
LA CONCILIACIÓN PREVIA EN EL URUGUAY A LA LUZ DE LA TEORÍA DE LA NEGOCIACIÓN LEGAL

ADY BEITLER

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN. II. ANÁLISIS DE LA EFECTIVIDAD DEL INSTIUTO DE LA CONCILIACIÓN PREVIA EN URUGUAY.
III. MARCO TEÓRICO SOBRE LA NEGOCIACIÓN COMO MÉTODO DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS.
IV. EL ICP URUGUAYO FAVORECE Y FOMENTA LA NEGOCIACIÓN POSICIONAL. V. RAZONES DE LA FALLA DEL ICP URUGUAYO.
VI. CONCLUSIÓN GENERAL. POSIBLES SOLUCIONES.**

I. INTRODUCCIÓN

El Instituto de la Conciliación Previa (en adelante "ICP") en nuestro país ha sido históricamente deficiente. Las últimas estadísticas oficiales publicadas por el Poder Judicial revelan que menos del 12% de las audiencias de conciliación convocadas logran conciliar la disputa. Asimismo, y aún cuando obligatoria, en más del 30% de los casos el citado ni siquiera comparece a la audiencia.

Esta tesina consiste en una investigación teórica de las causas de esta deficiencia operativa del ICP. Concluye que la principal razón de dicho fenómeno es la falta de oportunidad para las partes de involucrarse en lo que se conoce como "Negociación Resolutoria"¹. Y ello por dos razones:

- a) Las partes no son provistas de la mínima información necesaria como para explorar sus verdaderos intereses en el conflicto, y
- b) Las partes carecen de un marco adecuado para negociar una solución

El Código General del Proceso y el ICP están diseñados de tal manera que las partes no solamente se ven impedidas de sumergirse en una Negociación Resolutoria durante la audiencia, sino que están fuertemente inducidas a adoptar un estilo de negociación conocido como Negociación Posicional. Esto limita sustancialmente las posibilidades de obtener acuerdos mutuamente beneficiosos que permitan la autocomposición pacífica del conflicto. Nuestra posición, que desarrollaremos e intentaremos demostrar en esta Tesina, es que la autocomposición de una disputa judicial tiene mucho más posibilidades de alcanzarse cuando las partes adoptan el estilo de negociación resolutorio, y no el posicional.

Por ser un método de autocomposición de conflictos en el que solamente las partes pueden dictar los términos de la resolución de su disputa, por la imposibilidad de involucrarse en una forma de negociación que pueda crear valor, y más aún, por el necesario protagonismo de un estilo de "Negociación Posicional", la conciliación o transacción es raramente lograda. La presencia de un Magistrado en la audiencia de conciliación no ofrece ayuda significativa, visto que se encuentra limitado por su sobrecargada agenda, y sobre todo por la falta de información sobre los verdaderos intereses de las partes, lo cual coarta su posibilidad de proponer soluciones mutuamente beneficiosas al conflicto.

Para apoyar estas conclusiones, transitaremos por cuatro premisas lógicamente necesarias:

- 1) Concluir que efectivamente el sistema de conciliación previa en Uruguay es ineficiente;
- 2) Analizar los posibles enfoques o actitudes que las partes pueden adoptar para resolver su disputa (Negociación Posicional vs. Negociación Resolutoria);
- 3) Analizar el ICP, y decidir qué tipo de negociación propone o fomenta; y,
- 4) Analizar el impacto de la conclusión obtenida en el numeral anterior sobre el sistema de conciliación previa en Uruguay

¹ En inglés se dice "Problem Solving Negotiation".

Por último, esta tesina explora las alternativas para mejorar la eficiencia del ICP, las cuales están principalmente relacionadas con la necesidad de una etapa previa de intercambio de información entre las partes. Una reforma del CGP se avizora, entonces, como necesaria.

II. ANÁLISIS DE LA EFECTIVIDAD DEL INSTITUTO DE LA CONCILIACIÓN PREVIA EN URUGUAY

A) Breve aproximación normativa al Instituto de la Conciliación Previa en el Derecho Uruguayo

En pleno entendimiento del rol subsidiario del Poder Judicial, el sistema uruguayo de resolución de disputas fomenta institucionalmente la autocomposición de los conflictos entre particulares. En este sentido, y como regla general, antes del comienzo de cualquier proceso civil las partes deben someterse a una audiencia de conciliación previa², a fin de buscar su propia solución al conflicto que las afecta.

El artículo 255 de nuestra Carta Magna preceptúa que “no se podrá iniciar ningún pleito en materia civil sin acreditarse previamente que se ha tentado la conciliación...”. En el mismo sentido, el artículo 293 del Código General del Proceso dice que “antes de iniciar cualquier proceso deberá pedirse audiencia para intentar la conciliación con el futuro demandado...”.

Conforme al artículo 337 del Código General del Proceso, “el proceso ordinario será precedido por la conciliación...”. Quiere decir que, de regla, la audiencia de conciliación se lleva a cabo antes que la parte citante haya presentado la demanda en el eventual juicio principal. Si esto no fuera así, el artículo 298 del citado cuerpo manda suspender los trámites del juicio hasta tanto no se acredite haber tentado la vía conciliatoria.

Esta solución normativa es producto de la creencia existente entre nuestros juristas, de que los conflictos que son resueltos por las propias partes tienen un efecto más pacificador y satisfactorio que si la decisión fuera impuesta por un tercero ajeno al conflicto.

Asimismo, cabe destacar que los Magistrados encargados de dirigir la audiencia de conciliación no son los mismos que eventualmente van a resolver el juicio que puede suscitarse, si el intento de autocomponer falla. El legislador uruguayo correctamente previno cualquier prejuzgamiento en este sentido. La competencia de los jueces que vayan a dirigir la audiencia de conciliación varía según un criterio de territorialidad, conforme al lugar donde se desarrolle el eventual juicio, en caso de fallar la tentativa autocompositiva. Para los casos en que el juicio se dirima ante tribunales de la Capital, existen cuatro juzgados especializados de Conciliación. Si, en cambio, el eventual juicio cae bajo competencia de juzgados del interior, entonces los jueces a cargo de presidir la audiencia de conciliación son los Jueces de Paz.

Como corolario de la obligatoriedad de la tentativa de conciliación previa, existen consecuencias expresamente establecidas por el Código General del Proceso para la falta de comparecencia de las partes:

a) Si el citante no comparece, la audiencia no tiene lugar (art. 295.3), y se deberá solicitar nueva fecha para poder proseguir con la vía contenciosa (art. 298).

b) Si el demandado no comparece, la audiencia tiene lugar de todas maneras, y una vez en juicio, el demandado se verá perjudicado con una presunción simple en su contra respecto de los hechos alegados por el actor (art. 295.3).

En suma, el sistema de conciliación previa es una instancia autocompositiva preceptiva, presidida por un juez, cuyo rol es fomentar el acercamiento de las partes de modo de lograr que solucionen por sí mismos la disputa que los afecta. Se trata, en definitiva, del ámbito oficial que el Estado brinda a las partes para que eviten la vía contencioso-adjudicatoria.

Y porque la demanda aún no ha sido presentada al tiempo que tiene lugar la audiencia de conciliación, ni las partes ni el juez que la preside tienen conocimiento de la prueba con que cada una cuenta para apoyar sus alegaciones.

² Existen algunas excepciones previstas en el Artículo 294, pero su análisis escapa al objeto de este trabajo.

B) Algunas estadísticas sobre la eficacia del instituto de la conciliación previa

La siguiente información estadística publicada por el Poder Judicial,³ revela la baja efectividad del ICP en Uruguay.

Las últimas estadísticas oficiales estudian el ICP en el año 2003 en Montevideo, y arrojan que solamente el 6,4% de las audiencias fueron completamente exitosas, tal como se refleja en la siguiente tabla:

| Juzgado | Rebeldía | No Logradas | Logradas Parcialmente | Logradas Totalmente | Prorrogadas en Comparendo | Prorrogadas de mandato verbal | No Realizadas | Total convocadas |
|---------|----------|-------------|-----------------------|---------------------|---------------------------|-------------------------------|---------------|------------------|
| 1º | 32,2% | 28,8% | 0,1% | 6,1% | 5,1% | 16,0% | 11,8% | 100,0% |
| 2º | 28,4% | 29,0% | 0,3% | 6,5% | 8,1% | 10,0% | 17,6% | 100,0% |
| 3º | 35,2% | 30,6% | 0,0% | 5,8% | 3,5% | 18,7% | 6,2% | 100,0% |
| 4º | 33,3% | 31,3% | 0,0% | 7,0% | 2,2% | 14,7% | 11,5% | 100,0% |
| TOTAL | 32,1% | 29,9% | 0,1% | 6,4% | 4,8% | 14,7% | 12,0% | 100,0% |

A la hora de analizar estos datos, debemos tomar en cuenta que existen dos factores que obligan a matizar los resultados obtenidos. En primer lugar, que muchas veces el citado es una entidad estatal o una aseguradora privada, y que según informan los Jueces de Conciliación, estos tienen por política no conciliar. Asimismo, debe tenerse en cuenta que hay audiencias por un mismo caso que se convocan más de una vez, lo cual disminuye el porcentaje de las conciliaciones logradas.

En pos de mayor rigor, la siguiente tabla representa el porcentaje de audiencias exitosamente conciliadas sobre el total de las audiencias celebradas en comparendo, es decir, que contó con la asistencia de ambas partes:

| Juzgado | Logradas |
|---------|----------|
| 1º | 17,5% |
| 2º | 18,4% |
| 3º | 15,8% |
| 4º | 18,2% |
| TOTAL | 17,5% |

Si bien el porcentaje aumenta sensiblemente, estos matices no erradican el problema de base, que es la ineficiencia del ICP. En el Estado de Illionois, Estados Unidos, por ejemplo, el 58% de los casos sometidos a mediación judicial durante el 2005 fueron conciliados exitosamente⁴. El mismo porcentaje presentó la Corte Federal del Commonwealth Australiano, en un promedio histórico desde 1987 al presente⁵.

