

EL ABOGADO Y LA ESTRATEGIA AUTOCOMPOSITIVA

*Autora: Dra. M. Cristina Di Pietro **

Comisión: Derecho Privado.

Equipo de investigación: Valor, Diana M. de las M.; Capardo Silvia; Danese Ximena;

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

I. Introducción.

Nuestra tarea se enmarcó en el Programa *Estrategias procesales para la solución efectiva de los conflictos jurídicos civiles y comerciales*, radicado en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho -CIJS-FD- de la Universidad Nacional de Córdoba. En las Jornadas de Investigación del pasado 2023 planteamos el estudio de la evolución del proceso y procedimiento en la mediación jurídico/judicial, ámbito civil y comercial. Su interdependencia con procesos autocompositivos y relación con procesos heterocompositivos. Poniendo foco este año en los actores necesarios que intervienen en estos procesos, en particular en el abogado.

Trabajamos con casos reales provenientes de audiencias de negociación, mediación y de conciliación -en menor medida, dada su reciente legislación provincial-. De la observación, selección de esa casuística registrada¹, de su análisis y estudio de los últimos años surge claramente como una de las variables a destacar, la importancia de la intervención adecuada del abogado, que requiere del dominio de todas las estrategias de solución de conflictos -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 de los arts. 360 sig. y conc.; desde el Libro 1, Título 5, Capítulo, arts. 310-318, Modos anormales terminación del proceso del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), 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. Y Código Procesal Civil y Comercial de la Prov. de Córdoba, Modos anormales terminación del proceso, arts. 349-353 -éste último transacción-. Las leyes de mediación Nacional 26589 y 10543 Prov. Córdoba, institucionalizan la transacción como figura ínsita y necesaria.

^{1*} 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. Directora de la Especialidad en Mediación. UCC. Mail: mediario@hotmail.com

Casos registrados provenientes de Centros Públicos y Privados de Mediación

Desde el Código Civil y Comercial de la Nación (CCC) se incorpora y reconoce a la mediación (arts. 642 y 2542) y en anexo a su normativa específica; y a la transacción conforme art. 1641.

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, el profesor argentino 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 excesos y del modo más inteligentemente beneficioso para todos: en ello se involucra a la Jurisdicción”².

Desde esta postura –hoy mayoritaria- 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, al encontrarse integrados al sistema actual de justicia argentino. No son meros sustitutivos; y menos son alternativos, como se los identificó en el siglo XX. Así, los llamados medios "de partes" para solucionar los conflictos en el proceso, lejos de considerarse modos "anormales", constituyen ahora, métodos certeros de solución de conflictos jurídicos, judicializados o no, máxime desde que su producido, el acuerdo total o parcial, puede convalidarse judicialmente.

Ello muestra -y se convalidó en los años 2020/2022, pandemia y pos- que 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 esa tarea 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. A esa intervención se le llama generalizadamente dirección del proceso a cargo del mediador. Pero tenemos probado que no es así: Es el abogado quien al manejar una estrategia exitosa, dirige el proceso hacia el resultado al que pergeñó llegar.

Es por ello que en esta oportunidad fijaremos nuestra atención en el método base del sistema autocompositivo y básico en la praxis del letrado: la negociación.

Podemos sintetizarla como 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.³

² MORELLO, Augusto Mario. Un nuevo modelo de justicia, LL. T. 1986 –C- Secc. Doctrina. Formación de los operadores jurídicos. Librería Editorial Platense, La Plata 2005. La persona, pieza central del mundo jurídico. La Ley Actualidad. Año LXIX Nº 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.

³ DI PIETRO, María Cristina; “*Mediación en Córdoba*”; Ed. Alveroni. Córdoba. 1998. *La Superación del Conflicto*. Ed. Alveroni. 2ª. Ed. Córdoba 2017.

El abogado de estos tiempos requiere profundizar su conocimiento y destreza en sus técnicas de avenimiento, evitando enmascarar con atajos administrativos, la frustración del resultado que es atribuible más a la carencia de formación en el sistema no adversarial.

