veces da la impresión de criticarlo, en el fondo, y aunque en el autor no lo reconoce, nos parece que tiene muchas similitudes. Por nuestra parte, si bien compartimos que a veces una buena comunicación no basta para superar un verdadero desacuerdo, no menos cierto es que muchos conflictos se originan o se agravan por una mala comunicación. Además, la estrategia de negociación que propone este autor para superar los verdaderos desacuerdos, requiere, en definitiva, de una comunicación constructiva. La referida obra, también está disponible en español: *Cuando hablar empeora las cosas. Estrategias para superar los problemas de comunicación*, Edit Urano, 2002.

⁴⁰ Vid. *supra*, nota 7.

Los costos directos del litigio son relativamente fáciles de medir o cuantificar. En cambio, los costos indirectos como, por ejemplo, asignar una cantidad importante de tiempo del personal clave de la empresa a los requerimientos del proceso judicial (recolección de pruebas, hacer las respectivas provisiones contables, acordar las estrategias, revisar escritos, facturas de honorarios, etc.), pasan a veces desapercibidos.

Más grave aún, las pérdidas y efectos que representa no rescatar el negocio o la relación en cuestión, en la mayoría de las veces ni siquiera son cuantificados, pues existe por parte del cliente cierta resignación en cuanto a que, independientemente de la cuantía y significación de esos daños, no hay otra alternativa que asumirlos, y por ende ese ejercicio se considera algo más que inútil⁴¹. Esa resignación es producto del escepticismo y la poca fe que se le da a la negociación que pudieran realizar los abogados. Aunque no nos agrade, los abogados seguimos siendo percibidos como parte necesaria del problema, y no como parte de la solución.

Por otra parte, las distintas cuantías de honorarios profesionales que podrían ser cobrados bien en la negociación o bien en juicio, podrían motivar al abogado a favorecer una vía más que la otra.

En virtud de todo lo anterior, es que sostenemos que la primera negociación que debe realizar el profesional del derecho no es con la contraparte sino con su propio cliente. Es un error pensar que lo que justifica una cuantía significativa de honorarios es lo largo y complejo que resultará el proceso judicial. No nos engañemos, a nuestros clientes poco les importa la extensión de nuestros escritos, ni tampoco cuánta doctrina y jurisprudencia citemos en ellos. Cuando los clientes están conscientes de los beneficios que podrían obtener a través de una negociación integrativa, y confían en nuestras capacidades como negociadores, pueden estar dispuestos a pagar una cantidad superior de honorarios profesionales a la que pagarían por un resultado exitoso en un juicio, independientemente de que dicho proceso de negociación implique, cuantitativamente hablando, mucho menos horas de trabajo.

Por supuesto, hay casos en que acudir a la vía judicial, no sólo estaría justificado, sino que en algunas circunstancias es urgente y necesario hacerlo.⁴² El problema entonces radica en realizar no sólo un correcto diagnóstico de esta situación, sino también en iniciar un primer proceso de negociación con nuestro propio cliente, que a veces puede ser hasta más complejo y difícil que el que se desarrolla con el adversario.

⁴¹ Se reporta que las grandes corporaciones estadounidenses pagan más de 20.000 millones de dólares a los abogados que intervienen en litigios. Cf. J.R. Allison, "Cinco formas de mantener los conflictos alejados de los contenciosos legales", *Harvard Business Review, Negociación y Resolución de Conflictos*, Bilbao, Ed. Deusto, 2001, p. 201.

⁴² Para un análisis sobre cuándo es conveniente utilizar la negociación o mediación, y cuándo utilizar el arbitraje o la vía judicial vid. A. Mezgravis, "Elección de medios autocompositivos y adversariales", *Tendencias Actuales del Derecho Procesal, Constitución y Proceso*, UCAB 2006, p. 315 ss.