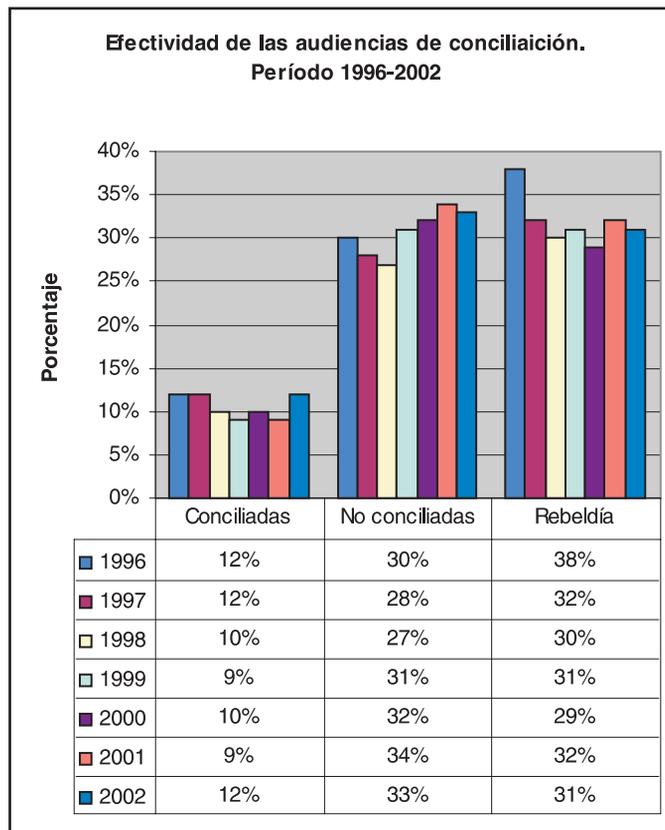
A nivel nacional, los datos disponibles de los últimos seis años estudiados⁶ nos dicen que solamente un 10,6% de las audiencias de conciliación convocadas tuvieron éxito, que en el 30,6% de los casos la parte citada no compareció ("audiencia en rebeldía"), y que en el 30,7% de los casos fue el propio citante quien no compareció.

³ www.poderjudicial.gub.uy

⁴ www.caadrs.org

⁵ www.ag.gov.au

⁶ Las últimas estadísticas fueron publicadas por el Poder Judicial en octubre de 2004, y refieren a la actividad en Montevideo en el año 2003. También la información disponible a nivel nacional, que data del período 1996-2002. Según nos informaban en el propio Poder Judicial, los resultados no han variado significativamente desde entonces, y visto que el presente es un estudio teórico de las aparentes fallas del sistema, esta recolección nos sigue reportando extrema utilidad.



Asimismo, los resultados varían significativamente entre Montevideo y el interior del país. Existe una tendencia a que la efectividad de las audiencias de conciliación aumente en los Departamentos de menor población del país.

En el año 2002, por ejemplo, mientras que en Montevideo la efectividad de las audiencias de conciliación fue tan solo del 4,7%, en el interior del país la efectividad fue del 11,7%. En el interior del país, en las zonas de menor densidad poblacional, esto es, las zonas rurales, la efectividad rondó en el 58%, mientras que en las ciudades del interior con más densidad poblacional, la efectividad rondó el 16%.

Más aún, en el 2002 se constataron resultados similares. Mientras que en Montevideo menos del 6% de las audiencias de conciliación tuvieron éxito, en el resto del país el promedio fue del 17%. Y entre los departamentos del Interior, en las zonas rurales menos pobladas el porcentaje de éxito rondó el 46%, mientras que en las zonas más pobladas del interior el porcentaje rondó el 16%.

A la luz de estos resultados, se hace necesario estudiar sus causas. Como dijimos en la parte introductoria, dicho estudio se hará a la luz de la teoría de la negociación como método alternativo de resolución de disputas, cuyos fundamentos son plenamente aplicables al ICP, por las razones que expondremos a continuación.

III. MARCO TEÓRICO SOBRE LA NEGOCIACIÓN COMO MÉTODO DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

A) Encuadre general

La conciliación como método alternativo de resolución de disputas, es un tipo de mediación. De hecho, las diferencias entre ambos métodos son únicamente tangenciales, y son dos: (1) la mediación es puramente facilitativa, en el sentido de que el mediador no propone soluciones a la disputa, en tanto que la conciliación es evaluativa, esto es, que el juez puede sí proponer alternativas de transacción; y (2) la conciliación es

oficial, dirigida por un Magistrado. Por el resto, ambos métodos de resolución de disputas funcionan de la misma manera.

El sistema de conciliación previa uruguayo es un método alternativo, autocompositivo, de resolver un conflicto. En este sentido, la suerte de la audiencia va a estar signada por la voluntad de las partes de conciliar, ya que son quienes tienen la última palabra a la hora de resolver la disputa. Esto conlleva que cualquier acuerdo conciliatorio sea, en última instancia, producto de una negociación entre ambas. Y ello sin perjuicio de la intervención del Magistrado, cuyo rol va a estar limitado a colaborar con el acercamiento de las partes y eventualmente a proponer soluciones mutuamente beneficiosas. No obstante, insistimos, siempre la última palabra a la hora de transar la tienen las partes mismas.

En definitiva, conciliación y mediación son, desde la teoría de la resolución de disputas, negociaciones dirigidas. En palabras de Leonard Riskin y James Westbrook, se trata de *“negociación facilitada por un tercero”*.

En consecuencia, resulta conceptualmente correcto decir que el suceso de una audiencia de conciliación va a depender, fundamentalmente, de la capacidad de negociación de las partes. Si las partes son capaces de encontrar los intereses comunes y las soluciones mutuamente beneficiosas para el conflicto, entonces la audiencia de conciliación habrá sido exitosa y las partes habrán transado el caso. Si, por el contrario, las partes no han sido capaces de lograr lo antedicho, el juez por sí solo no será capaz de resolver el conflicto, y la audiencia de conciliación estará condenada al fracaso.

Es por estas razones que se vuelve necesario analizar las diferentes modalidades de negociación, de modo de entender las causas de la ineficiencia del ICP en Uruguay. Si entendiéramos que la manera de negociar de las partes no es la adecuada, entonces habremos encontrado un obstáculo fundamental para el suceso del ICP. Los próximos tres capítulos se dedican a desarrollar este concepto.

En este capítulo se provee un estudio teórico de los dos grandes estilos de negociación moderna. Subsecuentemente se analizará el sistema de la conciliación previa a la luz de estos estilos, y finalmente en el capítulo E se analizará el impacto de estos hallazgos en la efectividad del ICP.

Pero antes de embarcar al lector en este análisis, daremos una explicación preliminar sobre los conceptos de *posición* y de *interés*, que son fundamentales para entender el marco teórico del arte de la negociación, y los estilos Posicional y Resolutorio.

Una *posición* es un reclamo o argumento que las partes hacen explícitamente cuando negocian, lo que los abogados llaman alegaciones. *Intereses*, por su parte, son los motivadores reales que yacen bajo las posiciones. En palabras de los Directores del Programa de Negociación de Harvard, Fisher, Ury y Patton: *“El problema básico en una negociación no yace en las posiciones conflictivas, sino en los conflictos entre las necesidades, deseos, preocupaciones y miedos de las partes ... Estos deseos y preocupaciones son los intereses. Los intereses motivan el actuar de las personas; son los móviles silenciosos bajo el ruido de las posiciones. Tu posición es algo sobre lo que tú has tomado una decisión. Tus intereses son las causas que llevaron a tal decisión”*⁸

B) Características de la Negociación Posicional

El enfoque comunmente adoptado para resolver cualquier tipo de disputas es el que Fisher, Ury y Patton denominan *“Negociación Posicional”*⁹: cada parte se aferra a una posición, argumenta a su favor, y eventualmente hace concesiones para lograr un acuerdo transaccional. En sus propias palabras, *“en la Negociación Posicional uno trata de optimizar las chances de que cualquier acuerdo sea favorable comenzando por una demanda o reclamo extremo, apegándose a él con necesidad, engañando a la otra parte sobre los verdaderos pensamientos de uno, y haciendo pequeñas concesiones cuando son necesarias para continuar con la marcha de la negociación”*¹⁰.

La Negociación Posicional es considerada por la doctrina más calificada como un método de orientación adversarial, un estilo competitivo, teñido de tácticas agresivas¹¹. Como dicen Riskin y Westbrook, *“la orientación adversarial está usualmente anclada sobre la asunción de que existen recursos limitados – como dinero, pelotas de golf o semillas – y las partes deben decidir cómo dividirlos ... Una orientación adversarial*

⁷ Riskin, Leonard y Westbrook, James, *Dispute Resolution and Lawyers*, 2nd Ed., 1998, p. 71.

⁸ Fisher, Roger, Ury, William y Patton, Bruce, *Getting to Yes*, 2ª Ed., 1993, p. 40

⁹ Fisher, Ury y Patton, Op. Cit., p. 3

¹⁰ Fisher, Ury y Patton, Op. Cit. p. 6

¹¹ Ver Riskin y Westbrook, Op. Cit., Mnookin, Robert, *Beyond Winning*, 2ª Ed. (2000), Craver, Charles, *The Intelligent Negotiator* (2002), y Shell, Richard, *Bargaining for Advantage* (1999).

naturalmente limita las estrategias designadas para maximizar las posiciones de los clientes con respecto al recurso en cuestión. Y las técnicas típicas incluyen aquellas designadas para sacar a la luz la situación de la otra parte, y simultáneamente engañar a la otra parte sobre la propia situación"¹²

Este tipo de negociación en el campo específico de la negociación legal, es descrito con exactitud por Donald Gifford: *"el negociador competitivo intenta maximizar el beneficio de su cliente convenciendo a su oponente de transar la disputa por menos de lo que hubiera logrado en un proceso negociador ... La estrategia apunta a convencer a la contraparte de que sus alternativas de transacción no son tan auspiciosas como creía ... En la merma de la confianza de la contraparte, los negociadores competitivos usualmente emplean una estrategia que incluye:*

1. una demanda inicial alta
2. revelación limitada de información sobre hechos y preferencias
3. pocas y pequeñas concesiones
4. discusiones y amenazas, y
5. *aparición de compromiso a las posiciones durante el proceso de negociación*"¹³

Fisher, Ury and Patton comentan que la victoria y la aplicación constante de presión a la contraparte son caracteres genuinos de la Negociación Posicional.¹⁴

El Profesor de Negociación de la Escuela de Negocios de Wharton, Richard Shell, describe la personalidad de un negociador competitivo de la siguiente manera: *"Sobre todas las cosas, a la gente competitiva le gusta ganar ... Quiénes son competitivos gustan de controlar las negociaciones, abriendo el proceso con demandas ambiciosas, usando amenazas y ultimátums, y hasta retirándose de la negociación como muestra de su compromiso con sus posiciones"*¹⁵

La Negociación Posicional es utilizada por negociadores que pueden considerarse muy exitosos, especialmente en casos en que el poder de negociación está de su lado. Así, J.P. Morgan, Donald Trump, Henry Kravis, Steve Huizenga (fundador de las multinacionales Blockbuster y Republic Industries), Steve Ross (fundador de Warner Co. y ex director ejecutivo de Time-Warner, que incluye entre sus productos el canal de noticias CNN y la productora de cine).¹⁶ Dicho estilo es incluso recomendado por la doctrina, pero en casos en que la futura relación con la contraparte no importe en absoluto y el conflicto actual sea importante¹⁷.