II. Desarrollo y metodología.

a) El Abogado en los procesos de autocomposición

De nuestra tarea de observación y análisis de la praxis, resulta posible destacar algunos indicadores interesantes respecto a abogados que intervinieron con éxito en procesos de negociación, mediación, conciliación. Necesitaron acreditar –ante las partes, colegas y mediadores- conocimiento y manejo para legitimar su intervención letrada idónea, útil y eficiente, dando cuenta del dominio estratégico en diversas posibilidades de solución y de superación del conflicto. Es decir legitimarse en su rol, como operadores indispensables de un método específico y diferenciado de solución de controversias. Y para ello no resultó suficiente su sola presencia ni la práctica del modelo transaccional aprendido empíricamente (por ej. en los pasillos de tribunales). Tampoco lo fue echar mano a estereotipos superados como los que recogimos en los diálogos de las reuniones conciliatorias, por ej. 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, la imagen poco confiable, no resultó positiva para las partes en la autocomposición inclusiva del sistema de oralidad en conciliación.

El desempeño del abogado en este sistema se cimienta en su rol negociador que traza la superación del conflicto sin agravarlo. Observamos que está capacitado por ende para vencer el tradicional estereotipo de abogado "pleitista", declinando el prejuicio que identifica negociación con debilidad; transitando hacia renovadas modalidades del quehacer profesional, como por ej. intervenir con perfil *conciliador-hacedor de soluciones ágiles*, 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 dominio del conflicto, sin resignar el costado ventajoso para su parte. La actitud y aptitud de los abogados que aplicaron mecánicas integrales en el abordaje de solución de los conflictos jurídicos, determinaron 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. Aun cuando lograron negociar en porcentaje menor a la totalidad de solución, ello redundó en satisfacción de lo obtenido y la expectativa del poder de elección recuperado por los involucrados. A la inversa, quienes se retiraron de esta posibilidad manifestaron disgusto y frustración, por cuanto esperaban resultados por lo menos superadores.

El abogado es considerado por su cliente como el primer juez de la causa. Por lo que 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 –el cliente sigue, aunque dude, la decisión de su letrado-.

La instrucción preliminar de los casos, se mostró como un imperativo en interés de la parte, impactando positivamente la actuación profesional como facilitadora de la autocomposición: Quienes llegaron a resultados autocompositivos se prepararon para negociar operativamente a la par de formar a su cliente para su participación comprometida: por ej. registramos acciones tales como el trazado de pasos preciso y técnicos de negociación –no improvisados-, exhibición de pruebas pertinentes para la instancia, intervenciones para evitar el estancamiento, clientes moderados emocionalmente -aún en casos graves-, seguridad en el objetivo y perspectiva realista de logros probables conforme parámetros de jurisprudencia, etc.

El logro de un resultado operativo y eficaz en la evolución de diferendos (que no necesariamente implica acuerdos), requirió y se demostró sustancialmente, en el cambio de mentalidad en el profesional del derecho que demostró solvencia en un rol diferente al netamente litigante, que le permitió lograr avenimientos útiles –aun parciales y sin perjuicio de su ulterior intervención eficaz en el litigio-.

Se trató de abogados que direccionaron procesalmente la elección de las partes, representando intereses de sus clientes, logrando su replanteo, sin abandonar su deber de parcialidad y su manejo estratégico diferente, permitiendo que sus clientes puedan dar forma concreta a sus deseos y elecciones con información precisa acerca de los costos que deben estar dispuestos a afrontar por mantener, dilatar o solucionar el diferendo que los aqueja. En general, en los casos logrados, los letrados se esforzaron en separar sus intereses, sus preferencias, sus rivalidades, de las de su cliente, tratando el tema como negociación separada del caso (Ej. cobro de honorarios).

Los defensores hábiles dejaron narrar los hechos a las partes; a su turno realizaron un enfoque corto y formal de su visión, doctrina, jurisprudencia, utilizando cada argumento que le fue útil para poner en dificultad a la contraparte y convencer al juez⁴, pero también en su caso persuadir a la contraparte.

Surgió claramente que, la real y efectiva conjunción de los sistemas auto y heterocompositivos requiere del compromiso, convicción, experticia y respaldo de los operadores jurídicos⁵. Sin estas condiciones, tal como en causas con frustración de acuerdo, se sigue girando en el sistema heterocompositivo de soluciones tardías y parcialmente satisfactorias que culminan en descrédito (¿De qué sirve conseguir objetivos que se han forjado en una sala sin ventanas?⁶)

b) La Negociación

Es el método por excelencia a dominar por un abogado. De conformidad a los cambios legislativos -no solo en Argentina-, tarde o temprano, en cualquier otro tipo de proceso de terminación de diferendos que aborde, lo aplicará. Ya que la negociación tiene complejidades

⁴ Conf. CIPRIANI, Franco. *L'avvocato e la verità*, en Estudios em homenagem á professora Ada Pellegrini Grinover, Editora DPJ, 1° ed. Brasil, 2005.

