

EL ABOGADO Y LA ESTRATEGIA AUTOCOMPOSITIVA

THE LAWYER AND THE SELF-COMPOSITIVE STRATEGY

María Cristina Di Pietro¹ *

Resumen: Los abogados que actúen en procesos de autocomposición, necesitan acreditar actitud y aptitud para el dominio estratégico en diversas posibilidades de solución y manejo del conflicto. Legitimarse como operadores jurídicos de intervención indispensables en métodos específicos y diferenciados de solución de controversias. La negociación es el método por excelencia a dominar por un abogado. Siendo el modelo integrativo una variable mixta que incorpora tres de tipos de negociación –colaborativa, distributiva, transaccional-, entendiéndose que todo intercambio tiene componentes competitivos tanto como cooperativos, por lo mismo que existen intereses para compartir colaborativamente e intereses para distribuir que se adjudican o distribuyen a través del reparto transaccional.

Palabras Clave: Estrategia autocompositiva. Abogado negociador. Negociación integrativa.

Abstract: Lawyers who act in self-composition processes need to demonstrate an attitude and aptitude for strategic mastery in various possibilities for conflict resolution and management. Legitimize themselves as indispensable legal intervention operators in specific and differentiated methods of dispute resolution. Negotiation is the quintessential method to be mastered by a lawyer. The integrative model being a mixed variable that incorporates three types of negotiation - collaborative, distributive, transactional -, understanding that every exchange has competitive as well as cooperative components, for the same reason that there are interests to share collaboratively and interests to distribute that are awarded or distributed through transactional distribution.

Keyword: Self-composing strategy. Negotiating lawyer. Integrative negotiation.

I.- Introducción

“En realidad, se podrá decir que no es suficiente un buen modelo procesal para resolver los problemas de la justicia civil, pero también es cierto que sin un buen modelo procesal, estos problemas no podrán resolverse nunca”²

Como parte del estudio que realizamos en el marco del programa y de los proyectos de investigación radicados en CIJS y en Secyt respectivamente,³ enfocamos en esta etapa, la actitud

Artículo recibido el 2/11/2023 – aprobado para su publicación el 21/11/2023.-

* Doctora en Derecho y Cs. Sociales. UNC. Vice Directora Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales –CIJS- Facultad de Derecho. UNC. Profesora Adjunta Teoría del Conflicto y de la Decisión. Métodos de Solución de Conflictos. Facultad de Derecho. UNC. Profesora Titular Solución de Conflictos. Facultad de Derecho y Cs. Sociales UCC. E-mail: mediario@hotmail.com

² TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. Traducción de Maximiliano Aramburo Calle – Ed. Marcial Pons - Madrid / Barcelona / Buenos Aires 2009.

³ Programa “Estrategias procesales para la solución efectiva de los conflictos jurídicos civiles y comerciales” radicado en CIJS-Facultad de Derecho-UNC. Resolución CIJS N° 04/2020, consta de los

y aptitud de los abogados en el abordaje y superación de controversias. El estudio se orientó también a los estereotipos, sesgos, prejuicios y modelos de actuación que aparecen durante el intercambio negocial. Estos fenómenos ocurren de igual modo en las partes, pero el estudio se direccionó hacia los abogados, ya que son los profesionales responsables de diseñar la estrategia jurídica de solución para cada caso y elegir los modos y métodos para lograr ese objetivo, recorriendo y analizando para ello la singularidad del tema.

Aquí la complejidad desde que la elección de la formas para resolver dependen del estilo, del perfil del consejero y defensor letrado de las partes. Y aquéllos atributos personales están atravesados por estereotipos, sesgos, prejuicios.

Todo conflicto tiene un origen (aunque cueste determinarlo) y atraviesa un proceso de ascenso y descenso; desarrollando el suyo la comunicación. El encuentro de ambos procesos hace a la confrontación –desarticulación de la comunicación- o a la solución –desarticulación del conflicto. Ingresando en este juego el proceso de toma de decisiones.

Articulándose todos en los de negociación, mediación y conciliación, pertenecientes al sistema de autocomposición ya que se orientan al consenso como paradigma de probable satisfacción conjunta y ganancia productiva. Pero también opera aquella articulación en las especies heterocompositivas, juicio y arbitraje, en los que se desarrollan con otro impacto, el choque para obtener victoria.

Junto con el foco en el abogado, siendo la negociación el primer escalón de resolución y el método autocompositivo de mayor utilidad en la tarea del abogado, nos referiremos especialmente a ellos.

II. La Estrategia Autocompositiva

II. 1. La estrategia autocompositiva en el campo del Derecho tiene dos aspectos: Uno, el drafting del conflicto, de los procesos de comunicación y de decisión, y otro el enfoque jurídico de los métodos a aplicar con ánimo de resolver los temas controvertidos.

II. 2. Tres cuestiones como punto de partida:

1.- El escenario elegido en la autocomposición es el del consenso y de la transacción: conciliación- transacción; mediación-transacción; negociación- transacción. No el del litigio.

2.- En el juego negociación-mediación-conciliación-transacción, el acuerdo es el resultado esperado; el premio que en común logran las partes. Premio particular que sustancialmente no es el mismo para todos los actores. Ya que, a cambio de obtener un compromiso beneficioso, acceden a modificar la pretensión planteada y negada ab inicio por el contrincante. Y eso es lo que justamente, posibilita y constituye la satisfacción conjunta y la ganancia de cada uno.

3.- La negociación como método básico de la autocomposición, es entendida como un proceso en el que cada parte sabe que su oponente está tratando de lograr su máxima satisfacción... lo mismo que ella... pero con distintos intereses.

siguientes proyectos, a desarrollarse desde 2020 a 2023: 1. Mediación jurídica-judicial en el ámbito civil y comercial. Interdependencia de los procesos auto y heterocompositivos. 2. Métodos heterocompositivos para la solución de conflictos jurídicos judicializados civiles y comerciales. 3. Oralidad e inmediatez en los procesos civiles y comerciales en la justicia provincial de la Ciudad de Córdoba. Etapa preliminar. Mediación y juicio. Proyectos “Estudio comparativo de la mediación familiar llevada a cabo en las provincias argentinas de Córdoba, Río Negro y San Luis, desde un enfoque jurídico- regional durante los últimos 18 meses” Secyt-Conicet. 2018-2019. “Estudio comparativo de acciones eficaces para la expansión de la mediación familiar en los territorios provinciales de Córdoba y San Luis a través de la intervención de Jueces de Paz”. Secyt 2020-2022. Nos basamos además en el muestreo inagotable de causas provenientes de nuestra praxis profesional en métodos autocompositivos que nos permite recopilar, seleccionar y clasificar entre cientos, miles de casos reales en los que las integrantes del equipo de investigación venimos participando constantemente, algunas desde 1995.

En palabras de Thomas Schelling⁴: Es el arte de vencer al adversario, sabiendo que él está tratando de hacer lo mismo que uno. En tanto que para Schelling, vencer al adversario no significa violencia, pelea, litigio; todo lo contrario, implica obtener del otro aquello que se quiere para sí al más bajo costo, sin impedir que el contrario haga lo mismo, con el remanente que no es el objetivo principal del primero.