Una de las fuentes de su popularidad es el éxito de abrir la negociación con una demanda extrema. Como reconoce Charles Craver, *"visto que los negociadores tienden inexorablemente a moverse hacia un punto medio entre las posiciones iniciales, los negociadores proficientes intentan establecer ofertas iniciales que, promediadas con la oferta inicial que se anticipa que va a hacer la contraparte, se aproximan a sus objetivos buscados"*.¹⁸ En la teoría de la negociación, este efecto pendular se conoce como el efecto de "ancla y ajuste".

Como enseña Robert Mnookin, también Director del Programa de Negociación de Harvard, este estilo de negociación es el dominante por excelencia entre los abogados al transar disputas legales: *"Dado que el punto de referencia dominante normalmente es la proyección del suceso en juicio, los negociadores son usualmente muy 'distributivos' – esto es, un dólar más para un lado significa un dólar menos para el otro lado – los litigantes típicamente se enfocan en repartir la torta, y no en agrandarla"*.¹⁹

Existe un estereotipo cultural interiorizado que dicta que las negociaciones legales son más bien batallas legales. Más aún, es parte de un proceso de retroalimentación en el que los abogados piensan que se deben involucrar para ser efectivos en la mesa de negociación. Como expresa Mnookin, *"Los abogados generalmente entienden que las negociaciones duras y adversariales son la moneda común en el mundo legal ... Generalmente culpan a la otra parte. La mayoría de los abogados sostienen que son como interruptores, que se activan en su enfoque de negociación dependiendo de la conducta del abogado de la contraparte"*²⁰

¹² Riskin y Westbrook, Op. Cit., p. 72

¹³ Gifford, Donald, *A context-based theory of strategy selection in legal negotiation*, 46 Ohio St.L.J, 41, 45-58, 72 (1985)

¹⁴ Fisher, Ury y Patton, Op. Cit., p.13

¹⁵ Shell, Richard, *Bargaining for Advantage*, 1999, p. 11

¹⁶ Shell, Op. Cit. p.103, 123, 183

¹⁷ Shell, Op. Cit., p. 127

¹⁸ Craver, Charles, *Effective Legal Negotiation and Settlement*, 1993, p. 56-57

¹⁹ Mnookin, Op. Cit., p. 224

²⁰ Mnookin, Op. Cit. p. 205

C) Características de la Negociación Resolutoria

1) Descripción teórica

El enfoque resolutorio en negociación se enfoca en los intereses de las partes, en vez de las posiciones. Fisher, Ury y Patton lo llaman “negociación sobre principios”, Richard Shell, Charles Craver y Robert Mnookin la llaman “negociación resolutoria” y Donald Gifford prefiere denominarla “estrategia integrativa”.

Roger Fisher y William Ury dicen que los cuatro puntos fundamentales de este método son:

- 1) Separar las personas del problema
- 2) Enfocarse en los intereses y no en las posiciones
- 3) Inventar opciones mutuamente beneficiosas
- 4) Insistir en utilizar criterios objetivos

En lo que respecta al punto (2), los autores de *Sí, de acuerdo* comentan que la verdadera causa de los conflictos radica en los intereses y no en las posiciones, y por tanto, trabajando la negociación sobre la esfera de los intereses es que se llega a la raíz del problema, y se posibilita su solución estructural.

Riskin y Westbrook comentan que la Negociación Resolutoria “busca los intereses o necesidades subyacentes de todas las partes en disputa o transacción, y, por ello, tiende a producir estrategias designadas para promover la revelación y la relevancia de estas necesidades subyacentes. Las técnicas recomendadas incluyen aquellas dirigidas a incrementar el número de puntos negociables, esto es, ‘agrandar la torta’ antes de dividirla”.²¹

El concepto de “agrandar la torta”, como un objetivo fundamental de la Negociación Resolutoria ha sido estudiado por Robert Mnookin es un libro “*Más allá de la victoria*”. Mnookin introduce los conceptos “creación de valor” y “distribución de valor”, siendo el primero el paralelo de “agrandar la torta” y el segundo de “dividir la torta”. Reconoce que el objetivo de todo negociador debe ser la creación de valor a través del enfoque resolutorio. El autor divide la Negociación Resolutoria en dos etapas: la preparatoria y la que tiene lugar “en la mesa”.

La primera de las etapas, conforme Mnookin, consiste en:

- a) Identificar los puntos de conflicto (“issues”) y pensar en los intereses de ambas partes
- b) Contemplar oportunidades de creación de valor
- c) Conocer la mejor alternativa para un acuerdo negociado y, si es posible, mejorarla
- d) Establecer un nivel de aspiración ambicioso pero realista

“En la mesa”, un enfoque resolutorio exitoso incluye:

- a) Identificar los intereses, recursos y capacidades
- b) Generar oportunidades creadoras de valor
- c) Tratar los problemas distributivos como un problema común²²

Charles Craver provee un enfoque más práctico de la Negociación Resolutoria. Una vez que se está en la mesa, el autor recomienda al negociador:

- Comenzar con posiciones realistas
- Intentar maximizar el intercambio de información
- Fundarse en baremos objetivos para guiar la discusión
- Intentar maximizar los beneficios mutuos²³.

Según Richard Shell “*el estilo de negociación resolutoria es el más difícil de implementar. Busca descubrir el problema subyacente a través de una cándida comunicación de los intereses, encontrar la más elegante solución a través de la técnica de la lluvia de opciones, y resolver problemas difíciles utilizando estándares de división objetivos.*”²⁴

En resumen, parece existir un acuerdo entre la doctrina de la Negociación en el sentido de que la Negociación Resolutoria o la Negociación sobre Principios busca maximizar los resultados de la negociación para ambas partes. El objetivo es crear valor antes de distribuirlo; en otras palabras, agrandar la torta lo más posible antes de dividirla. También parece existir un acuerdo sobre el hecho de que para crear valor, para inventar opciones mutuamente beneficiosas, las partes deben enfocar la negociación en sus respectivos intereses y no en sus posiciones.

²¹ Riskin y Westbrook, Op. Cit., p. 72

²² Mnookin, Op. Cit., p. 11-42

²³ Craver, Op. Cit., p. 7

²⁴ Shell, Op. Cit., p. 11

Y para ello, como observa Craver, las partes deben maximizar el intercambio de información, de manera de que todos los actores de la negociación puedan conocer cuáles son los deseos y las preocupaciones en juego, creando así opciones que sean verdaderamente beneficiosas para ambas partes; *“desde que la negociación es por naturaleza un proceso de resolución de una disputa, debería ser aparente que los resultados fructíferos solamente pueden ser obtenidos cuando todos los participantes entienden los problemas subyacentes que deben ser resueltos. Es sólo llegado este punto que los negociadores pueden comenzar a reconocer y explorar las opciones relevantes y sus consecuencias”*²⁵

2) ¿Qué se requiere para embarcarse exitosamente en una negociación resolutoria?

Tal como reconocen Fisher, Ury y Patton, *“el beneficio de explorar detrás de las posiciones es claro. Cómo hacerlo ya es menos claro. Una posición típicamente es concreta y explícita; los intereses subyacentes pueden perfectamente ser tácitos, intangibles, y hasta inconscientes”*²⁶. La solución que los autores ofrecen para descubrir cuáles son los intereses de la otra parte es intuitiva y sencilla: preguntar *“¿por qué?”*: *“Examine cada posición y pregúntese a sí mismo: ‘¿por qué?’ ... Una de las maneras más útiles de descubrir los intereses es primero identificar la decisión básica que quienes están del otro lado de la mesa probablemente lo vean a Ud. pidiendo, y luego pregúntese a sí mismo por qué ellos no tomaron tal decisión. ¿Qué interés se está interponiendo en el camino?”*²⁷.

También Mnookin sugiere el método de indagación, de modo de descubrir los intereses de la contraparte, a través de preguntas tales como *“¿qué es importante para Ud.”*, *“¿por qué?”*, *“¿por qué no?”*, *¿Qué más debo saber?”* etc²⁸. Pero Mnookin da un paso más allá, y recomienda que este tipo de preguntas sean parte de una actitud más general que debe adoptar todo buen negociador: *“Sea curioso respecto de su contraparte ... Pregúntese a sí mismo: ‘¿Cuál es la historia de la contraparte?’*, *‘¿Qué es lo que ellos están contándole a sus amigos y colegas sobre esta situación?’*. *Nosotros tendemos a contarnos historias todo el tiempo, y la contraparte indudablemente tendrá una historia respecto del objeto de la negociación. Cuando se prepare, si Ud. no puede imaginarse cómo es que la situación tiene sentido desde el punto de vista de su contraparte, eso indica que Ud. debe adquirir más información de su contraparte ... No asuma que conoce la historia de su contraparte, porque probablemente esté equivocado. Yaún cuando luego resulte que ha estado sustancialmente en lo correcto, será más efectivo si comienza con una actitud de curiosidad respecto de cómo el otro ve el mundo”*²⁹.

Luego de que los intereses comunes han sido identificados, la doctrina sugiere que, para generar opciones creadoras de valor, lo más efectivo es involucrarse en una sesión de lluvia de ideas, en una atmósfera informal, en el que toda crítica de dichas ideas sea prohibida.

Mnookin también identifica como fuentes creadoras de valor: (i) las diferencias entre las partes, (ii) las similitudes no conflictivas, (iii) la economía de escala y alcance, y (iv) la reducción de los costos de transacción y oportunismo estratégico.³⁰ La primer fuente se relaciona con la regla de oferta y demanda: una parte prefiere una cierta suma de dinero a un objeto que posee. La otra parte prefiere el objeto al dinero. En este caso esta diferencia crea el ambiente para realizar un negocio. La segunda fuente habla por sí misma. En cuanto a la tercera fuente, ella surge cuando más de un producto o servicio puede ser producido utilizando los mismos recursos básicos. La última fuente se relaciona específicamente con negociaciones sobre disputas legales: los abogados pueden crear valor resolviendo las disputas legales sin entrar en caros y desgastadores juicios, reduciendo por tanto los costos de transacción.

Charles Craver identifica ciertos pasos estratégicos para envolver a las partes una Negociación Resolutoria.³¹ El primer paso está relacionado con la fase de intercambio de información. Recomienda obtener tanta información relevante de la situación de la contraparte como sea posible, a través de preguntas generales y abiertas. En esta etapa la paciencia paga: *“Los participantes deben proceder lentamente durante la fase de información. La paciencia es generalmente retribuida con mayor conocimiento ... Cuando la ansie-*

²⁵ Craver, Charles, *Effective Legal Negotiation and Settlement*, 2nd Ed., 1993, p. 82-83

²⁶ Fisher, Ury y Patton, Op. Cit., p. 44

²⁷ Fisher, Ury and Patton, Op. Cit., p. 44

²⁸ Mnookin, Op. Cit., p. 35

²⁹ Mnookin, Op. Cit., p. 58

³⁰ Mnookin, Op. Cit., p. 15-27

³¹ Craver, Op. Cit., p. 79-105.

