

SOLUCIÓN DE CONFLICTOS, NEGOCIACIÓN Y DERECHO DE LA EMPRESA

*Cristián Saieh Mena*¹

Profesor de Negociación, facultades de Derecho e Ingeniería,
Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto mostrar la importancia y eficacia que tienen en la solución de conflictos los diversos mecanismos que ofrece el modelo cooperativo de negociación *a contrario sensu* de los modelos tradicionales de solución de conflictos, como también mostrar las ventajas de la implementación del referido enfoque cooperativo en la empresa y en el ejercicio de la profesión de abogado.

1. EL CONFLICTO COMO FENÓMENO SOCIAL

El fenómeno social conocido como conflicto se manifiesta en prácticamente todos los ámbitos de la sociedad, tales como el político, económico, ético, entre otros de gran importancia. Es por ello que su estudio como fenómeno, en especial su prevención y solución, se ha convertido en uno de los focos de atención en los últimos años, teniendo presente que de su tratamiento pueden devenir costos, necesariamente en situaciones de irresolución o ineficiente solución de divergencias².

Entonces, dada la importancia del conflicto, su tratamiento se ha convertido en herramienta crucial en el desarrollo de sociedades mayores, intermedias e incluso menores, de manera que sea posible disminuir a una mínima expresión las secuelas y consecuencias negativas del mismo.

En el contexto de la relevancia del conflicto en los diversos tipos de organización y, a modo referencial, en la sociedades mayores, como el Estado, podemos sostener que, entre otras variables que estamos acostumbrados a utilizar para medir el éxito o relativo "bienestar" de las naciones, tales como el ingreso per cápita, el producto interno bruto o la inflación, se hace necesario incorporar al análisis de ese "bienestar" la cantidad de conflictos que esa sociedad genera y la eficacia y eficiencia con que son prevenidos y resueltos.

¹ El autor, Cristián Saieh Mena, es abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile y MBA, Master of Business Administration, de la Pontificia Universidad de Comillas, ICADE, Madrid. Es actualmente profesor del curso Negociación en el Magíster en Derecho de la Empresa y en la Escuela de Ingeniería Industrial y Sistemas, ambos de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Además, ha dictado el curso para el MBA del Departamento de Ingeniería Industrial de la Universidad de Chile.

Este trabajo contó con la colaboración del abogado Guillermo Chacón Muñoz, candidato a Magíster en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica de Chile, quien se desempeña profesionalmente en el estudio jurídico Niehauf & Niehauf, San José de Costa Rica.

² Preciso es destacar que, para los efectos del presente trabajo, nos referiremos al conflicto con relevancia jurídica, especialmente en el contexto empresarial, sin perjuicio de que muchos de los conceptos que explicaremos tienen aplicación a otra clase de conflictos, cualquiera sea la relevancia de estos.

Pese a la evidente connotación nociva que la palabra conlleva, el conflicto en sí mismo no es necesariamente negativo; por el contrario y, como veremos, en muchos casos puede ser la base de un proceso competitivo que genera diferencias de intereses y objetivos y, en este contexto, su desarrollo y eventual solución debe ser analizado como una interacción que puede estimular la competitividad y por tanto la productividad y eficiencia.

2. MECANISMOS TRADICIONALES PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Diversos son los mecanismos que la civilización ha privilegiado para la solución de conflictos, encontrándose presente en la actualidad en casi todas las modalidades que explicaremos a continuación.

En efecto, el uso de la fuerza ha sido a través de todo nuestro devenir histórico, una vía recurrente de solución de conflictos con los altos costos que en muchos casos han debido pagar naciones y seres humanos como consecuencia del uso y abuso de este medio.

Asimismo, desde épocas remotas, el desarrollo económico y social ha privilegiado métodos basados en sistemas democráticos con sus diversas y múltiples manifestaciones, en casi todos las cuales la imposición de una mayoría más o menos permanente ha despejado las dificultades y las desavenencias de los individuos o colectividades en un momento determinado.

