

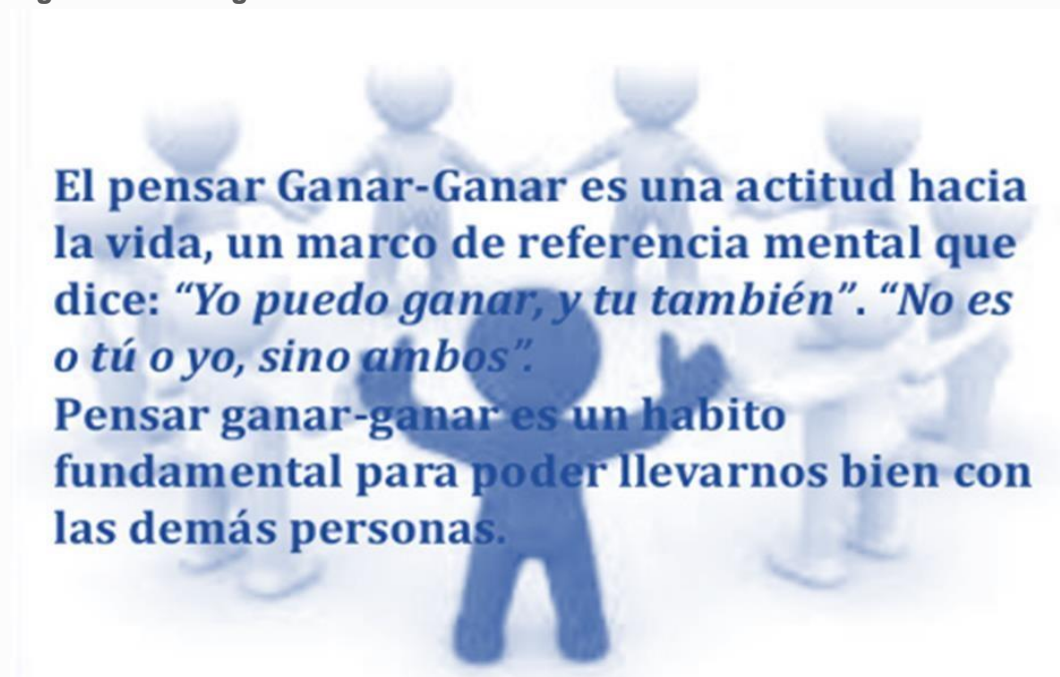
Módulo 2. Negociación¹

Todos somos negociadores. Negociadores empíricos cuando nos adecuamos a la vida de relación, en la familia, en el trabajo, la profesión, las operaciones inmobiliarias o las compras diarias. Negociadores expertos como los niños. Negociadores infractores con lo negociado con nosotros mismos.

En este módulo, compartiremos conceptos técnicos y tres modelos relevantes sobre la negociación.

Unidad 2.1. Negociación colaborativa

Figura 1: Ganar-ganar



Fuente: [Imagen sin título sobre ganar-ganar]. 2013. Recuperado de <https://bit.ly/3fJkCII>

¹ Texto basado en DI PIETRO M. C. (2017). *La Superación del conflicto*. Córdoba: Co-Ed. Facultad de Derecho UNC-Alveroni. DI PIETRO, M.C. (1999). *La Mediación en Córdoba*. Córdoba: Ed. Alveroni. DI PIETRO, M. C. (2019). *Institutas - Revista de Derecho Procesal*, 11 - Noviembre, 2019 IJ-DCCCXCIV-998 (para USAL).

2.1.1. Concepto

La negociación es un proceso de comunicación, voluntario, cooperativo, 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 (Di Prietto, 2017).

Este concepto atrae varios principios: comunicación, voluntad operativa, uso de procesos de autocomposición y de decisión, paradigma de la ganancia de todos.

La negociación puede iniciar y concluir en una etapa de la mediación o desarrollarse a lo largo de varias. Por eso decimos que la mediación es una negociación facilitada por un tercero para la mejor toma de decisiones.

La voluntariedad es operativa porque su objetivo es el hallazgo de 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.

La negociación es un proceso estratégico porque no es azaroso y las partes se preparan en búsqueda de los resultados pretendidos.

La negociación tiene carácter cooperativo, porque pretende un resultado operativo, práctico y conveniente buscado por los conegociadores o copartes contrarias o no. Indistintamente, todas las partes participan en los actos de negociación.

Es un proceso autocompositivo en el que las partes controlan el resultado sin intervención de terceros ajenos al asunto. Por esta razón es considerado un método endógeno² de solución: el resultado surge de los mismos actores que componen el conflicto negociable. Son ellos los que dirigen el procedimiento y las herramientas aplicables, buscando soluciones y gestionando los posibles intercambios a los que estén dispuestos.

La finalidad del modelo ganancia para todos (ganar/ganar) 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 meta. Esa diversidad es entonces subjetiva (distintos sujetos o actores) y objetiva (distintos objetos, objetivos o metas). Aunque, paradójicamente, puede recaer sobre el mismo elemento o cosa, por ejemplo: cuando los negociadores puján por la misma casa o auto.

² Sobre el tema puede consultarse ENTELMAN, R. F. (2002). *Teoría de Conflictos*. Barcelona: Ed. Gedisa.

En este contexto, cabe preguntar por qué un negociador debiera actuar colaborativamente en la negociación o 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 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.

Por eso venimos diciendo desde el módulo 1 (unidad 2) que es más difícil colaborar que competir.

2.1.2. El comienzo de un proceso de terminación de conflictos. Prenegociación. Prepararse para negociar

El éxito en la negociación depende de otras etapas previas para las que también es conveniente prepararse, porque de cualquiera de ellas puede surgir la solución buscada. ¡Es cuestión de estrategia!

Si la negociación es un proceso voluntario, predisponer la voluntad del oponente es cuestión de estrategia.