*dad precipita una fase de intercambio de información abreviada, los negociadores hiperactivos pueden fácilmente perder señales cruciales – verbales y no verbales – que emanan de la contraparte ... La coartada interacción puede así culminar en un acuerdo final que no es tan beneficioso como aquel que se hubiese obtenido si el proceso de averiguación se hubiese desenvuelto con más voluntad*³².

Craver también sugiere que el negociador debe aprender tanto como sea posible sobre la experiencia personal y las habilidades del abogado de la contraparte. El objetivo es advertir qué tipo de tácticas suele usar el adversario, y cómo responde antes las distintas técnicas de negociación: *“¿Acaso el abogado de la contraparte es un fiel creyente que no ve los méritos de las posiciones expuestas por otros o es un individuo pragmático que reconoce que los negociadores son meros abogados de las posiciones de sus respectivos clientes?”*³³.

Richard Shell opina que una buena fase de intercambio de información debe tener los siguientes propósitos:

- desarrollar un acercamiento entre los negociadores
- explorar los intereses subyacentes, puntos conflictivos, y percepciones que preocupan a las partes; y
- probar inicialmente las expectativas basándose en el poder de negociación de cada parte³⁴.

En cuanto al primer propósito, Shell recomienda comenzar el proceso de comunicación en el contexto de una relación de persona a persona. Y para ello, el autor incentiva a los negociadores a encontrar algún interés en común, pasión, o experiencia que no esté relacionada con el objeto de la negociación. Para lograr el segundo propósito, Shell sigue el enfoque ortodoxo ya elicitado por Fisher, Ury y Patton: hacer preguntas. El tercer paso es una consecuencia del anterior, y simplemente consiste en reconocer el poder de negociación de ambos negociadores.

En conclusión, parece existir un acuerdo entre la doctrina en el sentido de que para entablar en una Negociación Resolutoria, las partes deben obtener tanta información de la contraparte como sea posible, a fin de reconocer los intereses en juego en la negociación. En palabras del ex Director Ejecutivo de First Union Corporation: “Ud. debe sacar de foco sus propios deseos y necesidades y aprender todo lo que pueda sobre qué es significativo para la otra persona. Y mire que no siempre es un millón de dólares”³⁵. Y ello requiere tomarse tiempo y preparación para hacer las preguntas adecuadas, para desarrollar una relación con la contraparte, para involucrarse en una fructífera lluvia de ideas, para interpretar todos los signos verbales y no verbales, y para identificar todas las posibles fuentes creadoras de valor en la negociación. Finalmente, el logro de estos objetivos depende de la actitud que los negociadores demuestren “en la mesa”: paciencia y curiosidad son esenciales.

IV. EL ICP URUGUAYO FAVORECE Y FOMENTA LA NEGOCIACIÓN POSICIONAL

Habiendo analizado los dos principales enfoques o técnicas de negociación moderna, es tiempo de determinar cuál de ellos es el fomentado por el ICP uruguayo.

En nuestra opinión, el ICP condiciona fuertemente a las partes a adoptar el estilo posicional. Ello por dos fundamentos. El primero es negativo: el sistema procesal uruguayo y el ICP, tal cual están diseñados, imposibilitan que las partes adopten un estilo resolutorio en la audiencia de conciliación. El segundo fundamento es corolario del primero, y es positivo: el ICP deja a las partes como única alternativa la Negociación Posicional.

A) El ICP uruguayo está diseñado de una forma que imposibilita que las partes adopten una Negociación Resolutoria

En nuestra opinión, el sistema procesal uruguayo y en particular el ICP impiden que las partes adopten el estilo resolutorio de negociación, por las siguientes razones:

- a) las partes no son provistas de suficiente información sobre el caso de la contraparte
- b) las partes se enfrentan a serios constreñimientos de tiempo

³² Craver, Op. Cit., p. 81

³³ Craver, Op. Cit., p. 88

³⁴ Shell, Richard, *Bargaining for Advantage*, 1999, p. 132-155.

³⁵ Shell, Op. Cit., p. 78

- c) un juzgado no es el ambiente ideal para favorecer dicho enfoque de negociación
- d) culturalmente, existe un conflicto de agencia legal

1) Falta de información para sacar a la luz los intereses

De acuerdo con las normas procesales uruguayas, la prueba que las partes presentan en juicio se revelan a la contraparte con el traslado de los escritos de demanda y contestación. Según los artículos 118 y 131 del Código General del Proceso, las partes deben acompañar la prueba documental en su poder con la demanda y contestación, deben en el mismo acto identificar el nombre de los testigos propuestos y el objeto de su testimonio, y deben solicitar el diligenciamiento de prueba en poder de terceros. Visto entonces que la audiencia de conciliación se lleva a cabo antes de la presentación de la demanda y contestación, las partes se limitan a asistir a dicha audiencias sin ningún conocimiento de los reclamos fundados de las partes, y su base probatoria.

En Uruguay, a diferencia por ejemplo de Estados Unidos, las partes no están obligadas y no acostumbran a compartir información antes de que la demanda y contestación hayan sido presentadas. Los abogados tienden a proteger celosamente su prueba durante las etapas previas al juicio.

Bajo estas circunstancias, el consejo de la doctrina de intercambiar tanta información como sea posible antes de sentarse a negociar, se ve impedido por el funcionamiento del sistema. En consecuencia, ni la anticipación de los intereses de la contraparte es posible, y mucho menos la creación de acuerdos transaccionales mutuamente convenientes.

La audiencia de conciliación es la primera oportunidad oficial que tienen las partes para enfrentar su conflicto e intentar resolverlo, no siendo costumbre que las partes tengan nutridos intercambios negociales antes del juicio. Nos preguntamos, entonces, cómo es que las partes pueden razonablemente anticipar los intereses encubiertos que están en juego en el caso si ni siquiera conocen sus posiciones, es decir, sus reclamos concretos. Más aún, y dado que es generalmente aceptado entre los abogados locales que la conciliación previa es raramente útil a los efectos transaccionales (tal como se refleja en las estadísticas vistas), no es extraño que ni los abogados mismos conozcan los intereses de su cliente en el caso concreto.

En resumen, es casi imposible lograr soluciones mutuamente beneficiosas en una audiencia de conciliación en la que no hay información sobre la prueba que da soporte a las alegaciones de la contraparte, porque las partes van a negociar a ojos vendados.

En palabras de Charles Craver: *“Los abogados deben emplear técnicas formales e informales para obtener toda la información relevante de la contraparte a la hora de negociar. Deben avocarse al entendimiento acabado de las necesidades subyacentes y los intereses de sus adversarios, ya que esto les permitiría formular propuestas que sean beneficiosas para ambas partes”*³⁶. Sin lo anterior, los acuerdos mutuamente beneficiosos, esenciales en sistemas autocompositivos, son muy difíciles de obtener.

2) La audiencia de conciliación padece problemas de constreñimiento de tiempo

En un escenario normal, en la audiencia de conciliación encontramos dos partes que se ven frente a frente por primera vez, listas para transar el caso. Nadie sabe nada del caso de la contraparte, y esta es la única audiencia de conciliación antes de ir a juicio. Si bien cojas, las partes aún no murieron en el intento. De alguna manera podría darse que las partes voluntariamente se involucren en una Negociación Resolutoria. Durante la audiencia pueden descubrir sus intereses a través de preguntas y distintas técnicas de intercambio de información. Con la ayuda del Juez, quizás lleguen a buscar opciones mutuamente beneficiosas, y hasta lograr un acuerdo.

No obstante, las partes deberán enfrentar un segundo enemigo, este ya casi letal: el tiempo. Conforme las últimas estadísticas publicadas, en el año 2003 en Montevideo se convocaron 15.884 audiencias, de las cuales se realizaron 13.980. Si lo dividimos equitativamente entre los cuatro Juzgados existentes³⁷, surge que cada

³⁶ Craver, Op. Cit., p. 52

³⁷ Sabemos que en la realidad la división no fue exactamente equitativa entre los cuatro Juzgados; no obstante, esta suposición la hacemos a los solos efectos didácticos, y sabiendo que de todas maneras una distribución distinta, basada en las pequeñas diferencias reales, no modifica los resultados finales.

Juzgado presidió 3495 audiencias en el año. Ello da un promedio de casi 18 audiencias diarias. Considerando que, en el mejor de los escenarios, un juez trabaje 8 horas por día dedicado exclusivamente a las audiencias, esto retorna un promedio de 26 minutos por audiencia.

Es bastante obvio, y sin perjuicio de la posibilidad de posponer las audiencias para una instancia ulterior, que la audiencia de conciliación no puede ser el ámbito adecuado para que las partes comiencen con la exploración de sus intereses, a través del método de averiguación exhaustiva. Es asimismo evidente que la audiencia de conciliación no es el ámbito adecuado para hacer una tormenta de ideas sobre los intereses compartidos y las soluciones creadoras de valor. Y ello simplemente porque no hay tiempo. Las partes deben negociar mucho antes de llegar a la audiencia de conciliación, y hacer de esta un instrumento para pulir los detalles más ríspidos de la negociación, con la ayuda de un magistrado especializado, y homologar oficialmente el acuerdo.

3) Un juzgado no representa el ambiente adecuado par que las partes se involucren en una negociación resolutoria

Un juzgado, como espacio físico, ciertamente no es el lugar apropiado para involucrar a las partes en una Negociación Resolutoria. La creatividad es necesaria para inventar soluciones mutuamente ventajosas, y la confianza debe fluir entre las partes, para dar la información necesaria. Un Juzgado, con un Juez presente, no constituye ni el lugar ni el ambiente apropiado para negociar. Según Craver, *“la mayoría de los individuos se siente más confortable en entornos familiares, y por tanto prefieren, si es posible, negociar en su propio ambiente. Aquellos que deseen propiciar la sesiones de negociación ‘ganar/ganar’ deberían utilizar una mesa redonda en la cual las sillas no estuvieran enfrentadas ... Asimismo debe asegurarse el desarrollo de un ambiente hospitalario, no amenazante”*³⁸.

Definitivamente un Juzgado no es un ambiente “hospitalario” para nadie. Aún cuando los abogados estén acostumbrados a estar frente a un juez, siempre existe una impronta de tensión que inhibe la creatividad.

4) Existe asimismo un conflicto de agencia legal

Un problema local interesante, conjuntamente con un conflicto general de agencia, también tiñen el impedimento de una Negociación Resolutoria durante el transcurso de la audiencia de conciliación. En Uruguay, tanto el abogado del actor como del demandado en general, cobran honorarios en base de contingencia, según el resultado del proceso. Por lo tanto, el típico conflicto de agencia aparece, pero en este especialmente enfatizado, dado que el conflicto se encuentra en ambas partes del juicio.