Diremos entonces que:

a) Lo que se busca frente a un conflicto, aplicando esta estrategia jurídica autocompositiva, es el objetivo *acuerdo*⁵, en el que las partes negocien y concilien todos o por lo menos alguno de los puntos confrontados; tal superación, avance sobre el diferendo, se expresa a través de un convenio transaccional que plasma tanto satisfacción conjunta como reparto de intereses en ámbito jurídico permitido vs. permitido y de derechos disponibles. Acuerdo suscripto, que además deberá contener los requisitos formales necesarios para la homologación y eventual ejecución judicial.

b) Al convenio transaccional se llega a través del diálogo jurídico y no jurídico, que encierra los enunciados que los protagonistas entienden como verdaderos, por haber partido de una base consensuada. Y eso es lo que otorga poder al convenio (más que el poder encerrado en la ley general).

c) La base consensuada no parte de verdades sino de diferentes dimensiones de la realidad o puntos de vista sobre ella, que logran encontrar un punto de sostén conducente y la palanca adecuada que permiten mover el peso del problema. El sostén conducente es la aceptación de que las partes transitan una realidad más que una única verdad, y la palanca adecuada es una vara extensa que permita la aceptación de la posibilidad de dividir el objeto hacia objetivos múltiples y no únicos. Pensar en variables de solución es más productivo que enfrentarse por una única verdad con mentalidad suma cero –vos o yo-. (Esta forma de pensamiento direcciona hacia el juicio). Las ciencias jurídicas y sociales, también utilizaron desde siempre puntos de apoyo para movilizar el mundo de los conflictos⁶.

d) Para concretar estas metas –diálogo, consenso, compromiso-acuerdo- es imprescindible manejar estrategias de comunicación y de decisión, ya que la co-construcción de la regla que regirá a las partes depende en gran medida, de los procesos comunicacionales y decisionales.

II. 3. Para alcanzar acierto en la estrategia jurídica de autocomposición, es necesario entender previamente el aporte del enfoque de la Teoría de Conflictos: las controversias, se resuelven o solucionan de cuatro modos⁷:

1. Imperativo: Típico de las litis, de la función judicial (implican expectativa y probabilidad de *coercio*). Se materializa desde métodos distributivos-adjudicativos de pérdidas y ganancias.

2. Conversión: Implica abrazar la ideología o postura del contrario. Renunciando a la propia para defender –en general con mucho más ímpetu y convencimiento- su nuevo credo o doctrina.

⁴ SCHELLING, Thomas C. *La estrategia del conflicto*, Traducción de Adolfo Martín, Editorial Tecnos, Madrid, 1964.

⁵ En el juego del litigio-juicio el objetivo es la sentencia favorable a una única parte.

⁶ Si bien fue Arquímedes –el físico matemático más célebre de la historia- que entre otras dejó esta frase que hace al principio de sostén: "Dame una palanca lo suficientemente larga y un punto de apoyo para colocarla, y moveré el mundo". Aunque también nos legó Arquímedes la técnica de quemar las naves usando espejos (fantasías en nuestro lenguaje no matemático) cuando toda apuesta está perdida; o reflotar las del enemigo cuando nos favorece –por ej. seguir el juicio iniciado por la contraria, si lo que se necesita es tiempo-

⁷ ENTELMAN, Remo F. *Teoría de Conflicto*. Ed. Gedisa, 1º Ed., 2002. Los conflictos llamados accidentales terminan por solución mientras que los ínsitos por *resolución*. Sin perjuicio de la aclaración técnica, a partir de aquí nos referiremos indistintamente con uno u otro término

3. Retirada: de quien ataca y luego desiste -actor- o de quien se defiende allanándose -demandado. No implica abdicar de creencias, derechos, expectativas, etc.

4. Compromiso: Característico de ámbitos en los que se requiere del consenso y del acuerdo.

Los modos se materializan a través de la aplicación sendos métodos –autogestión, diálogo, negociación, mediación, conciliación, arbitraje, juicio- que buscan obtener resultados desde las concepciones auto o heterocompositivas. Por ende, al modo imperativo puro de resolución -autogestión, litis, juicio- le son ajenos los métodos del sistema autocompositivo (diálogo, negociación, mediación, conciliación) contenidos en los otros tres modos –conversión, retirada, compromiso-.

Entonces, pertenecen al sistema autocompositivo todos aquellos modos –conversión, retirada, compromiso- que permiten la aplicación de métodos -negociación, mediación, conciliación- que contienen técnicas dialógicas para la toma de decisiones hacia el logro de una solución conjunta del tema compartido. Y los que promueven o contienen conductas, actitudes de oposición y choque, integran el sistema heterocompositivo –guerra, autogestión violenta/vis compulsiva, juicio, arbitraje-.

Los modos descriptos se traducen en los Códigos Procesales a través de los métodos antes enumerados, según el justiciable elija que su causa se dirima, se componga o se repliegue.

El Derecho Procesal adquiere su dimensión más interesante y plena si reivindica para su objeto todo el espectro de “solución de conflictos” y no meramente el “proceso”.⁸ Por lo que previo al análisis de estrategias del Derecho Procesal es necesario detenerse en las estrategias procesales de las Teorías del Conflicto y de la Decisión. Caso contrario el punto de partida comenzará a mitad del camino al descartarse la planificación completa que solo deviene tal, al mapearse el tema-conflicto en cuestión, las posibles decisiones a tomar y sus probables consecuencias.

II. 4. La intervención adecuada del abogado requiere del dominio de todas las estrategias -no sólo de alguna-, teniendo presente que las jurídicas, el proceso judicial, están atravesados por las teorías de la comunicación, del conflicto, de la decisión, que influyen en el proceso judicial.

Por ello, pudiendo la negociación, la mediación y la conciliación ensamblarse con el juicio, requieren de la idoneidad de todos los profesionales intervinientes, tanto como la predisposición de las partes. Estos procesos ingresan operativamente a través del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), arts. 360 sig. y conc.; desde el Libro I, Título 5, Capítulo, arts. 310-318 -Modos anormales terminación del proceso-, contemplados también en el Anteproyecto de Reforma del CPCCN en el Libro I, Título XVI Modos de terminación anticipada del proceso. Caps. 2 a 5 -Desistimiento. Allanamiento. Transacción. Conciliación- y Libro II, Tít. II, Cap. 5 Audiencia Preliminar. Asimismo, en el Código Procesal Civil y Comercial de la Prov. de Córdoba se prevén Modos anormales terminación del proceso, arts. 349-353 –éste último transacción-, y las leyes 10555 y 10855 sobre instancia oral que consagran la etapa de conciliación ante el juez como método obligado en los procesos civiles. También, las leyes de Mediación Nacional 26589, y 8858 y 10543 Prov. Córdoba, institucionalizan a la transacción como figura ínsita y necesaria. Y, desde el Código Civil y Comercial de la Nación (CCC) se incorpora y reconoce a la mediación (vg. arts. 642 y 2542) y en anexo a su normativa específica; y a la transacción conforme art. 1641 sig. y conc.