Prepararse no solo para el proceso de negociación sino para la etapa previa. La prenegociación implica detenerse a reflexionar sobre la efectividad de actos o gestos que llevarán el mensaje deseado que permita que se reconozca la intención de reducir el litigio, aunque no de rendirse.

Cualquiera sea la forma que tome un gesto conciliatorio -concesión, gesto simbólico, acción para reducir tensión- existirán problemas de reconocimiento y, por lo tanto, de eficacia. Por ello, al analizar el comienzo de la terminación de una controversia (etapa final en el mapeo de un conflicto), es necesario tener en cuenta cuáles esfuerzos indican la voluntad de comenzar la reducción de hostilidades.

Esos actos o gestos son movimientos reflexivos empáticos, por los que se intentará ponerse en el lugar del otro, a efectos de llegar lo más certeramente posible a sus preferencias, aunque sin descuidar las propias.

Prepararse para negociar implica, entonces, recorrer previamente el camino de reflexiones acerca de qué estamos dispuestos a ofrecer y resignar. Sobre qué aspectos queremos competir, insistir y resistir, basados en supuestos, posiciones o reales intereses y necesidades, etcétera. Porque ello facilitará sincerarnos con

nosotros mismos acerca del tipo de negociación que estamos planteando y, desde ahí, entender mejor qué queremos y la factibilidad de lograrlo.

El negociador enfrentará aquí el problema de demostrar tal intención a su adversario desconfiado. La comunicación vuelve, entonces, a ocupar el centro.

Una negociación podrá comenzar con una simple conversación, la iniciativa de diálogo o con una concesión obvia como muestra: suspensión de términos, postergar la producción de pruebas, suspender reclamos de cobro, dejar sin efecto alguna medida o acción de avance o intimación, etcétera.

Sin embargo, debe tenerse presente que los retrocesos de posiciones poco claras pasan desapercibidos o no se aprecian. Por lo tanto, en situaciones ambiguas, conviene que uno de los primeros movimientos reduccionistas del litigio consista en aportar claridad en la posición. Es decir, optar por actos que demuestren voluntad concreta de acercamiento, de posibilidad de flexibilizar posturas.

En este contexto es que tomamos a las concesiones como retrocesos estratégicos en las posiciones originarias bien definidas.

Como ejercicio útil antes de continuar con la lectura, debata (luego comparta las reflexiones) con amigos, colegas o miembros de familia en torno a estas preguntas disparadoras de opinión:

1. ¿Retroceder es perder? ¿Por qué opina así?
2. ¿Cree que los sujetos que planifican con estrategia consideran al retroceso una pérdida? ¿Por qué?

Tomar las concesiones como retrocesos estratégicos en las posiciones originarias bien definidas implica reconocerlas, asumirlas y producir el cambio posible desde ese reconocimiento. Podría decirse que conceder es solo intercambiar, es dar juntamente con otro. Esto también es cierto. Pero quedaríamos en el camino si no se reconociera que quien cede retrocede. Sin embargo, el movimiento de retroceso resulta altamente positivo para avanzar, por su valor en el cálculo estratégico hacia la hora del resultado definitivo. Insistimos, por lo tanto, en que, para que este acto tenga impacto exitoso como movimiento estratégico, requiere de objetivos y metas claras, definidas, ya calculadas y estudiadas, que se traduzcan en posturas concretas que permitan al oponente vislumbrar intereses subyacentes, diseñar y evaluar el resultado obtenido o a obtener.

Hemos observado y puesto en práctica esta estrategia del retroceso, por ello es posible afirmar que se gana más cuando se reconoce a tiempo la necesidad de volver sobre los pasos propios y repensar las señales y las propuestas transmitidas. Retroceder implica reposicionarse, volver a ver y considerar con otro foco. Se vuelve con toda la experiencia del avance frustrado. De allí la valía de este movimiento. Recordemos la pérdida de quien persiste en una cadena de decisiones disvaliosas

por no asumir el retroceso basado en información completa, confiable y comprobable.

El sentimiento de pérdida tiene que ver más con el perfil del negociador que con su estrategia. Medir el riesgo del sentimiento, sin perjuicio de superarlo, tiene que ver con el esfuerzo de la racionalidad por sobre la emotividad, con su experticia, cuando de líderes importantes se trata.

En una puja sin etapa previa, la primera jugada no es colaborativa, tampoco lo es su intención previa. La tendencia al abordarse una negociación es observar la ventaja previa y la desventaja probable del oponente. Luego, vendrán los movimientos de acercamiento, los gestos conciliatorios y el consecuente impacto en el otro.

Cómo presentar ese retroceso es otra cuestión: actitud y aptitud. Además de preparación anterior a los hechos.

Si tiene éxito, abre la etapa siguiente, la negociación, o deja preparada la intervención de un mediador para todos o para algunos de los puntos controversiales.

Tengamos en cuenta que las leyes de mediación judicial, intra o preprocesales, asumen que la mediación es una negociación asistida por un tercero, predisponen la etapa de prenegociación, la facilitan, siendo generalmente el mediador quien la instala a través del cambio contextual y comunicacional que presenta. Es por ello que las leyes de mediación tienden el puente necesario para que las partes, sin necesidad de tomar la iniciativa o esforzarse en enviar señales adecuadas, tengan la posibilidad de recrear el conflicto en un escenario distinto al de la litis. Es decir que el paso de la prenegociación puede ponerlo al alcance de las partes el mediador experimentado.

Predisponerse a la prenegociación (requerir o aceptar mediación) anuncia el retroceso que posibilitará la negociación. Decimos, entonces, que la predisposición a reducir el litigio abre también la preparación para negociar y, por ende, implica el reconocimiento de una estrategia global para el caso en cuestión.