Tal como explica Mnookin, existe un problema de costo-beneficio para el abogado, porque éste va a tratar de maximizar el retorno esperado por el tiempo dedicado a un caso. Como consecuencia, el abogado podría preferir una transacción rápida por una suma baja, que lleve menos tiempo de trabajo que un juicio entero, que requiere la inversión de mucho más esfuerzo marginal. Si el abogado se involucra en un caso nuevo, es probable que el honorario que obtenga del otro juicio sea mayor que el valor extra que podría obtener al subir la suma del caso que transó. ¿Por qué entonces el abogado va a dedicar más tiempo analizando los posibles intereses de ambas partes en el juicio, embarcarse en una lluvia de ideas sobre soluciones mutuamente beneficiosas, y reunirse con el otro abogado para solucionar el conflicto, si con una transacción rápida puede pasar a otro juicio?

5) Conclusión

Por las razones expuestas, especialmente las primeras dos, el sistema de conciliación previa uruguayo hace casi imposible que las partes pueden involucrarse propiamente en una Negociación Resolutoria para resolver su disputa. El propio sistema lleva a las partes a negociar a la audiencia a ojos vendados, sin ningún conocimiento del caso de la contraparte y la fiabilidad de sus alegaciones y reclamos. Las partes no han tenido la oportunidad de explorar los intereses que subyacen al conflicto por falta de información. Y aún cuando intentaran la negociación resolutoria durante la audiencia, el constreñimiento de tiempo es demasia-

³⁸ Craver, Op. Cit., p. 67

do grande como para permitirles hacerlo. Más aún, el Juzgado no provee del ambiente de familiaridad adecuado que las partes necesitan para involucrarse en técnicas de negociación creativas, y por último, no está en el interés de los abogados el involucrarse en el trabajo “extra” que este tipo de negociación requiere.

B) El ICP deja a las partes la Negociación Posicional como única alternativa

Habiendo demostrado que el ICP uruguayo hace casi imposible que las partes se involucren en un tipo de negociación creativa y resolutoria, es tiempo ahora de probar que dicho sistema, por la positiva, fomenta fuertemente la Negociación Posicional.

Los argumentos de soporte para esta hipótesis surgen de la aplicabilidad al ICP de las barreras psicológicas universales que los abogados y negociadores tienden a enfrentar. Empezaremos por explicar cuáles son esas barreras, para luego explicar cómo ellas funcionan cuando los abogados se enfrentan en la audiencia de conciliación.

1) La costumbre

En primer lugar, la negociación legal es generalmente considerada por los abogados como agresiva y posicional. Tal como explica Mnookin, *“como el punto de referencia dominante de una transacción es en general el valor esperado de acudir a juicio, las negociaciones en general se tornan distributivas ... como resultado, los litigantes típicamente se enfocan en dividir la torta, y no en agrandarla ... Aún cuando la materia contenciosa puede contener oportunidades de creación de valor, las partes en general las pasan por alto. El típico proceso de negociación no deja lugar a discusiones más amplias de discusión de intereses y opciones creativas. Los abogados y sus clientes tienden a estar tan enfocados en su ventaja en el caso, que en general ignoran acuerdos – potencialmente fuera del objeto del litigio – que hace mejor la situación de las partes”*³⁹

Por tanto, la Negociación Posicional es la conducta esperada de las partes en la mesa de negociación. Una conducta distinta es contra-intuitiva. Y cuanto más utiliza este estilo, el abogado se siente más cómodo e identificado con él, porque conoce las reglas, las conductas esperables y sus significados, y por tanto puede desenvolverse con mayor facilidad.

Y esos abogados dirigen firmas, imparten clases y conforman la doctrina, y en cierto modo, esperan que el resto de la comunidad de abogados se comporten de la misma manera. En este sentido, comenta Mnookin que *“el cambio es posible, pero no fácil. La cultura legal ‘adversarial’ está profundamente arraigada ... Muchos abogados y clientes ven la negociación legal como un combate. Los negociadores más agresivos y rudos son los que ganan, y el más débil y conciliador pierde ... Cualquier intento por cambiar este modus operandi es en general visto como débil o confuso”*⁴⁰.

2) Percepciones partisanas

En Segundo lugar, las partes en una disputa típicamente tienden a ser afectadas por lo que Mnookin llama “percepciones partisanas”: *“la gente presenta una cierta disposición a ‘ver’ lo que quiere y espera, según su propio interés. En una disputa, por ejemplo, cada parte típicamente va a tener historias radicalmente diferentes sobre lo que ocurrió, quién lleva la culpa, y cuál sería el resultado justo; y cada parte va a recordar los hechos selectivamente, y buscar nueva información que confirme, en vez de cuestionar, su historia inicial ... Las percepciones partisanas pueden llevar a cada disputante a creer que sus propias demandas son razonables, y que las de la otra parte son descabelladas”*⁴¹.

En su esencia, esta es la raíz de la vasta mayoría de las disputas. La gente ve las cosas de manera diferente, porque todos interpretamos la realidad que mejor nos sirve a nuestro entendimiento y bienestar. Y ello no es necesariamente manejado con mala fe. Por el contrario, creemos honestamente en “nuestra” visión de la realidad, aún cuando la otra persona que pasó por la misma realidad opine algo absolutamente contrario.

³⁹ Mnookin, Op. Cit., p. 224

⁴⁰ Mnookin, Op. Cit., p. 225

⁴¹ Mnookin, Op. Cit., p. 157

Tal como explica el psicólogo y abogado Richard Waites, *“nosotros conocemos, por estudios psicológicos, que no existen dos personas que experimenten o recuerden los mismos hechos de la misma manera. La gente, al ser distinta, enfoca su atención en aspectos distintos de un evento, y quizás, experimente diferentes emociones como reacción ante un mismo evento”*⁴²

Y más aún, existe un fenómeno psicológico que nos hace completar los blancos de la memoria de un evento que vivimos y que no recordamos exactamente, con aquellos hechos que pensamos que es lógico que hayan ocurrido; en otras palabras, inconscientemente tendemos a distorsionar la realidad que experimentamos y olvidamos, con conectores imaginarios lógicos.⁴³ Esto es lo que los psicólogos llaman *teoría reconstructiva*, en la cual la memoria original es ajustada por la influencia de eventos posteriores.⁴⁴

Es por ello que los abogados son más apropiados para dirigir las disputas de sus clientes, porque ven los hechos con mayor objetividad, a la luz de su experiencia y conocimiento legal. Sin embargo, Mnookin recalca que no siempre se da de ese modo: *“porque los abogados se ven a sí mismos como abogados, su presencia hace los problemas peores ... en la negociación legal el rol de los asesores letrados como verdaderos abogados de la causa de sus clientes, los hace tener una perspectiva tan distorsionada como la de sus clientes, sino más. El abogado de la parte actora dirigirá su búsqueda a la prueba que confirme su visión de que el actor debe ser resarcido, y solo tiende a hacer preguntas que confirmen esa postura. Su tarea investigativa se va a enfocar en buscar jurisprudencia que de soporte a la posición de su cliente, y es normal que ponga poco esfuerzo en buscar la teoría del caso de la contraparte”*.⁴⁵

3) Sobreconfianza juzgadora

Charles Craver explica este fenómeno de la siguiente manera: *“muchos litigantes ... son capaces de evaluar las fortalezas y debilidades de un caso objetivamente cuando se involucran con un asunto particular, pero luego, lentamente, se convencen a sí mismos de la certeza de la victoria. A medida que se acerca la fecha del juicio, encuentran psicológicamente incómodo pensar en la posibilidad de la derrota. Los abogados de la parte actora en general predicen un 75% a 85% de probabilidades de suceso, mientras que los abogados de la defensa predicen un 20% a 25% de chances de que gane la parte actora. Ambos abogados son incapaces de ubicarse en los zapatos de su oponente. Cuando evalúan la situación de su adversario, usan su propio sistema de valores. En tanto estos individuos sobreestiman sus posibilidades de suceso, se tornan menos receptivos a ofertas realistas de transacción”*.⁴⁶

Mnookin explica que las posibles razones para este fenómeno son que cada parte podría tener acceso a sólo una parte de la información relevante del caso, y tienden a subestimar la importancia de la información que no poseen.

4) Aplicabilidad a los abogados uruguayos

Traspolemos todos estos patrones generales a la realidad uruguaya al tiempo que los dos abogados se encuentran cara a cara en la audiencia de conciliación. En pos del rigor científico, analicemos dicha situación en el mejor escenario posible: en un caso de responsabilidad extracontractual, ambas partes están conscientes de las demoras y costos excesivos de litigar, y están dispuestas a transar. El caso trata de un accidente automovilístico en el cual ambas partes resultaron gravemente lesionadas. Sólo los abogados comparecen a la audiencia de conciliación – Juan González por el lado del actor, y Raúl Rodríguez por el lado del demandado – y ambos están prontos para discutir el posible acuerdo transaccional. El Juez Simón Cardozo preside la audiencia.

Primero que nada, por mérito de la costumbre imperante, los dos abogados se comportarán de cierta manera, y esperan que el otro abogado también tenga un cierto comportamiento. Ambas partes saben, asimismo, que el Juez espera que se comporten de una cierta manera, de modo de ayudarlos de manera efectiva a lograr un acuerdo. ¿Y cuál es esa conducta? La tradicional: negociar bajo la sombra del resultado de un eventual juicio.

⁴² Waites, Richard, *Courtroom psychology and trial advocacy*, 2003, p. 402

⁴³ Mauet, Thomas, *Trial Techniques*, 6th Ed., 2002, p. 263

⁴⁴ Waites, Op. Cit., p. 402

⁴⁵ Mnookin, Op. Cit., p. 158

⁴⁶ Craver, Op. Cit., p. 54; Ver también Hoffer, E., *The true believer*, Harper & Row, 1951

Ambas partes saben que su mejor alternativa a un acuerdo es ir a juicio. Por tanto, el juicio sirve como el distribuidor común de poder de negociación: la parte que tenga la mejor chance de ser exitosa en juicio tendrá el poder de negociación de su lado durante la audiencia. La segunda característica esperada de la negociación será la de enfocarse en dos posiciones: (a) el reclamo monetario del actor, con su base fáctica y legal; y (b) los reclamos propios del demandado y su defensa ante las alegaciones del actor. Por tanto, el corazón de la negociación se desarrollará como un intento de cada abogado de convencer a la contraparte, y eventualmente al Juez, de que su cliente tiene un caso más fuerte, que con toda probabilidad va a prevalecer en juicio.

En el sistema uruguayo esta conducta no solamente es la esperada, sino con toda probabilidad la única posible. Y la razón es que el Dr. González y el Dr. Rodríguez se están encontrando por primera vez para discutir este asunto, es la primera vez que ambas partes dicen lo que están dispuestas a probar en juicio, y, con suerte, la primera vez que van a mostrar la prueba que soporta sus argumentos.