Tomando como base el movimiento de acceso a la justicia desarrollado por Morello en los años '90, se avanzó en investigaciones que vienen produciendo cambios sustanciales en la praxis jurídica no solo en Argentina sino en Europa tanto como su afianzamiento en EEUU. Basado en la doctrina del italiano Mauro Capelletti, desarrolló un programa integral de reforma para la justicia con base democrática, que permitiera fortalecer el mensaje formativo del justiciable. “Compactar *en ellos conciencia sobre sus derechos* pero, igualmente, acerca de sus deberes y cargas y el modo racional y adecuado de ejercerlos y, en su caso, defenderlos en juicio. Sin

⁸CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *El juez, el proceso y el Estado en la Postmodernidad*, en Investigación y Docencia, Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, N° 33, 2000, pág. 19/23.

excesos y del modo más inteligentemente beneficioso para todos: en ello se involucra a la Jurisdicción”⁹.

La negociación, la mediación y la conciliación integrantes del sistema autocompositivo, son entonces métodos de realización del Derecho; de la Justicia y de la Equidad. No son meros sustitutivos; y menos son alternativos. Así, los llamados medios “de partes” para solucionar los conflictos en el proceso, lejos de considerarse modos “anormales”, constituyen métodos de solución de conflictos jurídicos, judicializados o no, máxime desde que su producido, el acuerdo, puede convalidarse judicialmente.

Ello así, la defensa jurídica, la extrajudicial de los derechos y no solo la judicial, queda en cabeza de los abogados que deben manejar con idoneidad procesos y técnicas de avenimiento. Constituyendo hoy un deber del abogado. Que es quien dirige estos procesos; incluso dirige la mediación jurídica a través de la negociación que plantea. Otra cuestión es que, ante la ausencia de intercambios conducentes deba intervenir el mediador para encaminar la eficacia en el debate de opciones.

Es por ello que en este artículo fincaremos nuestra atención en el método base del sistema autocompositivo y básico en la praxis del letrado: la negociación. Por considerar aconsejable que el abogado de estos tiempos profundice conocimiento y destreza en sus técnicas.

III. El Abogado en los procesos de autocomposición

El abogado que intervenga en procesos de negociación, mediación, conciliación necesita acreditar conocimiento y manejo para legitimar su intervención letrada idónea, útil y eficiente, dando cuenta del dominio estratégico en diversas posibilidades de solución y manejo del conflicto. Es decir legitimarse en su rol; como operador indispensable de un método específico y diferenciado de solución de controversias. Y para ello no es suficiente su sola presencia ni la práctica del modelo transaccional aprendido empíricamente (por ej. en los pasillos de tribunales). Tampoco lo es echar mano a estereotipos superados, por ej. considerar que negociar y mediar son alternativas de praxis empírica. Adoptar posturas rígidas, despectivas, descalificantes; desgastar las relaciones. Sustituir el patrocinio durante la negociación con intención de ganar tiempo... En fin, resultar poco confiable, no es aconsejable en la autocomposición.

El desempeño del abogado en este sistema se cimienta en su rol negociador. Supone la superación del tradicional estereotipo de abogado “pleitista”, la declinación del prejuicio que identifica negociación con debilidad; transitando hacia renovadas modalidades del quehacer profesional, como por ej. intervenir con perfil *conciliador-hacedor de soluciones ágiles y efectivas*, teniendo como misión el sólido y firme acompañamiento jurídico comprensivo de las aristas humanas, no sólo de su cliente, sino de otros operadores jurídicos; la necesidad del consejo y asesoramiento orientados a la búsqueda de fórmulas racionales y equitativas de superación del conflicto. La actitud y aptitud del abogado en el abordaje de solución de los conflictos jurídicos, determina la toma de decisión acordada de su cliente a través de metodologías de autocomposición. Así como la realización de su pretensión al lograrse la satisfacción de intereses partidarios.

El abogado es el primer juez de la causa; su actitud y actividad son cruciales para decidir el modo y métodos de solución; para impulsar la negociación previa y para una mejor preparación eventual de la litis. La instrucción preliminar es un imperativo en interés del cliente y así actúa como facilitador de la autocomposición.

Para lograr un resultado operativo y eficaz en la superación de diferendos, se requiere sustancialmente, continuar con el cambio de mentalidad en el profesional del derecho que le

⁹ MORELLO, Augusto Mario. Un nuevo modelo de justicia, *LL. T. 1986 –C- Secc. Doctrina. Y Formación de los operadores jurídicos*. Librería Editorial Platense, La Plata 2005. La persona, pieza central del mundo jurídico. *La Ley Actualidad*. Año LXIX N° 59. 23-4-2006. *Claves procesales. El juego de los alfiles en el ajedrez procesal de la litigación. Los nuevos enroques*. 1ª ed. Ed. Lajouane, Buenos Aires, 2007.

permita cumplir con solvencia un rol diferente al netamente litigante, que le permita lograr avenimientos útiles –sin perjuicio de su ulterior intervención eficaz en el litigio–.

El abogado como negociador es el conductor que direcciona la elección de las partes, no es neutral, representa intereses. Tiene el deber de parcialidad y su manejo estratégico es diferente. Le cabe la responsabilidad ética y profesional de informar a su parte sobre todas las puertas de solución, otros métodos posibles además del combate en el juicio, a efectos que su cliente pueda elegir con información precisa los costos que está dispuesto a afrontar por mantener, dilatar o solucionar el diferendo que lo aqueja. Esforzándose en separar sus intereses, sus preferencias, sus rivalidades, de las de su cliente.

La habilidad de los defensores no es solo relatar el hecho sino proyectarlo objetiva y sustentablemente haciendo del relato formal su doctrina, su jurisprudencia y utilizar cada argumento que le sea útil para poner en dificultad a la contraparte y convencer al juez¹⁰, pero también en su caso a la contraparte.

La real y efectiva conjunción de los sistemas auto y heterocompositivos requiere del compromiso, convicción, experticia y respaldo de los operadores jurídicos¹¹. Sin estas condiciones seguiremos girando en soluciones tardías y parcialmente satisfactorias (¿De qué sirve conseguir objetivos que se han forjado en una sala sin ventanas?¹²).

IV. Negociación

IV.1 Es el método por excelencia a dominar por un abogado. Tarde o temprano, en cualquier otro tipo de proceso de terminación de diferendos que aborde lo aplicará. Ya que la negociación tiene complejidades propias tanto como diferentes son los actores del problema y similares a la vez en cuanto casuística. Y se transforman en distintos más que por el objeto, por la participación de sujetos diferentes, que los transforman en singulares para cada caso.

Fisher, Ury y Patton, dijeron ya a fines del siglo pasado, que “la negociación es un medio básico para lograr lo que queremos de otros. Es una comunicación de doble vía para llegar a un acuerdo cuando Ud. y otra persona comparten algunos intereses en común, pero también tienen algunos intereses opuestos”¹³.

La oportunidad de negociar aparece así, en cualquier momento del camino de superación del conflicto.

Podemos ritualizarla diciendo que: Es un proceso de comunicación, voluntario, co-operativo, estratégico, en el que las partes controlan el resultado y el procedimiento por sí mismas, desarrollando una amplia gama de posibles soluciones y previendo concesiones mutuas para la ganancia conjunta.¹⁴

Este concepto atrae varios principios frente al conflicto: comunicación; voluntad operativa; proceso de autocomposición; proceso de decisión; paradigma de la ganancia de todos en el reparto o, dicho con mayor precisión, el logro de la máxima satisfacción posible. Siendo que la

¹⁰ Conf. CIPRIANI, Franco. *L'avvocato e la verità*, en Estudios em homenagem á professora Ada Pellegrini Grinover, Editora DPJ, 1° ed. Brasil, 2005.