⁵Véase ARAZI, BOURGUIGNON, PONCE, etc. en Libro del 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

⁶WELCH, Jack. *Winning*. Ed. Vergara. Barcelona. 2005. P. 216.

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. Son las personas las que operan como variables en la diferencia de soluciones ante el mismo tipo de casuística, y no el método de solución. (No hay conflicto de suma invariable u objeto único sino mentalidades suma cero⁷)

Pudimos determinar que quienes adhieren al concepto de negociación esbozado supra -Introducción- y aun empíricamente, atraviesan diferendos desde la interdisciplina, traspolando principios de comunicación, considerando elecciones voluntarias con operatividad⁸; tienen formación en procesos de autocomposición, de decisión que adhieren al paradigma de la ganancia de todos en el reparto o, dicho con mayor precisión, al logro de la máxima satisfacción posible de cada uno.

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. Y está presente también aun en el acotado margen que le destina la conciliación.

La finalidad del modelo ganancia para todos o de máxima satisfacción para cada uno que vemos aplicado en los proceso autocompositivos, no excluyen 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 meta⁹. Esa diversidad es entonces subjetiva -distintos sujetos o actores- y objetiva -distintos objetos, objetivos o metas; aunque paradójicamente puede recaer sobre el mismo elemento¹⁰ -

Habiendo arribado a este punto, ante la divergencia entre la doctrina de negociación colaborativa y la realidad de estilo del abogado argentino -más en Córdoba-, desde nuestra tarea inquisitiva enfrentamos el preguntamos ¿Por qué un negociador debiera actuar únicamente colaborando en una negociación, si está habilitado para presentarse o continuar el intercambio compitiendo en todo momento con afán estrictamente distributivo?

A diferencia de la doctrina de los últimos treinta años que continúa postulando solo a la negociación colaborativa como exitosa, nosotros encontramos casos tales como los que siguen, en los que el principio es distributivo:

- 1.- Una vez satisfechos los intereses de cada uno, subsiste materia para repartir¹¹
- 2.- Si a uno o a ambos negociadores, no les interesa la relación con el otro¹²
- 3.- Si estratégicamente se plantea avanzar distribuyendo valor, porque ganar unilateralmente es el objetivo?¹³

⁷ ENTELMAN, Remo F. *Teoría de Conflicto*. Ed. Gedisa, 1° Ed., 2002.

⁸ Nos referimos a voluntariedad operativa como aquella cuyo objetivo sea intentar resultados efectivos y eficientes para todos los participantes. Cualquiera sea el modelo de negociación que se adopte, se identifican dos premisas importantes: La voluntad de permanencia en el proceso y la convicción de diálogo o voluntad de dialogar

⁹ Idem ENTELMAN, Remo, Pág. 104. Nota 5; y supra Mapa de conflicto.

¹⁰ 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.

¹¹ Por ej. los dos negociadores quieren fundadamente lo mismo.

¹² Por ej., cobro de documentos endosados.

¹³ Por ej., posicionar primero productos en el mercado.

Los negociadores ubicados en esos contextos, no vacilaron en aplicar el proceso o técnicas de negociación distributiva. Es más, los de menor formación en negociación, iniciaron el proceso regateando.

En suma, y usando analogías, diremos que se comprobó que negociar implica aceptar que toda negociación es un arco. Un arco de estrategia flexible a la colaboración tanto como a la distribución. Que se tensa según la mixtura de motivaciones de cada parte. Que mantiene un punto óptimo cuando, combinando ambos modelos, se logra un reparto equitativo-satisfactorio. Y de no lograrse ese óptimo, sin embargo, la elección final de cada uno se modela a través de la transacción, intercambiando sus valores de reserva. Aceptando competir y no tan sólo colaborar para continuar negociando con posibilidad de lograr más del *valor de reserva* que cada uno tenía como referente¹⁴.