2. *¿Profesionales del derecho o simples mandatarios?*

La negociación con el cliente puede ser más difícil que con la contraparte por distintas razones:

i) En primer lugar porque el cliente pudiera estar convencido de que nuestros servicios profesionales deben limitarse a seguir sus instrucciones. La conducta de ciertos abogados contribuye a desarrollar la percepción en nuestros clientes de que somos "simples mandatarios" y no auténticos profesionales. Ante el riesgo de perder el cliente, algunos abogados consideran un "deber" acatar sus instrucciones. Los abogados en general debemos recordar que, así como ocurre en cualquier campo o profesión, un verdadero profesional, luego de interrogar a su cliente sobre sus intereses e inquietudes, debe recomendar la mejor alternativa y advertir claramente las consecuencias en caso de que se opte por otra vía. Un médico, por ejemplo, le indica a su paciente el tratamiento o la cirugía a la que éste se debe someter, no a la inversa. Al igual que ocurre en el campo de la medicina, los profesionales del derecho tenemos que estar preparados para persuadir a nuestros clientes sobre lo que en realidad es más conveniente para ellos. Un profesional del derecho (o de la medicina) no debe limitarse a complacer, sino a aconsejar a su cliente (o paciente) sobre lo que es más recomendable para él. En nuestro criterio, no se trata simplemente de dar un tímido consejo; se trata de persuadir, se trata de negociar con el cliente hasta alcanzar un acuerdo satisfactorio tanto para él como para el abogado; un acuerdo donde los intereses de ambos estén en sintonía y ambos persigan, por tanto, el mismo resultado.

ii) A veces la negociación con el cliente es la más difícil, pues, el cliente está convencido de que la negociación con el adversario es inútil, ya que él mismo la intentó y fracasó. Usualmente acude al abogado porque ya ha desestimado la vía de la negociación. Es por ello indispensable transmitirle al cliente que se trata de una negociación distinta, en la que, ante la inminencia de un proceso judicial o arbitral, intervendrán nuevos actores (abogados) que desprovistos de esa negativa carga emocional, emplearán formalidades, métodos y tácticas distintas para evitar precisamente las consecuencias del desenlace a cargo de un tercero.

iii) Otra situación que pudiera resultar aún más complicada ocurre cuando el propio cliente desea sentarse en la mesa de negociación pero en los momentos más críticos del proceso, por temor o por meros impulsos emocionales se aparta de nuestros consejos. Esta situación, quizá es la más riesgosa de todas porque una vez que el cliente haya hablado será muy difícil revertir frente al adversario este hecho consumado. Por tales razones, antes de iniciar el proceso de negociación con el adversario debemos preparar y alertar a nuestro cliente de las tentaciones en la que puede incurrir, bien sea cediendo

por temor a que fracase la negociación, o bien, obstaculizándola con sus deseos de “darle su merecido” al adversario.

VI. Las Tácticas Desleales

Ya antes señalamos que el estilo integrativo con base a principios puede funcionar con adversarios que no manejan estas técnicas, y si las manejan todavía mejor.

Es bastante común que los negociadores que utilizan un estilo de negociación distributivo –duro o manipulador–, empleen tácticas desleales. Algunas de esas tácticas pueden ser ilegales, no éticas o simplemente desagradables; pero lo cierto es que quien las emplea lo hace porque esas tácticas están arraigadas a su estilo de negociación, y porque sencillamente no conocen otra forma más efectiva. La naturalidad con que esos negociadores utilizan estas tácticas, demuestra que su uso en el pasado les ha dado ciertos resultados.

1. Tipos

A pesar de que la lista de tácticas desleales o de mala fe es tan amplia como la imaginación lo permita, todas pueden ser agrupadas en tres categorías generales: A) Tácticas de atrincheramiento; B) Tácticas de intimidación, y C) Tácticas engañosas⁴³.

A) Tácticas de atrincheramiento:

El Profesor William Ury las denomina “Muros de piedra”, y son todas aquellas tácticas que emplea nuestro oponente para generar la apariencia de que él será intransigente, de que su posición es totalmente inflexible, y de que no existe posibilidad de un acuerdo si no se acoge exactamente la solución que él propone. Ejemplos de estas tácticas son: i) *“No puedo hacer nada al respecto, es la política de la compañía”*; ii) *“Tómelo o déjelo! Tiene hasta mañana para decidir”* iii) *“Les dije a los compañeros que renunciaría a representar el sindicato antes que aceptar menos de un 35% de aumento”*; iv) *“No tenemos nada que negociar, me concedes esto o vamos a juicio”*; v) *“Me parece que su petición es algo razonable, pero mi cliente (o casa matriz) se niega rotundamente a aceptarla”*; vi) *“Este es el modelo de contrato que siempre ha utilizado la empresa y yo lamentablemente no tengo autoridad para modificar sus cláusulas”*; vii) También este tipo de tácticas las materializa el adversario mediante declaraciones públicas o a la prensa de lo que son sus aspiraciones, con la intención de proyectar un hecho consumado que supuestamente ya no puede ser revisado.