¹¹ Véase ARAZI, BOURGUIGNON, PONCE, etc. en XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal. *Etapa Preliminar del Proceso. Judicialización o Desjudicialización del Conflicto*. Termas de Río Hondo. Santiago del Estero. 2017. Pág. 412.

¹² WELCH, Jack. *Winning*. Ed. Vergara. Barcelona. 2005, pág. 216.

¹³ FISHER, Roger- URY, William- PATTON, Bruce. *Sí... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, 2ª ed. actualizada y aumentada, Grupo Editorial Norma, Buenos Aires, 1995.

¹⁴ DI PIETRO, María Cristina; “*Mediación en Córdoba*”; Ed. Alveroni. Córdoba. 1998. *La Superación del Conflicto*. Ed. Alveroni. 2ª. Ed. Córdoba 2017.

conciliación induce a negociar tras recortar el camino hacia las posibles opciones disponibles para la elección de partes. Estando presente aun en el acotado margen que le destina la conciliación.

La negociación integra una etapa de la mediación aunque se va desarrollando a lo largo de todas o bien puede iniciar y culminar en una sola. Ya que la mediación es una negociación facilitada por un tercero para la mejor toma de decisiones.

Al marcar la voluntariedad como operativa, nos referimos a aquella cuyo objetivo sea intentar¹⁵ resultados efectivos y eficientes para todos los participantes. Cualquiera sea el modelo de negociación que se adopte, se identifican dos objetivos importantes: La voluntad de permanencia en el proceso y la convicción de diálogo o voluntad de dialogar.

IV.1.2 La Negociación como Estrategia de Diálogo *Co-operativo*.

Estratégico, porque no es azaroso; los abogados -sobre todo- y las partes, se preparan en búsqueda de los resultados pretendidos.

Co-operativo, porque pretende un resultado operativo, práctico y conveniente buscado por los co-negociadores o co-partes contrarias o no, pero todos participando en común de los actos de negociación.

Las partes controlan el resultado: porque se constituye como un proceso autocompositivo en el que no intervienen terceros ajenos al asunto. Es considerado un método endógeno¹⁶ de solución, porque el resultado surge de los mismos actores componentes del conflicto negociable siendo sólo ellos los que dirigen el procedimiento y las herramientas aplicables, para la búsqueda de estas soluciones y gestionando posibles intercambios a los que estén dispuestos.-

La finalidad del modelo ganancia para todos no excluye la mixtura de modelos de negociación. Es decir, pendular entre la cooperación y la competición.

Se negocia por diversos motivos o intereses respecto de un mismo o diverso objeto, objetivo o meta¹⁷. Esa diversidad es entonces subjetiva –distintos sujetos o actores- y objetiva –distintos objetos, objetivos o metas; aunque paradójicamente puede recaer sobre el mismo elemento¹⁸ -

En este contexto, cabe preguntar por qué un negociador debiera actuar únicamente colaborando en la negociación o bien, presentarse compitiendo en todo momento con afán estrictamente distributivo.

Apelando al modelo de negociación de la Escuela de Harvard, la respuesta será que resulta altamente operativo colaborar buscando el beneficio mutuo, puesto que además se preservan las relaciones. Y el reparto –conforme el modelo integrativo que propiciamos- se produce solo al detectarse los verdaderos intereses opuestos de cada uno. Las emociones se encausan, se administran inteligentemente en aras de ese objetivo, que es atacar al problema en conjunto para satisfacer también los intereses mutuos.

¿Pero, qué sucede entonces si, a pesar de ello, por ejemplo:

- 1.- Una vez satisfechos los intereses de cada uno, subsiste materia para repartir?¹⁹
- 2.- Si a uno o a ambos negociadores, no les interesa la relación con el otro?²⁰

¹⁵ No la mera intención, sino la praxis para el logro.

¹⁶ Ídem ENTELMAN, Remo.

¹⁷ Ibídem ENTELMAN, Remo, Pág. 104. Nota 5; y supra Mapa de conflicto.

¹⁸ Ej. los negociadores pujan por la misma casa o auto aunque las disputen para adjudicarles diferentes usos. En esa diferencia de intereses trabajan los métodos autocompositivos. Conf. supra II.1.a)

¹⁹ Por ej. los dos negociadores quieren fundamentalmente lo mismo.

²⁰ Por ej., cobro de documentos endosados.

3.- Si estratégicamente se plantea avanzar distribuyendo valor, porque ganar unilateralmente es el objetivo?²¹

Los negociadores ubicados en esos contextos, no vacilarán en aplicar el proceso o técnicas de negociación distributiva.

Porque en suma, prepararse para negociar implica aceptar que toda negociación es un arco. Un arco flexible a la colaboración tanto como a la distribución; y mantiene un punto óptimo cuando se logra la aplicación de ambos procesos, con más en su caso, la elección final de cada uno, a través de la transacción.

Un arco flexible a la compatibilización como a la distribución de motivos, posiciones, intereses y necesidades de cada uno y de diversa índole, a través de un proceso que ayude a crear más valor para repartir pero también que acepte distribución para el intercambio, y como natural la tendencia a una pretensión mayor, para ganar más; o sea acepte competir y no tan sólo colaborar. Esto último significa hacer lugar a la posibilidad de lograr más del *valor de reserva* que se tiene como referente.

Así como en la negociación colaborativa se denomina MAAN a la mejor alternativa fuera de la mesa de negociación²², en la *distributiva* se denomina *Valor de Reserva (VR²³)*, a la ganancia mínima o la concesión máxima a que está dispuesto cada negociador, y por debajo o por encima de la cual –respectivamente-, ya no estará dispuesto a aceptar la oferta o a ofrecer.

El tercer nivel que puede operar en las negociaciones es la transacción²⁴; que consideramos como el último escalón del regateo y por ende el que refleja el verdadero sacrificio, la resignación de alguna de las partes en pos del acuerdo, y a la que Carnelutti se refiere como “un acuerdo, un negocio complejo, un contrato bilateral, que tiende a componer o a prevenir el litigio de pretensión discutida; pero ello no constituye por sí sólo la causa de la transacción: hace falta que la composición o la prevención tengan lugar con *sacrificio* recíproco²⁵.”

Este concepto resulta aceptado como genérico, como sinónimo de toda negociación, por muchos abogados y justiciables, para quienes transigir es sinónimo de *sacrificio* o *resignación* sin reciprocidad²⁶.

Se diferencia de la negociación distributiva, en que ésta tiene un proceso acotado en pasos, pero que debe producirse aplicando técnicas para lograr resultados. Es conocida como la “danza” de la negociación; que conduce al segmento de ofertas aceptables provenientes del regateo, momento donde se produce el intercambio final, que implicará la verdadera resignación necesaria para cerrar el negocio. Aunque marcamos que, si el proceso negocial se llevó con acierto, la llamada resignación o sacrificio serán mínimos en función de otra ganancia preferible y por la que se decidió el intercambio final o concesión.