Con el devenir de la civilización en formas organizativas que privilegian el derecho y sus procedimientos como mecanismo idóneo para resolver las diferencias que se presentan, se ha erigido con una singular importancia la aplicación de la ley a través del Poder Judicial como un instrumento de solución de conflictos. Al amparo de la función jurisdiccional, diversos procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje han tenido mayor o menor éxito según diversos factores, entre los que destaca la etapa de madurez o desarrollo de la sociedad en cuestión.

Punto aparte merece la intervención del Estado, en sus múltiples y diversas manifestaciones, a través de la regulación en la resolución de conflictos. En efecto, la regulación, a través de una abundante normativa de inferior jerarquía constitucional ha sido el paliador de muchos conflictos que el Estado ha sido incapaz de afrontar o simplemente, conflictos en que no ha debido intervenir ya que, en términos generales, son los particulares, dentro del legítimo ámbito de actuación que la autonomía de la voluntad les entrega, los llamados a buscar alternativas de solución.

En relación con la regulación y su eficacia en la solución de conflictos en nuestra sociedad contemporánea, podríamos explayarnos a través de un enriquecedor debate sin perjuicio del cual la extensión y naturaleza de este trabajo nos lo impide, no obstante nos deja esbozada una próxima oportunidad para referirnos a la relación entre regulación y negociación.

Volviendo a la aplicación del derecho y el papel que han desempeñado las cortes de justicia, conviene enunciar, a lo menos someramente, el porqué la eficiencia y aptitud del Poder Judicial en la solución de conflictos han sido cuestionadas en alguno de sus aspectos, siendo estas principales críticas las siguientes:

- a) El elevado costo económico para los particulares (sin perjuicio de aquellos que no tienen recursos para acceder al Poder Judicial) y para el Estado;
- b) Las dilaciones a que se encuentra sometido casi todo procedimiento;
- c) La falta de adecuación de los fallos, en el sentido de privilegiar más los efectos que las causas que han generado el conflicto;
- d) La ausencia de especialización de los jueces;
- e) El quebrantamiento, muchas veces definitivo, de los nexos entre las partes, lo que hace difícil la reconstrucción de las relaciones mercantiles y sociales entre aquellos que sostuvieron el conflicto.

No dejemos pasar esta oportunidad para resaltar que la abnegada y a veces poco comprendida labor de los jueces, ha sido un instrumento de solución de controversias que, con algunas

de las imperfecciones referidas, ha contribuido a la consolidación del estado de derecho en la mayoría de las sociedades occidentales de hoy. Lo anterior no es ajeno a nuestro país, Chile, en el cual podemos destacar, además, que en la última década el Poder Judicial ha avanzado a una gestión cada vez más eficiente, incorporando innovadores procedimientos que intentan otorgar mayor celeridad a las causas y certeza y seguridad a los litigantes.

3. LA NEGOCIACIÓN COMO INSTRUMENTO EFICAZ Y EFICIENTE EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Como una respuesta a la ineficiencia o falta de efectividad de algunos de los mecanismos de solución de disputas enunciados, aparecen los procesos de negociación como una opción real y concreta al uso de la fuerza, la intervención del Poder Judicial, la regulación estatal, la imposición de mayorías transitorias, ya que entre otras y diversas ventajas que exploraremos en el presente trabajo, son procedimientos que permiten, por medio de la creatividad y el despliegue de las aptitudes personales de las partes en conflicto, generar instancias prolíferas para la comunicación y el diálogo, la identificación de los intereses, la transacción y adaptación de los mismos y, finalmente, lo que todo individuo busca, la obtención de resultados expeditos y justos, que satisfagan sus necesidades humanas básicas, ya sean estas de índole material, espiritual, económica, moral, social, entre otras.

Evidentemente la adopción de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como la negociación, requiere también de cambios estructurales a nivel social y cultural, para lo cual es indispensable que la implementación y el cambio estén conceptualizados e instrumentalizados de manera tal que su uso sea el óptimo y no se transforme en un instrumento también ineficiente que provoque un rechazo social que haga más difícil su inserción como una alternativa válida.