Sucintamente ejemplificado, puede constituir un primer paso detener en un pasillo a mi contrario (o buscar esa oportunidad), saludarlo con gesto diferente, tratar de involucrarlo en un diálogo para abrir un espacio u otra oportunidad de avance, hacerle llegar una invitación o noticia de una reunión de participación común, cambiar el tono en los cuestionarios, omitir aseveraciones, etcétera. Posteriormente, abordar el tema de interés por sí mismo o por interpósita persona, ofrecer o hacer manifestaciones a través de terceros, etcétera.

Todos pueden considerarse actos de concesión con doble lectura: “dio-di el brazo a torcer”; “lo pude-me pudo”, “por qué lo hice-hará”, “qué busca-busco”. En todos los

ejemplos, más allá de la duda, certeza o desconfianza, se habrá avanzado. Luego, no son ya tan complejas las señales que anuncien cambios a cargo del iniciador (lo que no implica mostrar a priori el interés verdadero). Y es allí cuando, predispuestas las voluntades, se continuará con estrategia en la preparación, los pasos y el avance de la negociación.

Existen variados modelos de negociación. A continuación, desarrollamos los dos modelos clásicos de negociación que nos parecen productivos y los más usados en nuestro país.

Considerados por cierta doctrina como opuestos, nos referimos a los modelos de negociación colaborativa de Harvard y al de negociación distributiva o competitiva. Coadyuvando, estos dos modelos nos permitirán presentar un tercer enfoque como cierre del módulo: la negociación integrativa.

2.1.3. Negociación colaborativa

Los famosos autores del modelo de negociación de la escuela de Harvard, Fisher, Ury y Patton, la definen como “... un medio básico para lograr lo que queremos de otros. Es una comunicación de doble vía para llegar a un acuerdo cuando usted y la otra persona comparten algunos intereses en común, pero también tienen algunos intereses opuestos” (1999, <https://bit.ly/3hiRhZb>).

Un *iceberg* es la mejor imagen para comprender la narrativa de las personas que negocian siguiendo el espíritu de este modelo.

Figura 2: Iceberg



Fuente: [Imagen sin título sobre iceberg]. (s. f.). Recuperado de <https://bit.ly/34tNPTD>

- El segmento superior indica lo que la persona dice que quiere.
- El segmento medio, grafica lo que realmente quiere (y no dice al comienzo).
- Y el último, que forma la base inferior, indica las necesidades subyacentes (aquellas de las que no se puede prescindir, pero no se transmiten, se guardan para sí, se amurallan, haciendo difícil que el oponente pueda detectarlas).

Este *iceberg* se grafica con la sigla PIN (posición/interés/necesidad).

Solo es visible el tercio superior de lo que las partes manifiestan: las posiciones, es decir, lo que dicen que quieren. Los intereses o lo que realmente buscan y las necesidades, aquello que es imprescindible, conforman los otros dos tercios que quedan a menudo subyacentes y sin ser develados por las partes, a menos que se usen herramientas adecuadas de indagación.

Desde aquí podemos comenzar a analizar el proceso del modelo de negociación colaborativa que plantea la escuela de Harvard, basado en siete postulados, cuatro pasos y tres principios.

🔗 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:

1. relación;
2. comunicación;
3. legitimación.

Separar a las personas del problema y separar los intereses de las posiciones significa detenerse en la comunicación, principal vía conductora de un proceso de intercambio.

Separar a las personas del problema implica reconocer que el problema no es el otro. Que el problema es la sustancia, el objeto, objetivo, la cosa compartida o en disputa, aquello por lo que se ven accidentalmente enfrentados o lo que se construyó por la propia actividad o vínculo compartido.

Significa repensar los diferendos, dentro del contexto, pero no focalizando en la otra parte. Esto permitirá a los involucrados un análisis basado en la objetividad y en la razón que desembocará en la máxima satisfacción para cada interviniente (para la teoría de juegos, "máxima" hace alusión a 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).

Si el foco está puesto en la persona (persona-problema como inseparables), se centra el conflicto en ella y el objeto conflictual se minimiza, desaparece y solo sirve de nexo para llegar a la persona que se pretende vencer, escarmentar o destruir. Desde esta perspectiva, la negociación será imposible (recordemos en el mapa de conflicto la dimensión actoral).

En esta composición, los sujetos giran en torno a las estrategias de suma cero, aquellas que responden al paradigma ganar-perder (todo lo que A gana lo pierde

B y viceversa). Son posturas de todo o nada, típicas del modelo de la negociación distributiva o competitiva.

Quien se posiciona contrariamente al sujeto, atacando a la persona, en lugar de concentrarse en el objeto para atacar el problema, puede perder de vista su objetivo prefiriendo perder, si el otro también va a perder. En este extremo, el juego perder-perder es preferido a otro que posibilita, aunque sea, una mínima ganancia de quien se considera enemigo. La toma de decisiones está condicionada por las emociones que predisponen a la sinrazón. El grado de este condicionamiento puede disminuirse si el negociador logra trasponer la barrera formada por las emociones y abrir lugar al razonamiento.

Las posiciones son dichos de apariencia, disimulan el verdadero deseo, encubren las necesidades, creencias y expectativas. Aparentan tipificarse en descripciones puntuales, generalmente previstas en la legislación, pero sólo enmascaran la verdad de lo que cada sujeto busca.

La apariencia es una fortaleza de pronunciamiento que obra de coraza para los intereses y las necesidades de los sujetos. Intereses y necesidades que movilizan las palabras, a su vez, movilizadas por las emociones sostenedoras de las expectativas y esperanzas traídos a la mediación, factores provocadores de la defensa de esos intereses y necesidades primariamente invisibles.