Durante el desarrollo de los proyectos que abordamos, exploramos diversas propuestas de modelos para procesos de negociación. A pesar de las diferencias entre ellos, identificamos que todos convergen en tres categorías principales: el modelo colaborativo o de ganancia conjunta de Harvard, el modelo competitivo o distributivo de ganancias y pérdidas, y el modelo integrativo que combina ambos enfoques. (Este último inducido por el mediador).

²¹ Por ej., posicionar primero productos en el mercado.

²² Véase, infra pto. 4.4, postulados de la Negociación Colaborativa.

²³ Véase RAIFFA, Howard. *El arte y la ciencia de la Negociación*. Cap. IV. Modelos Analíticos y Resultados Empíricos.. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. 1991. Pág. 52 y sigs.

²⁴ Arts. 1641 sigs. y conc. CCC. Véase también en igual sentido arts. 832, sigs. y conc. Cód. Civil Vélez Sarsfield

²⁵ CARNELUTTI, Francisco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. T I, 1944, pág. 202. Ed. Uthea. Bs. As.

²⁶ Transigir para ellos, es perder; significa debilidad.

En los siguientes acápite, nos centraremos en el modelo integrativo. Creemos que ofrece una resolución más rápida y eficiente de los problemas, además de mejores resultados, ya que incorpora los dos enfoques opuestos de negociación: colaborativo y distributivo. Y conforme venimos diciendo, este modelo también reconoce a la transacción como último segmento, que puede ocurrir en la última etapa del proceso de negociación.

V. Negociación Integrativa

En definitiva todas las negociaciones exitosas, tienen algo de competitivas y algo de cooperativas, por lo mismo que existen intereses para compartir colaborativamente e intereses para distribuir, previo debate y análisis de recursos. Comenzando por un extremo u otro cada negociador tiene dos tipos de intereses: 1. En la sustancia, es decir en el problema 2. En la relación que tenga y quiera mantener con las personas (socios, familiares, vecinos, autoridades, colegas, etc.). Siendo el objetivo perseguido obtener ganancia sin dificultar la de todos los actores del proceso. (El abogado es un actor más; que participa en una negociación más compleja aun: la suya con su cliente más la de éste con su contraria).

La identificamos como un “intercambio de motivaciones mixtas”: Intercambio entre sujetos respecto de cosas o valores que a cada uno le interesan y están en posesión del otro. Motivaciones, que se refieren a diversos intereses y/o necesidades. Mixtos, porque no sólo se negocia sustancia (cosas) sino también relaciones con quienes tienen aquellas cosas que se desean para sí. Es decir, es un proceso con estructura de integración.

Por lo tanto, el proceso de negociación integrativa transita por tres etapas bien definidas en las que se desarrollan los pasos y movimientos de los tres modelos de negociación: colaborativo, distributivo, transaccional –en ese orden-.

V.1. Comienza su proceso desde el modelo de Negociación Colaborativa con los siete postulados: cuatro pasos y tres principios²⁷, para lograr ampliar el objetivo desplazando al planteo de objetivo único para transformarlo en variable. Para continuar en su momento, con la danza de distribución luego del primer reparto con consenso. Dejando el mínimo posible al tercer tramo, el transaccional.

De suerte tal entonces, que el abogado negociador comenzará observando el terreno y abriéndolo desde la mecánica colaborativa –aún frente a colegas competitivos-:

- ☞ Cuatro Pasos: 1. Separe las personas del problema. 2. Indague intereses: separe las posiciones de intereses y de necesidades. 3. Genere opciones. 4 Evalúe en base a criterios objetivos.
- ☞ Tres Principios. Observar durante todo el proceso la: 1. Comunicación. 2. Relación. 3. Legitimación

El negociador seguirá este esquema pese –decíamos-, a un opositor competitivo, no por bondad o altruismo sino por conveniencia. Comenzando por la información que aportan los procesos abiertos por sobre los cerrados.

Es que en este mapa de negociación, según la Escuela de Harvard²⁸ el principio básico es la *comunicación*. De su ubicación como postulado surge la importancia que se le asigna.

Si el foco es la persona (persona-problema como inseparables), se centra el conflicto en ella y el objeto conflictual se minimiza, desaparece; habiendo servido sólo de nexo para llegar a la persona que se pretende vencer, escarmentar o destruir, la negociación será imposible.

²⁷ Ídem FISHER, Roger - URY, William - PATTON, Bruce

²⁸ Ibídem FISHER, Roger- URY, William- PATTON, Bruce.

Las emociones indómitas, pueden hacer fracasar la solución del problema; pueden conducir a los negociadores al desprestigio tanto como ocasionar gravosos y evitables costos. Pueden empañar y hacer fracasar la negociación o la mediación.

La obsesión por ganar, por obtener siempre la razón –que suele confundirse con la búsqueda de la verdad- por conseguir a toda costa el objetivo planeado, conduce a la pérdida de la visión totalizadora. Así se pierde de vista que los problemas no se centran en un solo factor sino que surgen de una complejidad de relaciones y situaciones. Esta forma de abordaje parcial que llamamos “*visión de túnel*”²⁹, se remite a una mirada restringida y pobre de los demás aspectos del asunto, implicando descontento, dispendio de energía y de oportunidades.

Los sujetos que se perfilan con esta única visión, más que competitivos o agresivos, son temerosos al cambio, por eso ven en la negociación una amenaza a la seguridad, y en la mediación una intromisión desestabilizante, producto de sus estereotipos, efecto de anclaje o aversión al cambio.

Con relación a las posiciones –pretensiones para el Derecho Procesal-, respecto de los métodos a que nos referimos, logramos determinar que:

- **Las posiciones son dichos de apariencia.** Aparentan tipificarse en descripciones puntuales, generalmente previstas en la legislación; pero sólo enmascaran la realidad de lo que cada sujeto busca. Apariencia cuya fortaleza de pronunciamiento obran de coraza para los intereses y las necesidades de los sujetos. Intereses y necesidades que movilizan las palabras movilizadas a su vez por las emociones sostenedoras de las expectativas y esperanza traídos desde la negociación a la mediación; y factores provocadores de la defensa de esos intereses y necesidades primariamente invisibles.

- **La posición es una forma; un símil de la pretensión procesal.** Que encierra intereses y los deseos más profundos, Una forma de traducir episodios de la vida de conformidad a las reglas generadas por la ley que desalienta la posibilidad de imprevisión. Ergo, todo deseo, expectativa, conveniencia, -que involucren a más de un sujeto- para ser resueltos, tratan de encasillarse en una norma jurídica, una regla. La posición atrapa al interés y lo mimetiza en su normativa³⁰.

- **Las posiciones son mutables:** su versión puede ir variando conforme el transcurso del tiempo; porque se desdibuja la vivencia o bien producto de verbalizarlas, de transmitir las a parientes, amigos, conocidos de ocasión, abogados, psicólogos, etc. Llegando muy recortadas y modificadas al momento del intercambio con el otro.