Es por lo anterior que la negociación, como mecanismo alternativo a la solución de disputas, se ha visto fortalecida especialmente en países más desarrollados donde los cambios estructurales de la sociedad, aunado al fortalecimiento de las instituciones democráticas, ha hecho que la percepción y materialización de los conceptos de autoridad-fuerza y autoridad-poder comiencen a ser sustituidos por conceptos tales como consenso, diálogo y cooperación.

En países menos desarrollados, la necesidad de que cambios de esta naturaleza sean incorporados adquiere mayor urgencia de cara a la globalización cultural, económica y social. Estos países deben crear instancias formales para la solución alternativa de conflictos y la formación de expertos profesionales negociadores que puedan implementar los mecanismos que sean necesarios y pertinentes para la inserción plena de esas naciones en el nuevo orden mundial.

En este contexto, y dentro de las naciones menos desarrolladas, son especialmente los grupos o cuerpos intermedios que se encuentran insertos en dichas naciones, preferencialmente aquellos del ámbito académico y empresarial, en los que recae la responsabilidad primordial de perfilar el mecanismo de negociación como herramienta sino primordial, al menos relevante, en materia de solución de conflictos, formando profesionales que sean instrumentos de transformación hacia niveles sociales más avanzados donde el diálogo, el consenso y la cooperación sean los nuevos paradigmas del desarrollo.

De esta manera, adquiere una significativa importancia lo que los centros de formación académica puedan entregar y en especial los profesionales del derecho. En efecto, la actividad del abogado como un profesional cada vez más inmiscuido en la empresa y en la generación de negocios, sea participando activamente de aquella o a través de instituciones públicas que interactúan constantemente con empresas privadas, hace preciso repensar la formación del abogado, ya que en la sociedad del siglo XXI cada vez será de menor utilidad aquel profesional del derecho que domina cuantiosas normas procedimentales, civiles y mercantiles, sin duda bastiones para un ejercicio eficaz de la profesión.

Lo que aquí nos interesa destacar es que el abogado que desarrolle eficiente y exitosamente su labor profesional en el mundo de hoy será aquel que esté preparado para

consensuar con otros profesionales del derecho, con profesionales de otras ramas y en relación con diversas disciplinas y ámbitos del conocimiento, por lo que el estudio y desarrollo de habilidades de negociación se hace, ya no solo un requisito, sino un deber ineludible para un adecuado y eficaz ejercicio de la profesión.

Así lo han entendido naciones desarrolladas en las que importantes centros de formación académica, universitaria y profesional han hecho descansar en diversos profesionales y, especialmente, en los del derecho, la responsabilidad por la experimentación y enseñanza de las alternativas a la solución de conflictos, con especial hincapié en la negociación.

4. EL MODELO DE NEGOCIACIÓN COOPERATIVO³

Este modelo de negociación tiene sus orígenes en la Harvard Law School, que ya a fines de la década del 70 se preocupaba del problema del desarrollo profesional de los abogados y su interrelación con la negociación. Más tarde nace el Harvard Negotiation Project desde donde se han cimentado, con diversos matices, los modelos de negociación que tienen en la cooperación su piedra basal.

El enfoque cooperativo de negociación postula un mecanismo donde las partes en conflicto, con intereses divergentes y opuestos y, en algunos casos, otros comunes o complementarios, procuran de modo conjunto una solución cooperativa que satisfaga de un modo equitativo las diferencias, intentando atender los intereses legítimos de ambas, mediante una comunicación clara y expedita, con especial preocupación por las relaciones interpersonales de las partes.