⁴³ El Profesor Ury las clasifica en: i) Muros de piedra; ii) Ataques, y iii) Trucos. Cf. W. Ury, *“¡Supere el No!, cómo negociar con personas que adoptan posiciones obstinadas*, Edit. Norma, 1993, p. 52 ss.

B) Tácticas de intimidación

Son tácticas de presión diseñadas para descomponer nuestro ánimo. Incomodar, atemorizar, angustiar, avergonzar, son objetivos con los que se pretende asumir el control (ofensiva) de la negociación, hasta llegar a un punto donde, frente a tanto malestar, la víctima de estas tácticas prefiera ceder. Hacernos esperar en reiteradas oportunidades; ataques: *"no creo que su Firma acepte defender algo tan inmoral.."*; amenazas *"ejerceremos acciones penales si su cliente no acepta..."*; comentarios tales como: *"usted no tiene muchos años de graduado ¿verdad?"*, o *"deseamos hablar con alguien que realmente conozca de este asunto y tenga autoridad para decidir"*; o preguntas como: *"¿No se siente bien? Está pálido, parece que no hubiera dormido en toda la noche?"* son tan sólo algunos ejemplos de este tipo de tácticas. Otra táctica de intimidación común es la del papel del "socio bueno y flexible y el socio malo y agresivo," los cuales juntos conforman los representantes de nuestro adversario.

C) Tácticas engañosas

Son artimañas o trucos con los que se pretende confundirnos para que, con base a una suposición falsa, cedamos. Su éxito depende de lo confiado que seamos. Manipular la información, por ejemplo, utilizar cifras falsas, parciales o confusas; proyectar que se tiene autoridad para decidir y luego de haber alcanzado el mayor número de concesiones de nuestra parte, nos informa que es otra persona la que decide; la exigencia de último minuto, o la versión final de la transacción que a nuestras espaldas se altera, son tan sólo algunos ejemplos de este tipo de táctica.

Aunque se trata de tres diferentes grupos tácticas, todas tienen el mismo objetivo primordial: hacernos ceder o hacer ceder a nuestro cliente. Muchas veces el éxito de estas tácticas depende de que la víctima no las reconozca. De igual manera, en gran medida su neutralización consiste en identificarlas. Sin embargo, identificar la táctica y desenmascarar abiertamente las supuestas intenciones de nuestro adversario son dos cosas distintas. Intentar esto último puede poner en riesgo la negociación. Mientras mayores posibilidades le brindemos a nuestro adversario de abandonar la táctica elegantemente y hasta con humor, mayores posibilidades habrán de que efectivamente lo haga sin poner en riesgo la negociación.

Cuando identificamos una conducta que pareciera subsumirse en alguna de estas tres clasificaciones, debemos actuar con mucha cautela y *presumir* (no concluir anticipadamente) que estamos en presencia de una táctica desleal. Es crucial tener claro que esa presunción no es más que eso. Y esto es importante recordarlo porque a veces los abogados nos vanagloriamos del dicho "piensa mal y acertarás". Podría ser catastrófico confundir una presunción, que admite prueba en contrario, con una conclusión definitiva que no la busca ni la admite. A veces las apariencias engañan, y lo que pudiera pare-

cer una táctica desleal, puede ser en realidad producto de una casualidad, o la posición real y definitiva del adversario. De allí la importancia de manejar nuestras impresiones como hipótesis que debemos comprobar a medida que obtengamos mayor información.