- **Los sujetos utilizan cualquier recurso de poder para obtener los intereses** que sus posiciones esconden; para ganar o alcanzar sus objetivos o fines. Es decir la persecución de intereses, requiere de “poder”.³¹

- **Las necesidades son intereses profundos**³². Algunas se confunden con intereses y otras, las básicas, se consideran por tales, innegociables, requiriéndose un mayor esfuerzo del negociador para captarlas o para descubrirlas (muchas son inconfesables). Ignorar las necesidades de los otros resulta común, porque generalmente se piensa sólo en las propias. Aquí radica la habilidad del abogado negociador: primero determinar el fondo del asunto según el otro y desde el otro. A la

²⁹ DRUMMOND, Helga. *Decisiones Efectivas*. Ed. Legis. Bogotá. Colombia. 1992.

³⁰ Por ej.-tomado de caso real- Me interesa que en la empresa presten atención a mis planificaciones. No lo logro. Entonces apelo a una carta documento con posibilidades de juicio para retirar mi aporte societario solicitando rendición de cuentas. Por qué? Porque no le pediré a un juez que le ordene a mis socios que me tengan en cuenta. (Porque además, si se lo pidiera no hay norma jurídica que lo obligue. Aunque si la hubiere y él lo ordenara, cómo se haría cumplir “el ser tenido en cuenta” por los demás?)

³¹ Véase concepto de poder como conjunto de recursos que cada parte tiene o cree tener, en ENTELMAN, Remo F. *Teoría de Conflictos*. Ed. Gedisa, Barcelona, 2002.

³² Maslow diseñó en la década de los 60, escalones de necesidades según su importancia vital. El esquema piramidal siguiente fue tomado de su ideología.

par develar las aristas ocultas de su cliente para no errar en la hipótesis, desgastar la negociación y su propio prestigio. (Posiciones son lo que los sujetos dicen que quieren. Intereses lo que realmente buscan. Algunas necesidades pueden ser imprescindibles y otras no tanto).

V.1.2 Los Intereses y la Toma de Decisiones

Los intereses promueven desacuerdos, diversidad y generan sentimientos de inferioridad, desigualdad e injusticia, ante la escasez de recursos o la desigualdad de acceso a los mismos.

La toma de decisiones implica la movilización de intereses y en caso de diferendos, es convocada ante situaciones de *desacuerdo, diversidad, desigualdad*.

En la toma de decisiones para la negociación y en la mediación, este punto tiene tal importancia que, de no advertirse a tiempo, se estará trabajando en falso con intentos conciliadores o de trabajo conjunto, buscando intereses comunes o complementarios que no surgirán de no indagarse en esta percepción de desigualdad.

V.2 El segundo paso en el proceso de Negociación Integrativa, lo constituye la Negociación Competitiva o Distributiva, con sus características propias, ya que comienzan movimientos distintos y hasta opuestos con el nivel anterior.

Ahora corresponde repartir aquello que no ha podido consensuarse. Es por eso que las características y movimientos son opuestos a la colaboración. A modo de comparación sería como ejecutar promesas pactadas judicialmente y no cumplidas. El margen de movimiento es casi nulo cuando ya están fijadas las preferencias y determinados los repartos a través del proceso colaborativo anterior.

Fuera de contexto este tipo de negociación recibe fuertes críticas de las doctrinas que destacan únicamente la cooperación para producir soluciones autocompuestas satisfactorias. No compartimos la crítica ni la forma de presentar este modelo de distribución de ganancias. Además es justamente el más utilizado por los abogados (a quienes se observa molestos y con desagrado cuando en mediación no se acierta a seguirlos en su regateo). Sin perjuicio que se considere más eficaz acrecentar la sustancia de reparto antes del regateo para lograr el mayor producido en el cálculo costo-beneficio.

En ese entendimiento diremos que este modelo de negociación solo distribuye el valor material y supone *constantes* que la caracterizan:

a.- Los negociadores parten de posibilidades cerradas a las que cada uno apunta; y toman para el intercambio los mismos objetos, cosas, materia o sustancia por las que puján. Es decir, los participantes no se preocupan por variar o ampliar la base del reparto competitivo; se muestran amarrados, anclados a una sola posibilidad; por lo que llamamos a las operaciones bajo esta situación como de base fija³³.

b.- Desde la postura anterior cada negociador tiene por meta única, ganar el objeto que ven como único y motivo de conflicto; y por consiguiente lograr que su adversario lo pierda. Esta operatoria da un resultado de *suma cero*, porque todo lo que un negociador gane el otro necesariamente lo perderá. Este resultado se identifica con el paradigma “ganar-perder” característico de juegos de enfrentamiento (tenis, fútbol, ajedrez) y de metodologías adversariales (arbitraje, juicio).

³³ FISHER, Roger - URY, William - PATTON, Bruce, *Sí... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, 2ª ed. actualizada y aumentada, Grupo Editorial Norma, Buenos Aires, 1995. Estos autores la llaman torta fija. Por ej. los herederos que disputan por la casa paterna, pretendiéndola cada uno para sí.

c.- Cada parte se amuralla en su postura o pretensión tratando de imponerla. La negociación entonces “se genera desde las posiciones”. Produciéndose aquella “*visión de túnel*”³⁴, mirada restringida y pobre de los demás aspectos del asunto.

d.- Siendo por ende, escasas las concesiones, que cada uno aportará para el otro.

e.- Y el estilo de los negociadores será *competitivo*, a veces agresivo.

Este modelo de negociación “demonizado”³⁵ por las tendencias de la *era colaborativa* en esta materia, es rescatado en tanto corresponde al perfil hispano y latinoamericano, sin perjuicio de su morigeración a través de la mixtura de estilos, al combinarlo como vimos con la negociación colaborativa.

Porque, un abogado cuyo rol en una mediación y conciliación es negociar, (aunque por estrategia decida no hacerlo, del mismo modo que en un juicio puede decidir no producir alguna prueba), no tiene necesidad de recurrir al desgaste del choque defensivo u ofensivo, ya que estas instancias no son procesos que dispongan de mecanismos de impacto. Mecanismos que, en el lenguaje jurídico, podrían calificarse de inconducentes, extemporáneos, improcedentes, sobre todo cuando es factible conducirse con cortesía y demostración de experticia el juego del regateo y de reparto –distributivo- que permite además de conocer el valor de reserva del oponente³⁶, cuidar la continuidad de la negociación para ganancia y conveniencia de su cliente y propia.

En este tablero las posturas deben ser claras a la vez que flexibles, creíbles para transmitir que vale la pena el esfuerzo de seguir negociando. La etapa concluye cuando cada uno puede llevarse su máxima o aquello que proyectó ganar³⁷. (Máximo del mínimo que puede obtenerse en el caso o mínimo del máximo posible. Teniendo en cuenta que en muchas cuestiones y negocios jurídicos, ganar es sinónimo de perder lo menos posible)

En tales contextos los negociadores sujetos a mayor pérdida son aquellos que se posicionan en sopesar lo que el otro puede ganar, en lugar de concentrarse en cuánto ellos mismos obtendrán en el intercambio, sin perjuicio de lo que su contrario pueda llevar. Los negociadores caen en la trampa de observar la ganancia del otro en lugar de medir la propia.

En estos casos, generalmente la negociación se destraba con el ingreso de otro negociador o de un tercero neutral mediador, ya que con ello se posibilita -entre otras causas-, el reconocimiento de los obstáculos desde un foco diferente.

V.2.1 La etapa conclusiva o de la toma de decisiones: desescalada, escalada o impasse.