La posición es la forma de decir, de reclamar; es similar a una pretensión procesal. Constituye una forma que encierra intereses y deseos más profundos. Una forma de traducir episodios de la vida de conformidad a las reglas generadas por la ley, sin posibilidad de imprevisión. Ergo, los deseos, expectativas y conveniencias que involucren a más de un sujeto deben encasillarse en una norma jurídica (una regla) para ser resueltos.

La posición atrapa al interés y lo mimetiza en la normativa. Por ejemplo: a Juan, socio de una organización, le interesa que presten atención a sus planificaciones e incluyan sus proyectos. Pese a su esfuerzo, no lo logra. Envía, entonces, una carta documento reclamando los aportes societarios, con apercibimiento de juicio. ¿Por qué? Porque no le pedirá a un juez que ordene a sus socios que tengan en cuenta sus proyectos (su verdadero interés y necesidad de autoestima). Porque, además, si se lo pidiera, no hay norma jurídica que lo obligue. Aunque si la hubiere y él lo ordenara, ¿cómo se haría para cumplir el pedido de ser tenido en cuenta por los demás? Nos remitimos al tema conflictos permitidos vs. no permitidos (tratados en el módulo I), que no se dirimen, sino que se resuelven aplicando métodos autocompositivos como la negociación, la mediación, etcétera.

Los sujetos utilizan cualquier recurso de poder para obtener los intereses que las posiciones esconden, para ganar o alcanzar sus objetivos o fines. Es decir, la

persecución de intereses requiere de “poder”, entendido como conjunto de recursos que cada parte tiene o cree tener para lograr sus objetivos.

2.1.4. Las necesidades son intereses profundos

Algunas necesidades se confunden con intereses y otras, las básicas, se consideran innegociables.

Las necesidades, se encuentran por debajo de los intereses, de modo tal que, salvo las básicas, pueden ser muy difíciles de percibir y requieren un mayor esfuerzo del negociador para captarlas y/o descubrirlas.

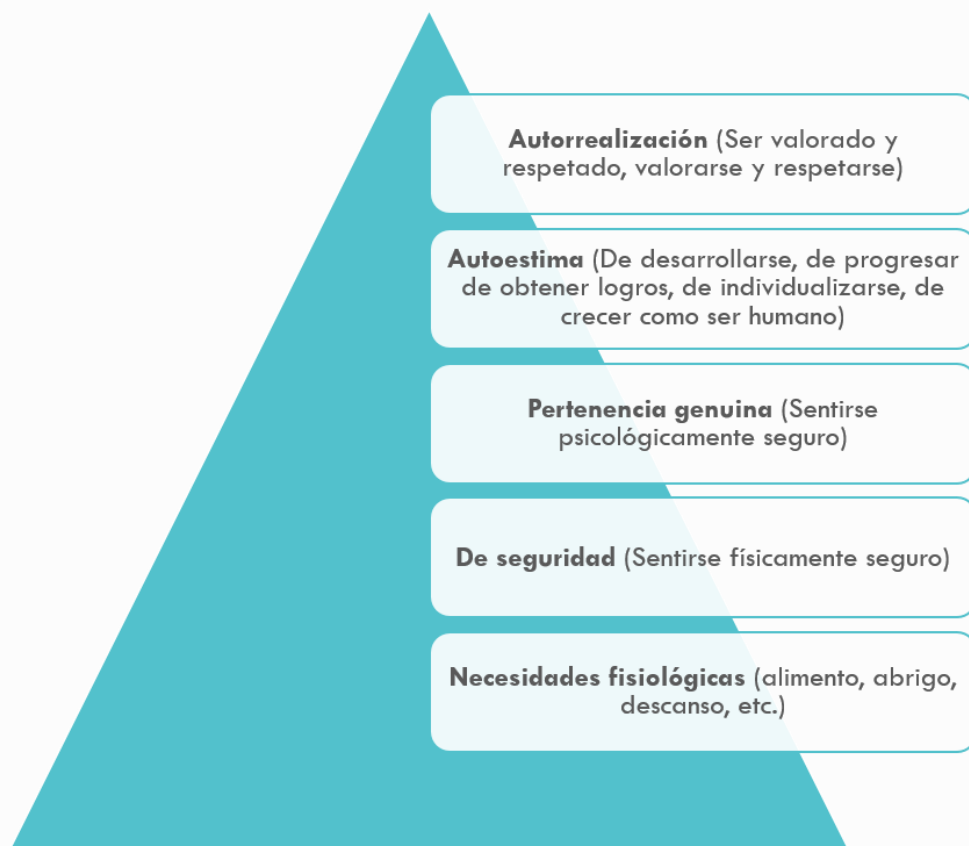
Maslow diseñó en la década del ‘60 escalones de necesidades según su importancia vital. El esquema piramidal siguiente fue tomado de su doctrina.

Figura 3: Esquema piramidal de Maslow



Fuente: Salcedo, A. (2015). Recuperado de <https://bit.ly/3oVStU2>

Figura 4: Esquema piramidal de las necesidades



Fuente: elaboración propia

Las necesidades cercanas al vértice piramidal se fusionan con los intereses. En las del medio se encuentran las necesidades afectivas, psicológicas y de seguridad. Por tratarse de emociones y sentimientos, parecieran innegociables, en la medida que “el amor con amor se paga”. Sin embargo, en ocasiones, puede ocurrir que se corran para posibilitar el intercambio material.

Resulta frecuente la negociación sobre necesidades de seguridad, focalizadas en la vivienda y en la posesión de cosas, ya sea para obtenerlas, repartirlas o para no perderlas. Esta clase y el escalón que forma la base de la pirámide (las necesidades fisiológicas) conforman el grupo de necesidades básicas, es decir, aquellas de las que, en general, es poco probable prescindir. Por ello se consideran innegociables, aunque en determinados contextos llegan a intercambiarse, por ejemplo: aceptar un inmueble en un barrio inseguro porque se prioriza la necesidad económica o de vivienda sobre la seguridad física.