Para comenzar con la audiencia, el Juez Carodozo pregunta al Dr. González sobre su posición, y sus exigencias para llegar a un acuerdo. El Dr. González se siente con mucha confianza sobre su caso, justamente en virtud de su sobreconfianza juzgadora, agravado más de lo normal, por no haber tenido acceso a la prueba de la contraparte. Tal como comenta Mnookin, en general cuando la parte conoce la prueba de su contraparte considera debilitado su caso, con respecto a lo proyectado al inicio⁴⁷. El Dr. González está tomando en cuenta solamente su lado de la historia y su prueba.

Sobreconfiado, el Dr. González comienza su presentación del caso explicando su visión de los hechos que espera probar en juicio y sus fuentes probatorias, y luego procede a detallar y justificar los daños que sufrió su cliente. El Dr. González intenta comunicar su confianza en una victoria si el caso llega a ir a juicio. El Dr. González intenta comunicar al Dr. Rodríguez y el Juez Cardozo que tiene una buena alternativa a un acuerdo negociado, y el poder de negociación de su lado en esta audiencia.

El Dr. Rodríguez escucha mientras el Dr. González presenta su caso y solicita una suma de dinero como indemnización por los daños sufridos por su cliente. Mientras tanto, el Dr. Rodríguez analiza la prueba que mencionó el Dr. González, las sumas reclamadas e incluso el llamado del eventual perito.

Es en este momento las percepciones partisanas del Dr. Rodríguez están trabajando intensamente. El Dr. Rodríguez ha estado estudiando el caso mientras preparó la audiencia de conciliación, pero solamente escuchó la historia que le contó su cliente. Por tanto, el Dr. Rodríguez está en desacuerdo con varias de las alegaciones hechas por el actor. De hecho, piensa que el actor fue el negligente en el accidente, y no su cliente, tal como acusa el Dr. González. Para el Dr. Rodríguez es claro que el actor cruzó la calle con luz roja, pero el Dr. González está diciendo que fue el demandado quien lo hizo.

El Dr. Rodríguez ve algunos de los reclamos del actor como descabellados, porque cree que su base legal es mucho mejor que la del citante. Las teorías legales que invoca son erróneas, y muchos de los hechos no tienen soporte probatorio o son directamente falsos.

Por último, al tiempo que el actor culmina su presentación, y sugiere un monto que su cliente estaría dispuesto a aceptar para transar, la sobreconfianza juzgadora del Dr. Rodríguez aparece en escena. Piensa "no solamente esta persona viene con una historia falsa, una teoría del caso errónea y prueba débil, sino que su demanda monetaria es exagerada. Es él quien debería estar ofreciéndome compensación a mi cliente!"

Y ya la disputa se volvió personal. El Dr. Rodríguez está enojado porque piensa que el Dr. González miente, que invoca reglas de derecho erróneas y que demanda una cifra descabellada. El Dr. Rodríguez piensa que su cliente puede razonablemente ganar el caso, y no solamente ser exonerado de pagar daños, sino también acreedor de indemnización. Y aún si su cliente fuera condenado, piensa que puede bajar la cifra sustancialmente. El Dr. Rodríguez se siente hasta insultado cuando su contraparte sugirió que la negligencia de su cliente fue grosera; para él ello es impensable.

Ahora el Juez Cardozo le pide al Dr. Rodríguez que opine sobre la propuesta de conciliación del Dr. González, y que proponga otro arreglo si piensa que tiene uno mejor. El Dr. Rodríguez explica, consecuentemente, que la propuesta del Dr. González está lejísimos de sus posibilidades y de la realidad, y fundamenta lo anterior en su teoría del caso, su base legal para la responsabilidad de la contraparte, y la prueba que está dispuesto a presentar en un eventual juicio. El Dr. Rodríguez también hace referencia a la debilidad de la prueba del citante, la falta de base de las teorías legales que el mismo invocó y que éste no ha pintado los hechos tal cual ocurrieron.

Mientras tanto, el Dr. González escucha atentamente los argumentos del citado y no puede creer lo que ve. Piensa: "No puede ser. Este individuo dice que no estoy citando las normas correctas, que no puedo

⁴⁷ Mnookin, *Op. Cit.*, p. 228

probar mis afirmaciones ... ¿qué clase de incompetente piensa que soy?". Y ya se lo tomó personal. El Dr. González está convencido de su historia del caso, porque en sus percepciones partisanas, tiene total sentido. Ha repasado la historia más de una vez con su cliente, y hasta encontró un testigo que vio el accidente, y confirma lo que le contó.

El resto de la audiencia continuará versando sobre dos posiciones: (1) la amenaza del Dr. González de que su cliente saldrá victorioso en un juicio, y por tanto la transacción deberá rondar en la suma que solicitó; y (2) la posición del Dr. Rodríguez de que el Dr. González no tiene materia accionable, y que su cliente es quien debería ser indemnizado. Esta audiencia se trata de alegaciones y prueba, nada más.

El Juez Cardozo, por su parte, está haciendo lo mejor que puede para encontrar una solución para el problema. Pero parece simplemente imposible; están demasiado lejos. Hasta que las partes no acuerden al menos sobre cuáles fueron los hechos del caso, no podrá convencer a nadie que acepte la responsabilidad, y proceda a discutir los daños que debe. Los abogados han pasado 40 minutos explicando su posición, y el Juez debe cumplir con su calendario, y moverse a otra audiencia, que quizás presente mayores puntos de conexión que posibiliten una conciliación. Resolver esta disputa llevaría mucho más tiempo del disponible.

En definitiva, la audiencia de conciliación resultó infructífera. Más aún, tanto el Dr. Rodríguez como el Dr. González salieron de la audiencia frustrados uno con el otro. Quieren darse una buena lección en juicio, y están ferozmente prontos para hacerlo.

5) Conclusión

Los problemas generales que viven los abogados, combinado con el ICP uruguayo y las reglas procesales vigentes, propenden fuertemente a la partes a involucrarse en un estilo posicional de negociación.

Las partes carecen por completo de conocimiento del caso de su contraparte. El abogado solo ha escuchado la versión de su cliente, y únicamente ha analizado la prueba que da soporte a sus argumentos y teorías legales. Están fuertemente sobreconfiados respecto de su caso, y han aplicado sus percepciones partisanas sobre la historia. Nadie necesariamente está actuando de mala fe, pero de todas maneras se sienten incómodos y personalmente atacados por cualquier argumento que sea contrario a la teoría del caso que han visualizado en sus mentes.

El tiempo no es suficiente para explorar los intereses que subyacen a sus posiciones. A primera vista, están demasiado lejos como para resolverlo en una o dos audiencias de 26 minutos. La única estrategia que ambos abogados fueron forzados a tomar fue la de presentar un caso fuerte, buscando convencer a la contraparte de que su cliente probablemente prevalecerá en juicio, forzando así a la otra parte a rendirse y explorar posibilidades de transacción.

En el sistema uruguayo esta estrategia tiene mucho sentido. Si eventualmente el Dr. Rodríguez hubiera estado convencido de que su cliente fue negligente y por tanto responsable por los daños, él estaría reduciendo costos para su cliente si pagara tan pronto como fuera posible, porque para el actor es mucho mejor cobrar antes del juicio una suma parcial, que la suma total luego de los años que lleve un juicio, especialmente en un país como Uruguay, de tasas volátiles de conversión de moneda e inflación. Es así que si el Dr. Rodríguez hubiera sabido que el actor estaba dispuesto a aceptar menos dinero por una indemnización rápida, hubiera ofrecido una cifra baja. Allí las partes hubieran empezado a negociar la cifra concreta, yendo para adelante y para atrás, "peloteando" un número, hasta lograr un acuerdo y forma de pago. Esto sigue siendo una Negociación Posicional.

Pero para alcanzar este punto, el juicio de responsabilidad tuvo que haber sido salvado con anterioridad. Sin embargo, la audiencia entera fue dedicada a establecer su base. Fue una negociación puramente posicional que las partes adoptaron, dada su falta de contacto previo.

Y más aún, el Juez no conoce casi nada sobre el caso antes de la audiencia, porque la demanda y la contestación, o al menos algún relato sustanciado de los hechos y alegaciones, no serán presentados ante ese juez, sino otro, encargado de resolver el fondo de la disputa. Podría sugerir que una de las partes tiene un caso más fuerte, pero su opinión sólo sería preliminar y falta de base sólida; no ha leído los escritos, presenciado los testimonios, interrogado los testigos ni escuchado los alegatos de bien probado.

Para resumir, el ICP uruguayo fomenta fuertemente a las partes a adoptar una Negociación Posicional. La audiencia de conciliación presenta la tendencia a ser una audiencia de alegatos iniciales, que en el mejor caso podrá concluir con un "peloteo" de cifras de indemnización debida. Es decir que, aún cuando exitosa, la audiencia hubiese sido dirigida por una Negociación Posicional.

V. RAZONES DE LA FALLA DEL ICP URUGUAYO

Luego de haber concluido que el ICP uruguayo fomenta el tipo la Negociación Posicional, procede explicar cómo esta situación – conjuntamente con el sistema legal que lo rodea y los aspectos culturales que afectan a los abogados uruguayos – afecta el resultado de la audiencia de conciliación.

En este capítulo se concluye que la falla del ICP proviene principalmente de que su regulación impide fuertemente que las partes se involucren en una negociación resolutoria. A efectos de probar lo antedicho, se explicarán las desventajas que reporta la Negociación Posicional frente a la Negociación Resolutoria, haciendo especial énfasis en dicho impacto cuando se aplica a la realidad uruguaya.

A) Una Negociación Resolutoria arroja mejores resultados que una Negociación Posicional

1) Un enfoque resolutorio mejora la situación de las partes que negocian

Ha sido probado estadísticamente, y reafirmando numerosas veces por la doctrina especializada, que un estilo resolutorio de negociación arroja mucho mejores resultados que la Negociación Posicional. En este sentido, los profesores de Harvard Fisher, Ury y Patton comentan: *“un acuerdo inteligente puede ser definido como aquel que cumple los legítimos intereses de cada parte en la mayor medida posible, que resuelve los conflictos de manera justa, que es durable, y que toma en cuenta los intereses de toda la comunidad ... Y la Negociación Posicional falla en lograr el criterio básico de producción de un acuerdo inteligente, de manera eficiente y amigable”*.⁴⁸

Richard Shell opina que una negociación exitosa implica necesariamente la exploración de los intereses subyacentes de las partes en el caso, que constituye la esencia del enfoque de Negociación Resolutoria: *“los negociadores efectivos muestran una característica muy importante: su habilidad de ver el mundo desde el punto de vista de la otra parte. Para ser exitoso en negociación uno debe aprender a preguntar cómo deben ser los intereses de la otra parte para ayudar a conseguir los objetivos propios. Luego uno debe determinar por qué la otra parte podría decir ‘no’, de modo de eliminar tantas objeciones como sea posible. El profesor Max Bazerman y sus colegas han demostrado que las personas asumen que el centro de la negociación es dividir una torta prefijada. Sin embargo, si se dedica la atención a los puntos comunes y los intereses convergentes o no conflictivos, en general existe la posibilidad de agrandar la torta ... El estudio de Rackham y Carlisle sobre los negociadores ingleses dan soporte a este punto: cuanto más hábil el negociador, más tendiente es a enfocarse en posibles puntos comunes existentes entre las partes, incluyendo opciones factibles de transacción”*.⁴⁹

2) ¿Por qué es más efectivo el estilo resolutorio?