El tercer nivel que operó en las negociaciones, cerrando al arco, es la transacción¹⁵; 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* recíproco¹⁶.”

Este concepto resulta aceptado, previamente incorporado como genérico, como sinónimo de toda negociación, por muchos abogados y justiciables, para quienes transigir es sinónimo de *sacrificio* o *resignación* sin reciprocidad alguna¹⁷.

Se diferencia de la negociación distributiva, conocida como la “danza” de la negociación, en que: a) ésta tiene un proceso acotado en pasos, pero que deben producirse aplicando técnicas para lograr resultados; b) que conduce al segmento de ofertas aceptables provenientes del regateo, momentos donde se produce el intercambio final, que implicará la verdadera resignación necesaria para cerrar el negocio. c) Si los procesos negociales se llevaron 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 las referidas 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 es inducido en general por el mediador o por el juez con formación en métodos autocompositivos).

Negociación Integrativa

Por lo tanto, concluimos que el proceso de negociación integrativa –devenido de la aplicación de los tres modelos indicados- transita por tres etapas bien definidas en las que se

¹⁴ Así como en la negociación colaborativa se denomina MAAN a la mejor alternativa fuera de la mesa de negociación, en la distributiva se denomina *Valor de Reserva (VR)*, 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.

¹⁵ Arts. 1641 sigs. y conc. CCC. Véase también en igual sentido arts. 832, sigs. y conc. Cód. Civil Vélez Sarsfield

¹⁶ CARNELUTTI, Francisco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. T I, pág. 202. Ed. Uthea. Bs. As. 1944.

¹⁷ Transigir para ellos, es perder; significa debilidad.

desarrollan los pasos y movimientos de aquellos tres de negociación: colaborativo, distributivo, transaccional –en ese orden-.

Comienza su proceso desde el modelo de Negociación Colaborativa con los siete postulados de Harvard: cuatro pasos y tres principios¹⁸, 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.

Observamos que el negociador formado sigue este esquema pese –como dijimos-, a un opositor competitivo, pero no lo hace por colaboración bondadosa o altruista sino por conveniencia. Comenzando por la información que aportan los procesos abiertos por sobre los cerrados.

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. Aparencia 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 normativa¹⁹.

- **Las posiciones son mutables:** su versión puede ir variando conforme el transcurso del tiempo; 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”.²⁰

- **Las necesidades son intereses profundos**²¹. Algunas se confunden con intereses y otras, las básicas, se consideran por tales, innegociables, requiriéndose un mayor esfuerzo del

¹⁸ Idem FISHER, Roger - URY, William - PATTON, Bruce

¹⁹ 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?)

²⁰ 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.

²¹ Maslow diseñó en la década de los 60, escalones de necesidades según su importancia vital. El esquema piramidal siguiente fue tomado de su ideología.

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 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).

El segundo paso en el proceso de Negociación Integrativa, lo constituye la Negociación Competitiva o Distributiva, en el que observamos sus características propias, ya que al distribuir solo el valor material supone *constant*es 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 pujan. 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 fija²².

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).

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*”²³, 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.

En esta etapa, tuvieron éxito los abogados o las partes que manejaron con claridad las posturas; fueron flexibles aunque firmes, creíbles para transmitir que valía la pena el esfuerzo de seguir negociando. Concluía cuando cada uno obtenía su máxima probabilidad, es decir aquello que sabía era lo más a ganar²⁴. (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 que sufrieron mayor pérdida fueron aquellos que se posicionaron en sopesar lo que el otro podía ganar, en lugar de haberse concentrado en cuánto ellos mismos podían obtener en el intercambio, sin perjuicio de lo que su contrario podía llevarse con el intercambio.

²² FISHER, ROGER - URY, WILLIAM - PATTON, BRUCE, *Sí... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, 2^a 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.

²³ DRUMMOND, Helga. *Decisiones Efectivas*. Ed. Legis. Bogotá. Colombia. 1992.

²⁴ 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.

En suma comprobamos que los negociadores con esa actitud, son presas de la trampa del negocio ajeno, que los lleva a observar -y hasta sufrir- la ganancia del otro en lugar de medir la propia.

En estos casos, la negociación se destrababa con la intervención del mediador, que posibilitaba -entre otras causas-, el reconocimiento de los obstáculos desde un foco diferente.