Separar los intereses de las necesidades significa impulsar a las partes a efectuar un reordenamiento de necesidades que resulte adecuado para ellas. En este punto, no hay que confundir principios y escala de valores de las personas, generalmente innegociables, con necesidades.

En suma, las necesidades, cualquiera sea su escalón, pueden negociarse. Pero para ello, no solo hay que reconocer que es posible, sino hacerlo posible.

Ignorar las necesidades ajenas resulta común, porque generalmente se piensa solo en las propias. Aquí radica la habilidad del negociador: determinar el fondo del asunto según el otro y desde el otro.

Dijimos que solo es visible el tercio superior de lo que las partes manifiestan: lo que dicen que quieren (posición). Los intereses, lo que realmente buscan y las necesidades (lo imprescindible) conforman los otros dos tercios subyacentes que no se develan. El conegociador es quien debe descubrirlas y llevarlas a la superficie para lograr un intercambio productivo.

Un buen negociador no se deja influir por estados emocionales extremos porque corre riesgo de quedar a expensas del manejo del otro. Recuerde que las decisiones en esa situación no son sustentables³.

Por eso decimos que la negociación es 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 solo se negocia sustancia (cosas), sino, también, relaciones con quienes tienen aquellas cosas que se desean para sí.

2.1.5. Una herramienta de poder: la pregunta. Tipos de preguntas

Las preguntas, junto con la escucha atenta, son las herramientas idóneas para coadyuvar a separar a la persona del problema, los intereses y necesidades. Las preguntas se alternan y ensamblan estratégicamente hacia un objetivo o fin: resolver el conflicto. La siguiente clasificación ayuda organizar las preguntas según los objetivo o metas deseados:

En un primer nivel, las preguntas pueden ser abiertas o cerradas.

Las abiertas se efectúan para obtener información esclarecedora y se clasifican a su vez en circulares (¿qué diría el juez?), reflexivas (si usted opta por continuar en juicio, ¿qué resultado pretende?) e hipotéticas (¿qué pasaría si...?).

³ Sobre la trascendencia de las emociones, puede consultarse: 1) Goleman, D. *Inteligencia Emocional*. Colección Ensayo. Ed. Kairos. 2) Stamateas, B. *Gente Tóxica: como sanar el daño emocional y ser libres para tener paz interior*. Ediciones B Argentina S.A. 3) Wastzlawick, Bavelas y Jackson. (1997). *Teoría de la Comunicación Humana*. Barcelona: Ed. Herder.

Las cerradas se diferencian en aclaratorias, confirmatorias o de parafraseo y persiguen una respuesta de tipo “sí” o “no”. Por ejemplo: ¿usted se llama Juan? ¿Tiene 35 años? ¿Dijo Ud. en la última audiencia que podía pagar el 10 de cada mes? ¿Puede confirmar ese dato?

2.1.6. Opciones y alternativas

En el singular lenguaje de la negociación y de la mediación, opción es toda posibilidad que puede transformarse en propuesta, aceptación y probable acuerdo, dentro de la mesa de negociación o del campo de la resolución conjunta.⁴ Las opciones mantienen a las partes más interesadas que las otras posibilidades hallables fuera del esfuerzo conjunto.

Alternativa es toda posibilidad de acción u oportunidad hallada fuera de ese campo conjunto. Es decir, la alternativa está dentro de la esfera individual de cada participante y constituye una forma comparativa con la opción. Ambas sirven de espejo en la toma de decisiones: se podrá optar entre quedarse en la mesa para negociar barajando opciones que permitan la ganancia de todos los participantes o que promedien la satisfacción de las partes, o elegir irse en búsqueda de otra alternativa que se tiene en miras y se evalúa como inmejorable por la opción, de manera tal que se abandona la negociación por preferencia de la alternativa individual fuera de la misma.

La alternativa puede ser mejor o peor comparada con la opción:

MAAN (mejor alternativa al acuerdo negociado): el sujeto elegirá terminar la negociación o ni siquiera iniciarla.

PAAN (peor alternativa al acuerdo negociado): situación que lo arraigará a la negociación porque no tiene oportunidades afuera o son escasas.

MOAN (mejor opción en el acuerdo negociado): se utiliza porque su alternativa fuera de la negociación es mala (PAAN).

Si analiza o prefiere lo que le es ofrecido **fuera** de la mesa de negociación, esas posibilidades son mejores alternativas, propias e individuales, quizá no transmitidas a la contraparte.

Si trabaja con ellas dentro del esquema de la negociación, a sus posibilidades conversadas con la otra parte se las denomina mejores opciones y se predispondrá a buscar la mejor.

⁴ Recordar que la mediación contiene a la negociación como etapa. La mediación es una negociación asistida por un tercero neutral.

Así, por ejemplo, en una negociación salarial, Juan tiene como mejor opción planteada por la empresa donde trabaja aceptar un aumento salarial del 10% y un ascenso probable al año siguiente (MOAN). Tiene, a su vez, una alternativa de trabajar en otra empresa con 30% de incremento en su remuneración, pero debería trasladarse lejos de su residencia y afectos (MAAN). Juan elegirá entre el MOAN y el MAAN, es decir, si es mejor para él la mejor opción propuesta o viceversa.

Para que el esfuerzo conjunto sea productivo, debe arribarse a la opción superadora de toda posibilidad externa. Es decir, debe hallarse la opción capaz de atraer a todas las voluntades de consuno.

2.1.7. Revisando los tres principios: comunicación, relación, legitimación

Es necesario detenerse a observar, durante toda la negociación y en la mediación, si los tres principios rectores se van respetando. Avanzar sin esta revisión podría implicar el fracaso de todo el proceso, ya que, por ejemplo, podrían estar afectadas las bases de opción con malos entendidos, percepciones erradas, comunicación distorsionada; o estar deteriorándose la relación entre los participantes por desconfianza, cansancio, indiferencia, etcétera.