Generalmente sabemos qué es lo que no queremos. Más difícil resulta a la inversa. Es compleja la transmisión textual de lo que nuestra mente vislumbra al elegir, al manifestar preferencias. Tan es así, que infinidad de conflictos suceden o se incrementan porque la interpretación de lo transmitido resulta confuso, receptado diferente o con significado divergente; tornándose en creencias –“yo creí que...” “vos entendiste..., pero...”

Las premisas se presentan como opciones y así son denominadas en los métodos de avenimiento. Son posibilidades que las partes observan como viables *dentro* de la mesa de negociación-

³⁴ DRUMMOND, Helga. *Decisiones Efectivas*. Ed. Legis. Bogotá. Colombia. 1992.

³⁵ CALVO SOLER, Raúl. Entre ángeles y demonios anda el juego. La trama: revista interdisciplinaria de mediación y resolución de conflicto. Noviembre 2004.

³⁶ Como dijéramos supra IV.1, se llama valor de reserva (VR), a la ganancia mínima o la concesión máxima a que está dispuesto cada negociador. Puede verse el tema en RAIFFA, Howard. *El Arte y la ciencia de la Negociación*. Ed. Fondo de Cultura Económica. Méjico. 1991

³⁷ Para la Teoría de Juegos, máxima, implica la mejor y más alta posibilidad de ganancia o de menor pérdida, dentro del escenario en el que los sujetos están participando, o sea la más alta posibilidad personal de ganancia en el juego o de menor pérdida.

mediación. Es decir aquéllas que los mantienen más interesados que las otras posibilidades hallables *fuera* del esfuerzo conjunto.

V.2.2 Decidir. Qué determina la preferencia: cuestiones de cálculo y medición de poder. Atajos de decisión. Intervención y rol del abogado.

Qué puede o debe hacer cada parte, surge al traducirse toda situación de incertidumbre a la fórmula: Qué o cuánto tiene uno y, qué y cuánto tiene el otro. El abogado que perfiló la negociación quedará expectante de la elección de su cliente. Volverá a negociar en base a la preferencia de su representado sin perjuicio del encuadre jurídico que aporte a la misma y en función de su propio consenso con el cliente.

Intentará que su representado no se deje influir por estados emocionales extremos ya que puede quedar a expensas del manejo de la contraria. Las decisiones en esa situación no son sustentables. Como no lo son aquéllas en las que predomina la aversión al riesgo de pérdida que paraliza toda iniciativa de inversión o de ganancia. Es común que las personas crean que tienen menos o que poseen más recursos o fortalezas de las que en realidad tienen. Esa creencia optimista o pesimista puede inclinarlas a preferir subjetivamente (sesgo de confirmación).

Conforme lo dicho, en el transcurso de nuestra exploración observamos y registramos, entre otras, dos situaciones peculiares por opuestas y de oportuna mención aquí:

- Una relacionada con que no siempre las decisiones se toman de forma racional y objetiva. A menudo, las emociones, los valores, las creencias personales, las desigualdades, el temor-incertidumbre, influyen en el proceso de toma de decisiones de tal forma que lo desvían de la secuencia racional y lógica. En estos casos el agente decisor utiliza atajos mentales o heurísticas para simplificar el proceso de decisión. Si bien estas heurísticas pueden ser útiles para tomar decisiones rápidas y eficientes cuando se tiene poca información y la elección es inminente, pueden también introducir, afianzar sesgos o arraigarlos hasta el prejuicio, falseando con errores el proceso de decisión en temas en los que sí se cuenta con datos suficientes (Ej. la situación de condóminos que prefieren dejar paso al remate de bienes por sobre cualquier opción que mejore su ganancia)

- El otro evento destacable corresponde a la inversa, a los movimientos de cálculo razonado; cómo las partes y sus letrados van armando posibilidades y probabilidades, el costo-beneficio de su decisión. Pudimos sistematizar este recorrido, antesala de una decisión analizada:

- 1- Ordenar los elementos, recursos, fortalezas propios: los que se tienen, los que se creen tener, los factibles, los futuros
- 2- Ordenar los de las otras partes, de igual manera
- 3- Cuantificarlos y cualificarlos estableciendo-determinando preferencias y expectativas – propias y de la contraparte-
- 4- Comparar los recursos propios con los ajenos, subjetivamente y luego con parámetros objetivos
- 5- Descartar aquellos recursos inaplicables, los considerados neutros (de fácil accesibilidad para todas las partes) y los poco probables de obtener
- 6- Observar los no-recursos que son aquellos que, si bien están disponibles no serán tomados por el sujeto; ya por principios, valores, por moral, por afectos, etc. Son los que existiendo, no cuentan para el decisor (teniendo un arma sabe que no la usará; sabiendo que puede ejecutar una sentencia, no lo hace).
- 7- El tiempo factor de cálculo. Preponderante en la fórmula decisoria. Puede usarse como herramienta de reflexión. Es el producto más caro que integra el cálculo de recursos disponibles; costo que guarda simetría para todos, ya que para todos el tiempo transcurre sin perjuicio de cómo sea cuantificado psicológicamente, padecido o disfrutado; es el único

elemento que indicará pérdida irreversible: no se recupera, no retorna, no es reemplazable; es irremediamente irreversible. Cuando las emociones superan a la razón se niega el valor universal a este principio.

- 8- Finalmente, restar a los recursos propios, los recursos de los otros. El resultado indicará el remanente, si lo hubiera. Ese remanente es la verdadera fortaleza con que cuenta cada parte para lograr sus objetivos.

Consideramos a este mecanismo de ocho premisas surgidas de las causas en las que intervinimos u observamos, como básico en procesos de solución de diferendos.

V. 3 Transacción: Último segmento de la última etapa de la negociación

V.1 Como adelantamos, la transacción a través de los últimos repartos y adjudicaciones, cierra la negociación. Es en este segmento y conforme el remanente proveniente del cálculo costo-beneficio-recursos de poder, donde se verá reflejada la tarea exitosa del abogado en estos procesos, ya que cuanto menos remanente quede para distribuir entre los contradictores, mayor éxito habrá tenido en las etapas anteriores de negociación y en las elecciones tomadas en esos tramos. Teniendo en miras que la meta que es el acuerdo (regla co-construida entre partes) se plasmará en el instrumento final: convenio, al que deben fiel cumplimiento por cuanto es el equivalente de sentencia para las partes.

Esta etapa tiene entonces, importancia jurídica vital ya que determina la efectividad del trabajo del abogado negociador y del consecuente resultado consensuado. El acuerdo al que se arribe producto de la profesionalidad en la negociación, debe reflejar el cumplimiento de aspectos sustanciales y de forma que hagan de aquél un instrumento plenamente válido y eficiente para las partes.

Está definida por el art. 1641 Código Civil y Comercial (CCC), que supera la diferencia doctrinal acerca de la naturaleza jurídica de la transacción, considerándola como un contrato en el que las partes se conceden recíprocamente con una finalidad: "...para evitar un litigio, o ponerle fin...", y tal como lo hiciera el art. 838 del Código Civil de Vélez Sarsfield (CCVS), está prevista para extinguir obligaciones litigiosas, pero también las dudosas. (El art. 832 del CCVS lo definía como acto jurídico bilateral)³⁸.