Preguntarnos en cuál de los tres grandes grupos de tácticas encaja la conducta de nuestro oponente, nos servirá para identificarla más fácilmente, y así evitar caer en el juego de nuestro adversario. Identificar la táctica es equivalente a haber visto en el cine una escena de suspenso, que cuando la volvemos a ver ya no nos produce el mismo efecto porque sabemos lo que ocurrirá, y conocemos el propósito o intención de los actores.

2. ¿Cómo neutralizarlas?

El empleo de tácticas intimidatorias y posturas intransigentes es algo, por cierto, bastante común en el ámbito de los abogados litigantes. De manera que enfrentarnos a tácticas de mala fe, no debe ser motivo de sorpresa sino más bien parte de la rutina de quien quiere hacer de la negociación una herramienta cotidiana en el ejercicio de la abogacía.

Tres aspectos deben ser considerados para neutralizar tácticas desleales. Primero: Tolerarlas no es la solución, y dejarnos arrastrar por nuestras reacciones impulsivas, o deseos de desquite, es aún peor. Saber cuáles son estas posibles reacciones impulsivas nos ayudará a controlarnos. Segundo: Negociar el procedimiento antes que la sustancia, disminuirá la tentación del adversario de emplear estas tácticas. Tercero: Identificar la táctica específica es clave para aplicar el antídoto correspondiente.

A) Controlar nuestras reacciones impulsivas

Lo primero que debemos tener presente es que nuestro objetivo no es el de controlar al negociador que emplea esas tácticas, sino el de evitar que con esas tácticas él nos controle, y así poder cambiar “el juego” que nuestro oponente está acostumbrado a jugar.

Un buen control de nuestras emociones supone evitar caer en alguna de estas tres reacciones comunes:

Contraatacar: En ocasiones “darle un poco de su propia medicina” al oponente sirve para que éste abandone los ataques como táctica de negociación. Sin embargo, en la mayoría de las veces los contraataques sólo sirven para ratificar la validez de la tercera teoría de Newton: “una acción genera una reacción”, y con ello la escalada del conflicto podría ser infinita. Los adversarios que emplean tácticas desleales, por lo general tienen una larga experiencia haciéndolo, por lo que contraatacar nos coloca en el terreno en que estos negociadores son expertos, quedando así atrapados en el juego que a ellos les gusta jugar.

Ceder: Debemos estar dispuestos a ceder sólo frente a criterios legítimos u objetivos, nunca frente a amenazas, presiones o tácticas desleales. Si cedemos ante presiones, amenazas o simplemente nos “llenamos de paciencia” para tolerar tácticas desleales, no sólo estaremos afectando nuestra autoestima y obteniendo un resultado que por lo general no es satisfactorio, sino que también estaremos incentivando a que nuestro oponente, u otros que conozcan nuestra reputación de debilidad, repitan en el futuro ese tipo de conductas contra nosotros. La mayoría de las personas cuando se percatan de una posible táctica de mala fe opta por tolerar la conducta, con la esperanza de que así evitarán una escalada del conflicto. Esperan que si ceden en esa ocasión, la otra parte se calmará y cambiara de conducta. Como señalan los expertos, alguna vez esto sucede, sin embargo casi nunca ocurre⁴⁴.

Rompimiento de la negociación: Si se cuenta con una buena alternativa fuera de la negociación, poner fin a ésta puede ser la mejor y más inteligente estrategia. No obstante, frecuentemente, el rompimiento de la negociación responde a una decisión apresurada y visceral que posteriormente el cliente lamenta, especialmente en Venezuela en donde un juicio luego se bifurca en diferentes acciones o procesos, cuyo resultado final puede superar fácilmente los 10 años. Lo que sucede casi siempre es que las partes, luego de varios años de disputa judicial, y luego de haber invertido gran cantidad de recursos humanos y económicos, reanudan las negociaciones para terminar con un acuerdo que años atrás hubiesen podido alcanzar a un menor costo. Es por ello que a pesar de que nuestro adversario haga comentarios inadecuados, debemos evitar la reacción impulsiva de romper la negociación. Adicionalmente, se debe tener presente que nuestro adversario puede intentar sacarnos de la negociación, una vez que se percate de que nosotros no cederemos frente a sus presiones, amenazas, o tácticas desleales. Esto lo hará con la intención de negociar directamente con nuestro cliente (que sí pudiera ceder ante esas tácticas). Con tan sólo anticipar esta posible situación a nuestro cliente es suficiente, pero no hacerlo oportunamente puede ocasionar consecuencias irreversibles.