Existen diversos grados de relación que se medirán en función del vínculo entre las partes: socios, vecinos, ex esposos, compañeros de tareas, conductores de vehículos, comprador-vendedor, etcétera. Algunas personas, no obstante, pueden ser desconocidas hasta el momento de negociar/mediar, pero estar relacionadas por un tema en común: una tarea a desempeñar en conjunto o bien un conflicto a resolver. En el primer caso la relación que los une será de colaboración; en la segunda, de oposición.

Habrá que medir las relaciones que es necesario mantener, preservar o fomentar; diferenciándolas de aquellas que solo se sostendrán para viabilizar la negociación, habida cuenta lo circunstancial del vínculo, por ejemplo: el caso de los accidentes de tránsito.

Hay una diferencia de esfuerzo y de riesgo futuro en mantener la relación paterno-filial, que no se dará entre personas que, por ejemplo, se relacionaron a través de un choque automovilístico. Si bien en ambos casos lo que se intentará evitar es la litigación, en el primero es imperioso rescatar el vínculo, es decir, la relación calificada por el parentesco y los afectos que ello hace presumir.

Se deslegitima a la persona cuando se la desconoce o ignora como sujeto involucrado en el tema, descalificándosela (legitimación subjetiva). Puede, también, que se descrea o deslegitime al tema a solucionar o al reconocimiento del proceso de negociación por desconfianza o pérdida de interés (legitimación objetiva o

procesal). Al no reconocer la posibilidad de reclamo sobre la cosa, desconociéndola como materia de negociación para la contraria, la excluye, la deslegitima, la minimiza como objeto de negociación. Avanzar sin advertir la falla en algún principio, lleva a retiros sorpresivos de algún negociador, más bien inadvertidos por dicha omisión. Esta omisión lleva a perfilar acuerdos no sustentables en el tiempo, a fomentar deterioros en la relación, etcétera.

2.1.8. Generar opciones y evaluarlas. Parámetros

Generalmente, sabemos qué es lo que no queremos. Más difícil resulta afirmar lo deseado. 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 confusa, diferente o con significado divergente. Esto conduce a creencias del tipo “yo creí que...”, “vos entendiste..., pero...”

Los postulados que traduzcan opciones o alternativas deben enunciarse simple y claramente, usando términos sencillos a los que todos los involucrados le otorguen el mismo significado. Pues de alguno de aquellos, o de su conjunción, surgirán las elecciones de cada uno, que luego formalizarán el intercambio final de la negociación.

Encontrar una solución ajustada requiere generar varias opciones o alternativas, en suma, posibilidades viables y conjuntas o individuales, que permitan, luego, elegir con acierto. En todos los casos, respetando los intereses y necesidades propias y las de la otra parte.

Estas situaciones, desde las más sencillas hasta las más complejas, producen de inmediato sentimientos variados: temor, dudas, ansiedad, estados nerviosos, de gratificación, eufóricos o depresivos. Pero también pueden suscitar estados reflexivos, que ponen a trabajar la razón. Así, se piensa en la conveniencia o no de cada paso a seguir y se contempla el después, el sentimiento que surgirá al afrontar las consecuencias. Se analizan los extremos y la búsqueda del punto medio. A mayor incertidumbre, mayor preocupación y turbación.

Las opciones, alternativas y las posibles soluciones se comparan con parámetros subjetivos (preferencias, costumbres, hábitos del grupo, familia, compañeros, etcétera) y parámetros objetivos (valores y precios de plaza, leyes y jurisprudencia, antecedentes comerciales, etcétera).

Criterios/ parámetros objetivos

- Insista en que los criterios sean objetivos.
- Parámetros que no puedan cuestionarse para analizar y sopesar el asunto de fondo y sus formalidades.

Figura 5: Parámetros objetivos



Fuente: [Imagen sin título sobre la ley]. (s. f.). Recuperado de <https://bit.ly/34mfdD5>

Figura 6: Parámetros objetivos



Fuente: [Imagen sin título sobre parámetros]. (s. f.). Recuperado de <https://bit.ly/2R27yql>

Intercámbielos con la otra parte:

1. Formule cada aspecto como una búsqueda común de criterios objetivos.
2. Sea razonable y escuche razones.
3. Nunca ceda ante la presión.

Unidad 2.2. Negociación distributiva o competitiva

2.2.1. Constantes que la caracterizan

Este modelo de negociación es llamada distributiva porque solo focaliza en la distribución del valor material y es competitiva porque persigue el máximo de ganancia material en el intento de ganar el todo.

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 pujan. Es decir, los participantes no se preocupan por variar o ampliar la base del reparto competitivo, se muestran amarrados o anclados a una sola posibilidad, por lo que llamamos a las operaciones bajo esta situación de “base fija”. Fisher, Ury y Patton (1995) hablan de “torta fija”.
- b. Desde la postura anterior, cada negociador tiene por meta única ganar el objeto que ven como 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 los 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 una visión de túnel (Drummond, 1992), mirada restringida y pobre de los demás aspectos del asunto.
- d. Por ende, son escasas las concesiones que cada uno dará al otro.
- e. Y el estilo de los negociadores será competitivo y a veces agresivo.

Este modelo de negociación ha sido demonizado por las tendencias de la era colaborativa en esta materia. Pero creemos necesario rescatarlo por cuanto corresponde al perfil hispanoamericano, sin perjuicio de su morigeración a través de la mixtura de estilos, al combinarlo, como vimos, con la negociación colaborativa.

No debe confundirse este estilo de negociación con perfiles irascibles o poco elegantes. La negociación es un proceso, como el juicio, como el arbitraje y como la mediación, por lo que, de no haber intención de negociar, resulta innecesario apelar a estallidos o agresiones hacia el resto de los involucrados.