La preferencia: cuestiones de cálculo y medición de poder. Atajos de decisión. Intervención y rol del abogado.

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 y 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 alguna de estas heurísticas resultaron útiles para tomar decisiones rápidas y eficientes, pasó todo lo contrario cuando se tenía poca información y la elección debía producirse de inmediato, situación en la que la tendencia fue afianzar sesgos o arraigarlos hasta el prejuicio.

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

- 1- Orden en los elementos, recursos, fortalezas propios: los que se tienen, los que se creen tener, los factibles, los futuros
- 2- Orden en los de las otras partes, de igual manera
- 3- Cuantificación y cualificación estableciendo-determinando preferencias y expectativas -propias y de la contraparte-
- 4- Comparación de los recursos propios con los ajenos, subjetivamente y luego con parámetros objetivos
- 5- Descarte de 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 estaban disponibles no fueron tomados por el decisor; 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 tomado como factor de cálculo, fue considerado con preponderancia en la fórmula decisoria. Se usó como herramienta de reflexión. En esos casos se lo consideró 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 superaron a la razón las partes negaron el valor universal de este principio, minimizando el umbral temporal de tolerancia litigiosa.

8- Finalmente, el abogado había realizado un claro panorama costo-beneficio, restando a los recursos propios, los recursos de los otros. El resultado indicaba el remanente. 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 y observamos, como básico en procesos de solución de diferendos.

Transacción: Último segmento de la última etapa de la negociación

Como adelantamos, la transacción a través de los últimos repartos y adjudicaciones, produjo el cierre de la negociación. En este segmento y conforme el remanente proveniente del cálculo costo- beneficio-recursos de poder, podía verse reflejada la tarea exitosa del abogado en estos procesos, ya que cuanto menos remanente quedaba 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 plasmaba en el instrumento final: convenio, al que debían 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.

Tal es la importancia funcional y jurídica de esta etapa final, que se encuentra definida por el art. 1641 Código Civil y Comercial (CCC), que superó la diferencia doctrinaria acerca de la naturaleza jurídica de la transacción, al considerarla 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)²⁵.

En suma, producto de la transacción, -último segmento de la última etapa de la negociación, mediación y conciliación-, surgió en los casos con solución, un documento escrito -acuerdo/convenio- que plasmó clara y acabadamente quienes eran las partes, su voluntad negocial y el consenso arribado. Siempre se constató que los negociadores fueran actores legitimados para negociar y transar -con plena capacidad de derecho y con facultades expresas- para otorgar validez y eficacia al convenio.

Observamos la aplicación en los casos exitosos, de 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 contrato²⁶ y como modo de extinguir, reconocer, cumplir o

²⁵ Conc. Arts. 837 y 838 Cód. Civil Vélez Sarsfield. Art. 1643 – 1644 CCC

²⁶ 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.

contraer obligaciones²⁷. Siendo que todos ellos fueron observados para validez y eficacia de los acuerdos obtenidos –ley para las partes, conf. arts. 959, 1061 y 2651 del CCC²⁸-

Definiéndose 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, controlaron los acuerdos arribados por las partes, que estaban en contraposición²⁹.

La transacción estaría mostrando así, certidumbre acerca de un derecho o relación jurídica pendiente e intercambio recíproco de sacrificios y renunciamentos³⁰ o dobles renunciaciones parciales -de ida y vuelta-, que de tener proyección en el proceso jurisdiccional resultaría ser un doble desistimiento -probando lo dicho por Vázquez-: del actor de parte de su pretensión y del demandado a parte de su oposición.

III. Finalmente, creemos conforme los hallazgos y comprobaciones indicadas que el modelo integrativo es el más completo como modelo de negociación, con mayor probabilidad de resultado exitoso, en el que no se 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. Y que se produce 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 arribe 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 y 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 acuerdo³¹-

²⁷ Debiendo atenerse, para su validez jurídica, a las reglas formales correspondientes.

²⁸ 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.

²⁹ 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.

³⁰ 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.

³¹ 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 al CPCCN en el Libro 1. Tit. XVI. Cap. 4 Art. 389. Las leyes de mediación Nacional 26589 y 10543 Prov. Córdoba, institucionalizan la transacción como figura ínsita y necesaria.

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.

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.