B) Negociar primero el procedimiento antes que la sustancia

Negociar primero el procedimiento de la negociación, antes que la sustancia o fondo del asunto, ayuda a contrarrestar la tentación del adversario de emplear tácticas desleales. Precisar anticipadamente aspectos como el alcance de la autoridad, representación o poder de los negociadores (capacidad de transigir), identificar los integrantes de cada equipo, determinar la alternabilidad de la sede de las reuniones, así como la oportunidad y modo de realizar tormentas de ideas, y la conveniencia o no de realizar minutas de cada reunión, fijar una plazo para la revisión de los borradores, etc., puede evitar-

⁴⁴ Cf. R. Fisher, W. Ury y B. Patton, *Sí... ¡de acuerdo!...*, op. cit., pp. 149–150.

nos sorpresas, y conducir la negociación bajo un clima de mayor confianza y cooperación entre las partes.⁴⁵

C) Identificación de la táctica para aplicar el respectivo antídoto

Como nos enseña el Profesor Ury, el primer paso para neutralizar el efecto de una táctica desleal es reconocerla. Si reconocemos que la táctica es de "atrincheramiento", estaremos entonces conscientes de que nuestro oponente no es tan intransigente como aparenta. Si nos percatamos de que nuestro adversario emplea tácticas intimidatorias, no nos sentiremos tan incómodos, y si identificamos una posible mentira, no caeremos en la trampa.

Tácticas de atrincheramiento:

Antídoto: ponerlas a prueba.

Frente a las posibles tácticas que emplea nuestro oponente para generar la apariencia de que él será intransigente, de que su posición es totalmente inflexible y de que no existe posibilidad de un acuerdo si no se acoge exactamente la solución que él propone, lo recomendable es "ponerlas a prueba". Es muy difícil saber en un primer momento si nuestro adversario está hablando en serio, o si se trata de una simple actuación o "bluff". Cuando todavía tenemos la duda de si nuestro adversario está hablando en serio o es un "bluff", hacer caso omiso al comentario o cambiar el tema podría ser lo más inteligente en ese momento. Las siguientes conductas de nuestro adversario aclararán el panorama y nos permitirán ahora sí actuar con mayor certeza. Reinterpretar o parafrasear el comentario de atrincheramiento comunicándole a nuestro adversario que entendemos que se trata de una genuina aspiración, le permitirá a éste zafarse con elegancia de dicha afirmación. Ante una situación en la que se nos advierte "*Tómelo o déjelo! Tiene hasta mañana para decidir*", una respuesta como por ejemplo: "*Me gustaría poder hacerle una oferta más satisfactoria, sin embargo dudo que antes de mañana pueda tenerla lista*", podría ser suficiente. En efecto, si nuestro adversario comienza a dar signos de flexibilidad entonces sabremos que estamos en presencia de una táctica de atrincheramiento. De lo contrario sabremos que habla en serio y nos corresponderá entonces evaluar nuestra MAAN y resolver si es conveniente o no aceptar dicho acuerdo. En un caso de la vida real se le comunicó a nuestro cliente interesado en comprar un inmueble que *el modelo de contrato de opción de compra jamás había sido modificado por la inmobiliaria*, y por más razones justas y objetivas que nuestro cliente daba, la abogada de la inmobiliaria se negaba a realizar cambio alguno alegan-

⁴⁵ Cabe advertir que no se trata de elaborar una "agenda" de la negociación, que muchas veces puede resultar demasiado rígida y hasta contraproducente, sobre todo si se hace un listado del orden en que serán tratados los distintos temas, lo que muchas veces impide que se logren acuerdos integrales y fomenta el regateo. Repetimos, la sustancia debe ser negociada con técnicas integrativas en un ulterior momento.

do que las cláusulas no eran negociables. Fue entonces cuando le solicitamos que nos diera una carta en la que se señalara precisamente eso “que el contrato no era negociable”. Luego le señalamos muy amablemente que eso no era conveniente para ninguna de las partes, pues, por un lado nuestro cliente deseaba los cambios, y por el otro, a la inmobiliaria no le convenía que dicho contrato fuese calificado como un contrato de adhesión (en que el que no hay negociación), ya que conforme a la Ley de Protección al Consumidor vigente para la época podrían ser nulas las renunciaciones que supuestamente allí hacía nuestro cliente. A las pocas horas recibimos una llamada de la abogada señalándonos que sí se incluirían los cambios sugeridos por nosotros y que era la primera vez en muchos años que se hacía un cambio a dicho modelo de contrato.