Así, un abogado cuyo rol en una mediación 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, porque la negociación y la mediación no son procesos que dispongan de mecanismos de impacto. Mecanismos que, en el lenguaje jurídico, podrían calificarse de inconducentes, extemporáneos, improcedentes.

No resulta conveniente pasar por alto este juego de la negociación de reparto ni el regateo, ya que conforman, más que un rito, una oportunidad que ningún negociador experimentado dejará pasar, por cuanto permite llegar lo más cerca posible al valor de reserva del oponente para confrontarlo con el propio. Ello abrirá la etapa transaccional.

Las posturas deben ser claras y a la vez 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 ganar.

Por ejemplo, en las negociaciones directas, cara a cara, si bien pueden reconocerse las concesiones, el obstáculo radica en que podrían considerarse ambiguas, por el valor que se otorgue a la oferta, por la desconfianza acerca de los motivos que la inspiran o por la intención que se adjudica al concedente, que habitualmente se traducen en frases que detienen la negociación, por ejemplo: “tengo la impresión que...”, “percibimos que...”, “intuyo que...”.

2.2.2 Características de la negociación distributiva - competitiva

- Es un juego competitivo.
- Focaliza en el regateo.
- No separa a la persona del problema.
- Negociación basada en posiciones (torta fija).
- No trabaja indagando intereses.
- Negocia en base al poder.
- Busca satisfacer metas propias.
- Solo hay un criterio válido para el negociador: el propio.
- Rompe o deteriora la relación.

- No plantea acuerdos mejorables.
- Llega a acuerdos arbitrarios e ineficientes.
- Suele ser modelo común en el juego de intercambios en la familia, entre los abogados, etcétera.

2.2.3 Perfil del negociador distributivo duro

- Es competitivo en extremo. Se lo conoce como negociador duro.
- Solo hay un criterio: el propio. La única posibilidad es su postura.
- No escucha ni admite otra posición. Ingresa a la negociación sin predisposición al intercambio.
- No cede. La concesión es para él signo de debilidad.
- Gira negociando desde posiciones. No indaga intereses.
- Busca satisfacer únicamente metas propias.
- No cuida ni le interesa la relación. No vacila en deslegitimar a las personas y a los temas que se plantean.
- Desarrolla un juego competitivo ganar-perder y de regateo (torta fija).

2.2.4. Un tercer modelo: la negociación integrativa

Presentados ya los dos modelos que se ubican en estilos extremos, cabe preguntarse por su integración. Qué sucede si, a pesar de todo lo expuesto, se producen situaciones de mixtura como estas:

1. Si, una vez satisfechos los intereses de cada uno, subsiste materia para repartir. Por ejemplo, los dos negociadores quieren fundamentalmente lo mismo.
2. Si a uno o a ambos negociadores no les interesa la relación con el otro, pero sí el objeto. Por ejemplo, el cobro de documentos endosados.
3. Si estratégicamente se plantea avanzar distribuyendo valor, porque ganar unilateralmente es el objetivo, pero necesita que sus oponentes subsistan. Por ejemplo, posicionar primero productos en el mercado, sin caer en monopolios.

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

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

La negociación es un arco flexible a la compatibilización y a la distribución de motivos, posiciones, intereses y necesidades de cada uno y de diversa índole. Será flexible siempre que ayude a crear más valor para repartir, pero que acepte, también, la distribución para el intercambio y, como natural, la tendencia a una pretensión mayor (ganar más); o sea, mientras acepte competir y no tan solo colaborar.

En definitiva, todas las negociaciones, tienen algo de competitivas y algo de cooperativas, por lo mismo que existen intereses para compartir colaborativamente e intereses para distribuir, previo debate. Comenzando por un extremo u otro, según la estrategia de cada negociador.

Llamamos a este tipo mixto de negociación estratégica negociación integrativa, por integrarse con la negociación colaborativa, la distributiva y la transacción. Nuestro país muestra mayor adhesión a este modelo.

- ✓ Los competidores pujan por una victoria personal (por estilo o perfil).
- ✓ Los cooperadores buscan una ganancia conjunta (por perfil o conveniencia).
- ✓ Todos usan la transacción como último paso.

2.2.5. Transacción como etapa final y de cierre de una negociación

Ampliado el campo de negociación colaborativamente y habiendo distribuido la mayor parte de las cosas-objetos de intercambio, suele quedar un remanente que es necesario manejar cuidadosamente para no desbaratar el trabajo realizado. Hay que tener en cuenta esta regla: en general, se realizan grandes concesiones al inicio, pero, hacia el final, la negociación puede fracasar por un monto ínfimo que esconda el verdadero interés o necesidad (por ejemplo, el interés de uno en mantener la relación afectiva con el otro que pende de ese frágil y último eslabón; la necesidad de conservar el prestigio no cediendo de más, etcétera).

De allí la importancia de revisar los conceptos básicos de esta etapa de cierre.

Nos referimos a transacción como a la concesión que se hace al adversario a fin de concluir una disputa aun en estado cierto de tener la razón. Se contempla así a la transacción por el objetivo (conseguir certidumbre acerca de un derecho o relación

jurídica pendiente) y por los medios para alcanzarlo (intercambio recíproco de sacrificios y renunciamentos).

Puede definirse en sentido clásico como un “acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas”⁵.

Se trata de una convención específica que se define por el fin perseguido y por los medios escogidos para lograrlo: el fin es obtener la certidumbre acerca de un derecho o relación jurídica pendiente; los medios, las concesiones recíprocas entre las partes. (Llambías, 1987, p. 71).

Un sector importante de la doctrina considera a la transacción como un contrato o una convención. Con dos elementos: 1° concesiones recíprocas; 2° que estas concesiones se hagan con el fin de extinguir obligaciones litigiosas o dudosas.