El raciocinio que subyace a la preferencia por el método resolutorio de negociación es que cuando existe una disputa, la mayoría de las veces solamente las posiciones coliden; si las partes exploran los intereses subyacentes a sus posiciones, se darán cuenta que existen más intereses comunes que lo que pensaron. Y una vez que los intereses compartidos crean valor para los negociadores, el resto de las posiciones que coliden pueden ser manejadas con más facilidad. En otras palabras, la focalización en los intereses permite acuerdos sobre temas aparentemente no-negociables.

Tal como comentan Fisher, Ury y Patton: *“Reconciliar intereses en vez de posiciones funciona, por dos razones. Primero, porque por cada interés en general existe muchas posiciones posibles que pueden satisfacerlo ... Cuando uno mira debajo de las posiciones opuestas, a los intereses que las motivan, uno puede frecuentemente encontrar una posición alternativa que contempla no sólo el interés propio, sino el del otro también ... Reconciliar intereses en vez de ceder sobre posiciones también funciona porque detrás de cada posición opuesta existen muchos más intereses comunes que conflictivos”*.⁵⁰

⁴⁸ Fisher, Ury y Patton, Op. Cit. p. 4

⁴⁹ Shell, Op. Cit., p. 78-80

⁵⁰ Fisher, Ury y Patton, Op. Cit., p. 42

Un enfoque resolutorio también ayuda a suavizar la tensión en los puntos más controvertidos de una negociación, aquellos que tienden a ser completamente distributivos. Si las partes son capaces de crear valor de otros intereses compartidos que descubren durante el transcurso de la negociación, los puntos distributivos más críticos, aparentemente no pasibles de acuerdo, tienden a ser tratados más efectivamente y se vuelven negociables. Como las partes ya han obtenido valor de la negociación, están más propensas a negociar sobre esos puntos. Tal como comenta Craver, *“los negociadores avezados deben ser capaces de detectar las áreas de necesidades compartidas e independientes, y asegurarse la distribución apropiada de los puntos no conflictivos. Según cuál sea el éxito en lograr este objetivo, los negociadores pueden expandir la torta de manera efectiva, y mejorar significativamente las posibilidades de un acuerdo global ... Visto que los negociadores se dan cuenta de que muchos de sus objetivos pueden ser logrados, están más dispuestos a considerar compromisos realistas con respecto a los puntos controvertidos ... Cuanto más alternativas beneficiosas son detectadas y distribuidas, puntos que previamente aparecían como creando barreras insuperables tenderán a parecer menos importantes”*.⁵¹

Para graficar lo antedicho, volvamos a la audiencia de conciliación en la cual el Dr. González y el Dr. Rodríguez no pudieron llegar a un acuerdo transaccional. Dada su falta de comunicación previa y respectiva exploración de intereses, nunca supieron que el cliente del Dr. González era un ingeniero en computación que en ese momento estaba desocupado, mientras que el cliente del Dr. Rodríguez era un emprendedor que había instalado hacía poco tiempo una compañía de software en Zona Franca. Vamos a suponer que el Dr. Rodríguez y su cliente sabían de antemano que probablemente fueran condenados en un juicio, porque en realidad fue él quien pasó el semáforo con rojo y causó el accidente, pero prefería la opción de ir a juicio para dilatar el pago de la indemnización, visto justamente que había invertido todos sus ahorros y créditos en la instalación de la nueva compañía de software. Apostaba, por lo tanto, a dilatar el pago y soportarlo con las ganancias que esperaba obtener de su nuevo emprendimiento.

Pues bien, si las partes se hubiesen dedicado a explorar intereses, podrían haber extraído una oportunidad de negocios de este litigio. El cliente del Dr. Rodríguez hubiese notado que el cliente del Dr. González tenía un excelente currículum y capacitación como para integrar su empresa de software, y así la manera de pago hubiese sido, por ejemplo, con un plus al salario, que hubiera amortizado en varios meses, a cambio de la oportunidad de brindarle un trabajo en una compañía con perspectivas de crecimiento. Se trata en este ejemplo de una fuente de creación de valor en la negociación, a través de la exploración de intereses y posibilidades de acuerdo, que las partes simplemente no vieron por estancarse en una Negociación Posicional. Ambos hubiesen salido ganando, pero ahora los espera un largo y tedioso juicio...

B) La Negociación Posicional genera frustración y conflictos de ego personal

Uno de los problemas que enfrenta la Negociación Posicional es que los egos personales de los negociadores tienden a identificarse con la posición que han tomado en la negociación, y los negociadores tienden a estancarse en esa posición. La negociación se torna así en lo que en inglés se conoce como “face saving lockup”, que puede definirse como el conflicto interno que se genera al cambiar de opinión o moverse de posición, en relación con el orgullo de no dar el brazo a torcer. En otras palabras, cuando los egos personales se entremezclan con el objeto de la negociación, la flexibilidad del negociador se detrimenta ante el orgullo de mantenerse firme en una opinión o demanda.

Tal como explican Fisher, Ury y Patton, en una negociación cada negociador tiene un interés en el resultado de la negociación (interés sustantivo), y un interés en la relación con la contraparte. Como mínimo, dicen, un negociador desea mantener una relación de trabajo lo suficientemente buena como para producir un acuerdo aceptable para ambas partes, de ser ello posible, por compatible con los intereses en juego. Sin embargo, *“la Negociación Posicional pone la relación y la sustancia en conflicto. Enmarcar una negociación en un conflicto de voluntades sobre posiciones perjudica el proceso de amalgamamiento ... Si yo tomo una posición firme que tú consideras poco razonable, tú asumes que yo también pienso en dicha posición como extrema; es fácil concluir que yo no valoro nuestra relación – o a ti – de gran manera”*.⁵²

⁵¹ Craver, Op. Cit., p. 102-104

⁵² Fisher, Ury y Patton, Op. Cit., p. 19-20

El típico resultado de este fenómeno, cuando el acuerdo no se logra, es la frustración. Vistas las percepciones partisanas mencionadas en el capítulo anterior, una persona se siente incómoda con hechos que no son consistentes con su versión de la historia.

En este sentido, Richard Waites habla de lo que se llaman *schemas*. Un *schema*, explica, es un grupo de conceptos y percepciones, y el sistema que utilizamos para organizarlos. Los *schemas* nos ayudan a dar rápido sentido a las cosas que suceden alrededor nuestro. Comenta que nuestro cerebro tiende a almacenar información en una secuencia tal que busca dar sentido y orden a los eventos de nuestra vida, y a evitar los desórdenes o inconsistencias. Hablando del caso en que un juez o un jurado escucha la presentación del alegato de un abogado, Waites explica que si los *schemas* del juez o el jurado son distintos a las ideas y conceptos de la presentación, éstos generalmente se van a sentir incómodos con dichos conceptos, y van a rechazarlos.⁵³

El proceso descrito por Waites es perfectamente aplicable a la reacción de una parte o su abogado cuando están escuchando la teoría del caso de su contraparte en una audiencia de conciliación en Uruguay. Visto que no existió una etapa previa de intercambio de prueba, esta es la primera vez que las partes van a escuchar el otro lado de historia. El sólo hecho de que la historia es diferente de la suya crea una sensación de rechazo, frustración, y la necesidad de no dañar el orgullo propio. A nadie le gusta quedar como un mentiroso o extravagante. Por tanto, las partes van intentar justificar su posición antes que nada, porque están comprometidas a ellas desde el inicio. La audiencia de conciliación se convierte, entonces, en una guerra de orgullos. Estamos lejos del ambiente apropiado para negociar una solución creadora de valor para las partes.

Tal como lo describe Charles Cravaer: *“los negociadores adversariales tienden a atrincherarse en posiciones que defienden con argumentos estridentes. Parecen creer que pueden intimidar hasta la sumisión al abogado de la contraparte. Frecuentemente ignoran o fallan en comprender cuestionamientos acerca de su interpretación de los hechos o la doctrina legal. Fallan por tanto en reconocer información nueva que los pueda inducir a considerar propuestas alternativas que puedan ser mutuamente ventajosas”*⁵⁴

C) La Negociación Posicional provoca que el negociador repudie la exploración de resultados mutuamente beneficiosos

Un rasgo típico de un practicante de Negociación Posicional es su visión de la negociación como un “juego de suma cero”, es decir, que lo va para una parte es en detrimento de la otra. En otras palabras, “lo que es tuyo deja de ser mío”. Es por ello que este tipo de negociadores no puede proponer acuerdos mutuamente beneficiosos.

Esta actitud provocada por la Negociación Posicional tiene un impacto profundo en la audiencia de conciliación, cuando el juez trata de ayudar a las partes a descubrir sus intereses. Las partes estarán menos dispuestas a compartir la información relevante que los pueda llevar a soluciones creativas y mutuamente beneficiosas. Tal como lo describe Craver: *“A pesar de que la mayoría de los operadores del derecho ven el proceso de negociación como una interacción inherentemente adversarial, éstos deberían reconocer los beneficios sustanciales que se derivarían de una fase de intercambio de información a través del uso de técnicas de cuestionamientos no-adversariales. Los abogados que encaran las sesiones de negociación en forma combativa, como si estuvieran en un juicio, usualmente van verse impedidos de obtener toda la información que necesitan para obtener resultados óptimos. Sus oponentes generalmente van a sentir su estilo ‘ganar-perder’, y van a tender a protegerse a través de liberación limitada de información. Van a retener información importante, que de otra manera hubiesen divulgado abiertamente, y hasta podrían ser inducidos a responder en especie a las tácticas competitivas”*.⁵⁵

D) Comportamientos culturales que detienen la transacción

La cultura legal uruguaya está demasiado permeada con el enfoque adversarial de la negociación. Los abogados están preparados para ganar los casos por los que “pelean”. Por tanto, si el juicio es la sombra bajo la cual se desarrolla la audiencia de conciliación, este enfoque litigante será el adoptado en la audiencia de conciliación.