Tácticas intimidatorias:

Antídoto: transmitir que hemos identificado la táctica y que ella es inútil.

En general frente a tácticas de presión diseñadas para incomodarnos lo recomendable es no complacer a nuestro adversario. Para no ser personajes de su obra teatral, debemos hacer lo opuesto a lo que nuestro adversario espera. Si le “pagamos con la misma moneda”, caeremos en un juego en el que nuestro adversario tiene mayor experiencia.

¿Qué debemos hacer, por ejemplo, si acudimos a una reunión a la hora pautada y luego se nos hace esperar en la recepción? Si tenemos la percepción de que se trata de una táctica, anunciar cordialmente, por ejemplo, que comprendemos que llegamos en un mal momento, que no queremos molestar, que sólo esperaremos un lapso determinado (20/ 30 minutos), y que de no darse la reunión no tenemos problema alguno en reunirnos la próxima vez en nuestras oficinas, puede ser suficiente para neutralizar esta táctica.

¿Qué hacer, si en nuestra primera reunión de negociación al llegar al salón de conferencias de nuestro adversario se nos ofrece una silla más baja que las restantes y frente al sol? Ya sabemos que lo recomendable es *presumir* y no *concluir* anticipadamente que estamos en presencia de una táctica. También sabemos que no debemos incurrir en alguna de las tres reacciones impulsivas antes comentadas. Pero ¿cómo entonces debemos afrontar una situación como la descrita sin tolerarla y sin poner en riesgo la negociación? En general frente a este tipo de tácticas lo recomendable es transmitirle a nuestro adversario que hemos identificado la táctica *replantando el asunto, por ejemplo, con criterios de reciprocidad*. Un comentario jocoso como: *“Asumo que si no hay otra silla de igual tamaño, nos turnaremos en el uso de ésta que es la más baja e incómoda. Y también asumo que quien se siente aquí le serán obsequiados unos lentes de sol por el anfitrión de la reunión”*. Si el comentario jocoso no da el resultado esperado, entonces un comentario como el siguiente podría ser adecuado: *“En realidad deseo tener la máxima concentración para escuchar su versión, y me temo que esta silla y ubica-*

ción me pueden distraer. Sugiero solventar esta situación antes de dar inicio a la reunión y creo que lo conveniente es que todos estemos cómodos”.

Para identificar este tipo de tácticas se debe estar alerta, pero no necesariamente se debe sospechar de todo.

Tácticas engañosas:

Antídoto: ser confiables más no confiados.

Las tácticas más difíciles de reconocer son los engaños. Es necesario detectar cualquier incoherencia o mentira. Un buen negociador debe ser confiable, ya que su buen nombre le facilitará sus futuras negociaciones. Sin embargo, una cosa es ser confiable y otra ser confiado. Ser confiado nos puede ocasionar desagradables sorpresas. A nuestro adversario debemos adelantarle que estamos obligados a verificar toda la información, y en realidad así debemos hacerlo.

Para finalizar, debemos resaltar que los negociadores que emplean tácticas desleales, rara vez se conforman con utilizar una sola, y por ello a veces es necesario hacer una pequeña pausa, incluso pedirla de manera explícita (*v.gr.*: necesito 5 minutos para hacer una llamada), para así poder pensar y aplicar el respectivo antídoto. Parafraseando al profesor Ury, podemos decir que se necesitan dos para pelear, pero sólo se necesita una persona para cambiar el juego y desactivar un conflicto.