Si bien las formas pueden ser libres entre las partes (verbal, simples escritos), a la hora de hacerse efectiva requiere de formalidad y solemnidad. Pero hasta la presentación en el juicio del escrito de la transacción, las partes pueden desistir de ella. En caso de ser una transacción judicial, la forma es de solemnidad absoluta.

2.2.6. La visión integradora de la transacción: acuerdo y modo de solución de conflictos

Dentro de un enfoque más amplio, se define a la transacción por el objetivo: conseguir certidumbre acerca de un derecho o relación jurídica pendiente. Y por los medios para alcanzarlo: intercambio recíproco de sacrificios y renunciamentos (Vázquez, 2012).

Desde un punto de vista “sustancial”, la transacción muestra renunciaciones parciales y, cuando tiene proyección en el proceso jurisdiccional, resulta ser un doble desistimiento: del actor de su pretensión y del demandado a su oposición.

La transacción estaría mostrando, así, dobles renunciaciones parciales (de ida y vuelta) y, de tener proyección en el proceso jurisdiccional, resultaría ser un doble desistimiento, del actor de parte de su pretensión y del demandado a parte de su oposición.

⁵ Art.832. Código Civil Argentino. (1871). Honorable Congreso de la Nación Argentina. Recuperado de <https://bit.ly/2Rjk8Lo>

Una doble o mutua adaptación ya que, en los procesos de avenimiento modernos, antes de transar (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, cambiando la percepción de los hechos, de la realidad compartida, 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. Cuando se usa este término, se connota con ese significado y extensión.

Conforme la doctrina moderna (Masciotra, 2012), haremos extensiva la transacción al propósito que se cumplan y reconozcan las obligaciones asumidas; a la posibilidad de generar nuevas; o bien a la sustitución de una obligación por otra; y aceptando que la transacción no queda circunscripta a derechos obligacionales, por el contrario, puede referirse a derechos reales, hereditarios y de familia. Es decir, incluye todas las relaciones de derecho privado en las cuales no estuviere comprometido el orden público, derechos irrenunciables, estado de las personas. Admitiéndose la transacción mientras sea sobre aspectos patrimoniales vinculados con ellos.

Sin perjuicio del alcance que se dé a la transacción, carácter netamente contractual o emplazada entre los modos de extinción de las relaciones obligatorias, puede integrarse válidamente con el de otros y más recientes que advierten que con la transacción también pueden nacer o reconocerse obligaciones.

La visión integral (que es la que tomamos por su utilidad, tanto para el negociador, el mediador y el conciliador como para el abogado) puede ser contemplada desde varios aspectos: a) como contrato, teniendo en cuenta los derechos disponibles y los que no lo son, las materias sobre las que se puede o no contratar, etcétera; b) como modo de extinguir, reconocer, cumplir o contraer obligaciones, debiendo atenerse, para su validez jurídica, a las reglas formales correspondientes. Ambos aspectos deben observarse para validez y eficacia de los acuerdos obtenidos -ley para las partes-.

Por aquello de que es extremadamente más difícil cooperar -autocomponer a medida- que competir⁶, insistimos en que la negociación es 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 solo se negocia sustancia

⁶ Véase en Teoría de Juegos, juegos colaborativos de suma variable, entre otras, en Nash, J. (1950). *Equilibrium points in N-Person Games*. USA: Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America.

(cosas), sino también relaciones con quienes tienen aquellas cosas que se desean para sí.

Se advierte hoy una marcada propensión hacia las etapas pre: preparación unilateral o con el cliente -no del cliente-, prenegociación y premediación. Es sustancial y relevante para el negociador el asesoramiento puntual, el manejo razonable de probabilidades y expectativas realistas (costo de opciones y alternativas, recursos de poder para obtenerlas, consecuencias posteriores y el tiempo, en tanto factor determinante de oportunidades).

La praxis en la participación de la mixtura de modelos de negociación y el hábito en el manejo de la conjunción de las razones de cada parte con negociadora posibilitan acercarse a la meta conjunta para ganancia de todos, ya que, habiendo parámetros objetivos, subjetivos y éticos, es probable acercarse a un resultado operativo y satisfactorio a través de un buen manejo de la distribución del objeto negociable que conduzca a una transacción sin sacrificio y con opciones de ganancias aceptables. Esto conforma la base de una verdadera negociación operativa bilateral sin abandonar las preferencias subjetivas, previamente trabajadas en la etapa de preparación de la negociación.

Referencias

Código Civil Argentino. (1871). Honorable Congreso de la Nación Argentina. Recuperado de <https://bit.ly/2RJk8Lo>

Di Pietro, M.C. (2017). *Mediación en Córdoba*. Córdoba: Ed. Alveroni.

Drummond, H. (1992). *Decisiones efectivas*. Bogotá: Legis.

Fisher, R., Ury, W. y Patton, B. (1995). *Sí... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*. Buenos Aires: Grupo Editorial Norma.

LLambías, J. (1987). *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Perrot.

Masciotra, M. (2012). Transacción. Una institución de Derecho sustancial y de Derecho Procesal. En *Revista de Derecho Procesal*, 2012 (1).

Vázquez, O. E. (2012). Conciliación y Transacción. Distinciones, coincidencias y operatividad. En *Revista de Derecho Procesal*, 2012-(1), 77-152.

[Imagen sin título sobre ganar-ganar]. 2013. Recuperado de <https://bit.ly/3fUKCII>

[Imagen sin título sobre iceberg]. (s. f.). Recuperado de <https://bit.ly/34tNPTD>

[Imagen sin título sobre la ley]. (s. f.). Recuperado de <https://bit.ly/34mfdD5>

[Imagen sin título sobre parámetros]. (s. f.). Recuperado de <https://bit.ly/2R27yql>