En suma, producto de la transacción, -último segmento de la última etapa de la negociación, mediación y conciliación-, debe surgir un documento escrito -acuerdo/convenio- que plasme clara y acabadamente quienes son parte, su voluntad negocial y el consenso arribado. Los negociadores deben ser actores legitimados para negociar y transar -con plena capacidad de derecho y con facultades expresas- para otorgar validez y eficacia al convenio.

Sin perjuicio del alcance que se dé a la transacción, conforme lo recopilado en los puntos anteriores, partiremos del parecer de De Gásperi, en cuanto afirma que..."Si bien la transacción tiene un carácter netamente *contractual*, por una cuestión de pedagogía debe emplazarse entre los *modos de extinción* de las relaciones obligatorias"³⁹. Punto de vista que puede integrarse válidamente con el de otros autores como Masciotra⁴⁰, que con razón advierten que, con la transacción también pueden nacer o reconocerse obligaciones.

³⁸ Conc. Arts. 837 y 838 Cód. Civil Vélez Sarsfield. Art. 1643 – 1644 CCC.

³⁹ DE GÁSPERI, Luis, *Tratado de Derecho Civil, Tomo III De las obligaciones*. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1964. Págs. 285 – 335.

⁴⁰ MASCOTRA, Mario. "Poderes-deberes de la actividad jurisdiccional", en *Revista de Derecho Procesal* N° 2015, Rubinzal Culzoni, Santa Fe. 2015.

Es decir, tomamos esta visión integral de la transacción, por su utilidad tanto para el abogado negociador, como para mediador y conciliador, al admitirla en sus variables como contrato⁴¹ y como modo de extinguir, reconocer, cumplir o contraer obligaciones⁴². Siendo que todos ellos deben observarse para validez y eficacia de los acuerdos obtenidos –ley para las partes, conf. arts. 959, 1061 y 2651 del CCC⁴³–.

Se define entonces a la transacción, por el objetivo y por los medios. Sobre esta base, es que, el tercero neutral, juez, conciliador y mediador, y también el abogado, controlan los acuerdos arribados por las partes, que han estado en contraposición⁴⁴.

La transacción estaría mostrando así, certidumbre acerca de un derecho o relación jurídica pendiente e intercambio recíproco de sacrificios y renunciamentos⁴⁵ o dobles renunciaciones parciales -de ida y vuelta-, que de tener proyección en el proceso jurisdiccional resultaría ser un doble desistimiento dice Vázquez: del actor de parte de su pretensión y del demandado a parte de su oposición.

El modelo integrativo no identifica al término resignación como sinónimo o postura de pérdida. El trabajo realizado indica que en el reparto final se distribuye aquello de escaso valor para las partes, por ende no sufren pérdida sino que todos hacen mutuas *concesiones* a cambio de lograr intereses de mayor valor para los negociadores.

Una doble o mutua adaptación, desde que en los procesos de avenimiento modernos, antes de transar en último segmento de la última etapa de la negociación y mediación, las partes investigan mutuamente sus intereses y recién los vuelven a enmarcar en derecho. Cambiando la base fáctica por una visión compartida, cambiando la percepción de los hechos, y acercando la dimensión de la realidad que cada uno tenía, cambia necesariamente el enfoque. La transacción a la que se arrije será así producto del convencimiento del nuevo encuadre fáctico-jurídico y no necesariamente una resignación o sacrificio en aras de pacificar el caso.

La transacción se referirá siempre al acuerdo, a su contenido –arts. 957 y 1641 CCC- más la normativa procesal que hace a la formalización de la negociación materializada en las normas generadas por el acuerdo⁴⁶.

⁴¹ Teniendo en cuenta por ende, los derechos disponibles y los que no lo son; las materias sobre las que se puede o no contratar, etc. de conformidad con la legislación correspondiente.

⁴² Debiendo atenerse, para su validez jurídica, a las reglas formales correspondientes.

⁴³ El art. 959 refiere al efecto vinculante; el 1061 tiene relación con la intención común de las partes y al principio de buena fe como parámetros de interpretación del contrato; el art. 2651 norma sobre la autonomía de la voluntad: Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones.

⁴⁴ Nuestra opinión se centra en que tanto la transacción como la conciliación no implican sacrificios ni renunciamentos, en el sentido y peso que a estos términos se otorga. Porque, llevado a cabo un buen proceso de negociación, máxime de la mano de un tercero neutral, los intercambios, en líneas generales, no significan desprendimientos ni sufrimientos, sino todo lo contrario: significan el intercambio voluntario de cosas materiales o inmateriales que no tienen el mismo y significativo valor que se otorga a las obtenidas, producto del acuerdo –conf. T. Schelling cit. supra nota.4- Así, las leyes 8858 y 10543 de Mediación de la Prov. de Córdoba, se refieren a la justa composición de intereses. Así por ejemplo, KROTOSCHIN, Ernesto, citado por OXMAN S., Bernardo en su memoria de prueba, U. Chile, *La Conciliación Judicial en los Conflictos Individuales del Trabajo*, 1963, pág. 34, expresa: la conciliación “es el método por el que se encamina a las partes para que ellas mismas con la ayuda de un conciliador hallen la solución del conflicto y rehagan mediante un acuerdo sus relaciones intergrupales.

⁴⁵ VÁZQUEZ, Oscar Eduardo. “Conciliación y Transacción. Distinciones, coincidencias y operatividad”. en *Modos Anormales de Terminación del Proceso. Doctrina y Jurisprudencia. Revista de Derecho Procesal*. Dirigida por Roland Arazi, 1 ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2012-1. Págs. 77/152.

⁴⁶ El CPCCN prevé la transacción en el art. 308, Libro I, Título V que reúne a los “Modos anormales de terminación del proceso”, arts. 304-318; art. 353 CPCC Prov. de Córdoba, y el Anteproyecto de reforma

Conforme entonces lo observado y explorado, en el ámbito de la negociación resulta eficaz dar lugar a la transacción como parte final o cierre de la negociación y por ende fin también de la mediación y de la conciliación, que en su versión positiva deriva en acuerdo y en la negativa, en juicio.

Epílogo

La apertura de distintos caminos para llegar al Derecho, a su realización y con él a la Justicia, implican nuevas formas de comprensión y de recepción, que abren paso a más profundas investigaciones. Es que las soluciones de ayer, clásica praxis jurídica que declina desde los romanos *-cognitor y procurator-*, no calzan hoy en las estructuras diferentes, ágiles, tecnológicas y de presencia virtual, en la que el abogado necesita y debe justificar su intervención, demostrando su saber, dominio, experticia de todo tipo de procesos de solución de diferendos con probada eficacia en los resultados del caso a cuya resolución se comprometió.

...tal vez en el sistema de autocomposición normativa, desde los procesos o métodos autocompositivos comencemos a transitar otro camino en la historia del Derecho; a través de las nuevas y recreadas formas jurídicas que insten y acompañen a las necesarias abiertas mentalidades propuestas.

al CPCCN en el Libro 1. Tít. XVI. Cap. 4 Art. 389. Las leyes de mediación Nacional 26589 y 10543 Prov. Córdoba, institucionalizan la transacción como figura ínsita y necesaria.