VIII. Conclusiones

La negociación es parte de nuestro oficio y cada día, sobre todo en tiempos como estos, será más importante. Las Facultades de Derecho ya se han percatado de ello, y los clientes pronto comenzarán a distinguir aquellos abogados que logran acuerdos satisfactorios de aquellos que sólo pueden ofrecer largos y costosos litigios. No pasará mucho tiempo cuando se diferencien aquellos abogados que logran restablecer o transformar una relación, de aquellos abogados que sólo contribuyen con la escalada del conflicto. En fin, pronto se distinguirán los abogados que se han formado en esta ciencia, por encima de aquellos que sigan pensando que la negociación no es más que un astuto juego de regateo. Y lo que es más importante, los profesionales del derecho deben demostrar a sus clientes que no son simples mandatarios.

Bibliografía

ALLISON, J.R.: “Cinco formas de mantener los conflictos alejados de los contenciosos legales”, *Harvard Business Review, Negociación y Resolución de Conflictos*, Bilbao, Ed. Deusto, 2001, pp. 201 ss.

Arbitraje, vol. XI, nº 1, 2018, pp. 125-158
ISSN 1888-5373

- BAZERMAN, M.H. y NEALE, M.A.: *Negociación racional en un mundo irracional*, Piados Empresa 20, 1993, Primera Reimpresión, 1997.
- CAIVANO, R.J., GOBBI, M. y PADILLA, R.E.: *Negociación y Mediación*, Buenos Aires, Ad-Hoc, S.R.L., 1997.
- COHEN, H.: *Negotiate this! By Caring, But not That much*, Edit Warner Bussiness Books, 2003.
- FISCHER, R. y SHAPIRO, D.: *Beyond reasons. Using Emotions as you negotiate*, Nueva York, Edit. Viking, 2005.
- FISHER, R., URY, W. y PATTON, B.: *Sí... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, 2ª ed., Grupo Editorial Norma (Colombia), 1994.
- HALL, D.T., BOWEN, D.D., LEWICKI, R.J. y HALL, F.S.: *Experiences in Management and Organization Behavior* 2ª ed., Nueva York, ed. John Wiley and Sons, 1982.
- JIMÉNEZ, J.C.: *El e-mail en el Trabajo, Manual de supervivencia, Soluciones y Consejos*, Caracas, Ediciones de Cograf Comunicaciones, 2008.
- MEZGRAVIS, A.: "Elección de Medios Autocompositivos y Adversariales", *Tendencias Actuales del Derecho Procesal, Constitución y Proceso*, UCAB 2006, pp. 326 ss.
- MEZGRAVIS, A.: "Elección de medios autocompositivos y adversariales", *Tendencias Actuales del Derecho Procesal. Constitución y Proceso*, UCAB 2006.
- MNOOKIN, R.H., PEPPE, S.R. y TULUMELLO, A.S.: *Beyon Winning, Negotiating to create value in deals and disputes*, Cambridge, 2004.
- PEASE, A.: *El lenguaje del cuerpo. Cómo leer la mente de los otros a través de sus gestos*, Edit. Planeta, 2003.
- RAIFFA, H.: *The Art and Science of Negotiation, how to resolve conflicts and get the best out of bargaining*, 16ª ed., Harvard University Press, 2002.
- SALACUSE, J.W.: *Seven Secrets for Negotiating with Government, How to deal with local, state, national, or foreign governments and come out ahead*, Amacom, USA, 2008.
- STIEBEL, D.: *Cuando hablar empeora las cosas. Estrategias para superar los problemas de comunicación*, Edit Urano, 2002.
- STIEBEL, D.: *When talking makes things Worse!*, Edit. Whitehall & Nolton, 1999.
- STONE, D., Patton, B. y Heen, S.: *Difficult Conversations, How to discuss what matters most*. Nueva York, Edit. Viking, 1999.
- STONE, D., Patton, B. y Heen, S.: *Negociación, una orientación para enfrentar las conversaciones difíciles*, Bogotá, Edit. Norma, 2002.
- URY, W.: *Supere el No, cómo negociar con personas que adoptan posiciones inflexibles*, Barcelona, Gestión 2000, 2000.
- URY, W.: *The Power of a Positive No. How to say NO and still get to Yes*, Nueva York, Bantam Book, 2007.