⁵³ Waites, Op. Cit., p. 16-17

⁵⁴ Craver, Op. Cit., p. 98-99

⁵⁵ Craver, Op. Cit., p. 98

Desde el arranque, nuestro enfoque institucional no nos ayuda. El contrato de Transacción está definido por el Código Civil aquel *“por el cual, haciéndose recíprocas concesiones, terminan los contrayentes un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”* (art. 2147). La fórmula empleada *“recíprocas concesiones”* denota una clara concepción del codificador en el sentido de considerar la negociación legal como puramente distributiva, tal como acontece típicamente en una Negociación Posicional.

Asimismo, en el ICP la ausencia del citado a la audiencia tiene consecuencias para el juicio: una presunción legal de culpabilidad. Si en el sistema uruguayo las penalidades de la audiencia de conciliación se trasladan al juicio posterior, que ya se prevé y anticipa, entonces no podemos esperar extirpar la sombra del litigio de la audiencia de conciliación.

Comenta Charles Craver que *“en ciertas ocasiones, los negociadores encuentran oponentes competitivos/adversariales que buscan obtener resultados del tipo ganar-perder. Cuando estos adversarios recurren a tácticas ofensivas nocivas, es fácil contemplar la respuesta quid-pro-quo. Y cuando esto sucede, todo el proceso de negociación tiende a derrumbarse”*⁵⁶

Y esto hecho sufre asimismo un interesante proceso de retroalimentación. Los investigadores sugieren que los negociadores que adoptan el enfoque resolutorio son conscientes de que existen dos tipos de negociadores: los competitivos y los que son como ellos. Sin embargo, un negociador competitivo tiende a pensar que todos los negociadores son competitivos.⁵⁷ Este fenómeno hace que el negociador competitivo traslade su propio sistema de valores al otro lado de la mesa, y que por tanto interprete cualquier actitud de la otra parte como suspicaz y sospechosa. Y así la negociación se transforma una tácita guerra de estrategias.

E) No hay tiempo en una audiencia de conciliación para obtener un acuerdo adoptando un enfoque adversarial o Posicional de negociación

Como decíamos, en una Negociación Posicional el acuerdo logrado en general refleja una división de la diferencia entre las posiciones finales de las partes, más que una solución que contemple los intereses legítimos de ambas partes. Tal como comentan Fisher, Ury y Patton, *“negociar sobre posiciones crea incentivos que obstan a la transacción. En una negociación Posicional uno intenta optimizar las chances de que cualquier acuerdo logrado le sea favorable, empezando con una demanda extrema, aferrándose testarudamente a ella, engañando a la otra parte de las verdaderas intenciones, y haciendo pequeñas concesiones indispensables para seguir con la negociación adelante. Lo mismo es cierto para la otra parte. Cualquiera de esos factores tienden a interferir con la obtención de un transacción rápida”*.⁵⁸ Y, por los fundamentos ya expuestos, una transacción rápida es la única opción que se avisa como viable en una audiencia de conciliación.

F) Conclusión: cuál es el impacto sobre el sistema de conciliación previa uruguayo?

Por las razones expuestas, el enfoque posicional de negociación no es el apropiado para fomentar que las partes negocien un acuerdo mutuamente beneficioso. Más aún, este enfoque obsta a cualquier tipo de transacción, sea mutuamente beneficiosa o no. Para obtener el mejor resultado posible, o al menos un resultado que ambas partes acuerden, se torna necesario un estilo resolutorio.

Y esta situación se agrava especialmente al analizar el ICP en el Uruguay, porque las partes no han pasado por un proceso de intercambio de prueba, y en la audiencia de conciliación no gozan del tiempo suficiente para ponerse a explorar los intereses en juego.

Y esto es cierto aún con la intervención de un Magistrado como conciliador/mediador. El conciliador carece de autoridad para imponer una solución. Por tanto, ambas parte deberán acordar a la solución que pudiese llegar a proponer. El rol principal del Juez es ayudar a las partes a descubrir sus intereses y proponer soluciones mutuamente beneficiosas, que signifiquen al menos una oportunidad mejor que ir a juicio.

⁵⁶ Craver, Op. Cit., p. 122

⁵⁷ En este punto Craver (Op. Cit., p. 71) cita las conclusiones obtenidas por Rubin y Brown, en *The Social Psychology of Bargaining and Negotiation*, 1975, p. 185; y Zartman & Berman, *The Practical Negotiator*, 1982, p. 25.

⁵⁸ Fisher, Ury y Patton, Op. Cit. p. 6

Más aún, las mejores técnicas de mediación⁵⁹ recomiendan mantener entrevistas privadas con cada una de las partes, a los efectos de buscar que sus intereses emerjan. Es difícil explorar los intereses de cada parte en sesiones conjuntas. Leonard Riskin comenta al respecto: *“la mayoría de los mediadores utilizan sesiones conjuntas y separadas. La sesión separada puede ser empleada durante cualquier etapa de la mediación. Puede darle al mediador una buena oportunidad para desarrollar un acercamiento con la parte, para aprender de sus intereses y posiciones, para diluir expectativas irrealistas, y para ayudar a las partes a desarrollar y evaluar propuestas”*.⁶⁰

Los abogados y las partes saldrán de la audiencia de conciliación frustrados y probablemente desesos de revancha en juicio. Este hecho obsta a que las partes se involucren en negociaciones privadas luego de que la audiencia de conciliación termine, sin perjuicio de la eventual conciliación intraprocesal en la audiencia preliminar.

VI. CONCLUSIÓN GENERAL. POSIBLES SOLUCIONES.

Este capítulo final resume y amalgama todas las conclusiones obtenidas en esta tesina sobre las causas de la falla del instituto de la conciliación en el Uruguay. A posteriori se proponen algunas soluciones para encarar esta crisis institucional.

A) Tenemos un problema sistemático

Las estadísticas son claras: el instituto de la conciliación previa en Uruguay es altamente ineficiente. Alrededor de solamente el 7% de las audiencias convocadas logran la transacción, y alrededor del 30% de las audiencias padece la ausencia del citado.

Las normas procesales uruguayas y el ICP desactivan letalmente la posibilidad de que las partes se embarquen en una Negociación Resolutoria, básicamente debido a la total falta de intercambio de información con la contraparte previamente a la audiencia, y los fuertes constreñimientos de tiempo que se presentan. Ha sido probado en esta tesina que un estilo resolutorio de negociación es el único método que va a incrementar las probabilidades de una transacción pre-litigiosa. A menos que las partes puedan proponer soluciones mutuamente beneficiosas al conflicto, que contemplen los intereses en juego de cada parte, ciertamente preferirán el juicio.

Más aún, las normas procesales uruguayas y el ICP fomentan fuertemente que las partes adopten un estilo de Negociación Posicional en la audiencia de conciliación. Este estilo es ineficiente, tal como muestran las estadísticas, y está profundamente arraigado en la cultura de los abogados locales. Provoca frustraciones entre las partes (que probablemente sea lo último que las partes necesitan para lograr un acuerdo mutuamente beneficioso) y desperdicia mucho valor de oportunidades negociables.

Debe asimismo notarse que las estadísticas revelan una amplia superioridad de la efectividad del ICP en las zonas rurales del Uruguay. Este dato es coherente con la tesis expuesta. Mientras en Montevideo el anonimato e impersonalismo gobiernan las relaciones sociales, en la zonas rurales la comunidad social tiene un grado mucho mayor de interacción y cohesión, por el propio tamaño de las poblaciones. Concordantemente, mientras en Montevideo las partes y el Juez se ven por primera vez en la audiencia de conciliación, en las zonas rurales las partes y el Juez tienen mucho mayores posibilidades de conocerse entre sí. Este dato permite que las partes en las zonas rurales estén más propensas a conocer los intereses, y por tanto a tener una discusión mucho más amena para solucionar su conflicto. Más aún, las agendas de los jueces tienden a ser menos nutridas, y la dedicación temporal suele ser superior a los 26 minutos de que disponen los jueces para resolver las disputas en Montevideo.

Bajo estas circunstancias, una audiencia de conciliación exitosa tiende a ser más frecuente, en teoría al menos, en las zonas rurales, porque hay más oportunidad de entablar una negociación basada en intereses. Las estadísticas dan soporte a lo dicho.

El ICP en el Uruguay necesita una profunda reformulación. A menos que su enfoque y alcance sean modificados, especialmente en la reglas procesales reguladas por el Código General del Proceso, parece difícil pensar en un incremento significativo de su eficacia.

⁵⁹ Que por lo fundamentos ya expuestos son plenamente aplicables a la Conciliación como medio de resolución de disputas

⁶⁰ Leonard Riskin and James Westbrook, *Dispute Resolution and Lawyers*, 2nd Ed., 1988, p. 161

B) Propuestas a considerar

Existen varias maneras de mejorar las efectividad del Instituto de la Conciliación Previa en el Uruguay. Empezando por la necesidad de un intercambio de prueba e información previamente a la audiencia, dos posibilidades se alzan como factibles:

1) programar la audiencia de conciliación para después de haberse presentado la demanda y contestación, de manera que las partes puedan previamente revisar la prueba que pretende presentar su contraparte para apoyar sus alegaciones; o,

2) establecer un sistema de "Discovery" similar al regulado en la Reglas Federales del Proceso Civil de Estados Unidos, de manera de obtener la información de la contraparte aún antes de la presentación de la demanda y contestación, y de la audiencia de conciliación previa.

La primera opción parece más práctica, visto que la reforma del Código General del Proceso resulta menos radical. Sin embargo, el hecho de ir a la Audiencia de Conciliación con una demanda y una contestación ya presentadas no parece proveer el ambiente pacificador adecuado para involucrar a las partes en una negociación resolutoria.

Respecto a los problemas de constreñimiento de tiempo que las partes enfrentan en la audiencia, en nuestra opinión la reformulación del ICP no debería intentar crear más Juzgados de Conciliación, sino que debería fomentar a que las partes negocien su propio acuerdo transaccional en privado, y que sólo se utilice el Poder Judicial para pulir los últimos detalles del acuerdo, quizás los más controversiales, para luego ser homologado por el Magistrado. En otras palabras, no existe un problema real de tiempos. Esos 26 minutos promediales pueden ser muy efectivos, si se utilizan para propósitos diferentes a los actuales.

La reforma debe asimismo fomentar a que las partes negocien su propio acuerdo mucho antes de que comparezcan a la audiencia de conciliación. Creemos que una etapa de intercambio de información previo a la audiencia puede reforzarlo.

También se alza como necesario un cambio cultural. Los abogados están demasiado acostumbrados a utilizar el método de negociación posicional. De hecho, es el sistema que los lleva a ello. Si las sanciones por no comparecer a la audiencia tienen impacto en el juicio posterior, si la audiencia es sólo un prerrequisito para presentar la demanda, si el acuerdo conciliatorio es negociado bajo la sombra del resultado del juicio, ¿cómo podemos esperar que los abogados se comporten de manera distinta a como lo harían en juicio?