Fundamentalmente el enfoque cooperativo busca solucionar el conflicto a través de un resultado ganador-ganador (*win-win*) en contraposición al típico esquema de juego suma-cero. Este modelo postula abandonar la costumbre innata de aferrarse a posiciones⁴ y aboga por el desarrollo de una actitud creativa que permita idear y alcanzar nuevas soluciones a la problemática en cuestión. Lo anterior permitiría la ampliación del abanico de soluciones, teniendo presentes en todo momento para la solución de las naturales e inevitables divergencias y selección de opciones para satisfacerlas, criterios objetivos, idóneos e independientes de la voluntad de las partes. Para lo anterior, el modelo cooperativo postula la comprensión y entendimiento a cabalidad de los intereses de la otra parte, lo cual se alcanzará mediante una comunicación clara y efectiva.

Otro aspecto importante del enfoque cooperativo es que la visión de los individuos que interactúan en la negociación debe estar volcada hacia el futuro; esto quiere decir que los acuerdos que se alcancen en el proceso deben ser materializables y posibles, no solo en el tiempo inmediato de la adopción, sino también a mediano y largo plazo, con lo que se garantiza que los acuerdos sean duraderos y estables. La permanencia en el tiempo de los acuerdos otorga a su vez a la sociedad confianza en el proceso y a las partes les evita tener que volver a acudir a nuevos procesos, sean de negociación o jurisdiccionales, con los costos en tiempo y dinero que ello significa.

Es posible señalar, entonces, que el rol o papel que otorga este enfoque a la actuación de los negociadores es que estos sean, ante todo, individuos orientados primordialmente a la solución de problemas; para ello será fundamental la capacidad de identificación de dichos problemas, la creación de opciones y alternativas, y el compromiso de ambas partes en actuar de acuerdo al enfoque.

Confirmando las premisas básicas del modelo cooperativo enunciado, cabe destacar lo señalado por Robert Wright, quien desarrolló la tesis de que la historia de los seres humanos consiste en la iteración permanente de juegos de no suma-cero, esto es, intercambios en que

³ El texto emblemático de este modelo es el "¡Sí, de acuerdo!..., cómo negociar sin ceder", de R. Fisher, W. Ury y B. Patton, Editorial Norma, 1986.

⁴ Aunque esta tendencia natural de los individuos se encuentra hoy en revisión por diversas corrientes del pensamiento filosófico.

ambas partes obtienen un beneficio, como es el caso del comercio, en contraposición a los juegos suma-cero, en que el beneficio para una parte conlleva ineludiblemente la pérdida para la otra. A este respecto, sostiene Wright, la repetición permanente de juegos ganar-ganar son los que le han dado una dirección a la flecha de la historia, que avanza de manera continua hacia el establecimiento de organizaciones cada vez más complejas y sofisticadas, como las que observamos hoy al comenzar el siglo XXI⁵.

5. ALGUNAS NOCIONES RELEVANTES DEL MODELO COOPERATIVO

Existen variados postulados relevantes del modelo cooperativo y este, a su vez, a través del tiempo, ha sufrido diversas mutaciones, perfeccionamientos y derivaciones. En este contexto, hemos querido señalar en las próximas líneas solo algunos de los elementos relevantes de este enfoque, ya sea por su importancia en la aplicación práctica a la empresa de hoy día o al ejercicio de la profesión de abogado, todo lo anterior en el contexto de lo que se ha denominado la nueva economía.

Así, y entre otras variables, este modelo de negociación postula el separar a las personas del problema objeto de la negociación, de tal forma de que ambas partes se concentren en los intereses y no en las posiciones transitorias que las partes representan o defienden. Lo anterior, ya que son determinados intereses y las necesidades subyacentes a estos, lo que el individuo debe procurar atender o solucionar mediante la negociación.

Habitualmente las personas tienden a arrinconarse en posiciones; esto es el “problema” y que es el objeto a solucionar en la negociación, se incrusta e inmoviliza en una determinada “posición”. En estas circunstancias, el enfoque cooperativo plantea que muchas veces las partes en conflicto persiguen intereses que si bien es cierto son diferentes, estos no necesariamente son conflictivos o totalmente incompatibles entre sí. Los esfuerzos cooperativos de los negociadores se presentan como el medio adecuado para lograr la identificación de los intereses comunes y complementarios que persigue cada uno de ellos y en la solución de aquellos antagónicos e incompatibles.

Dando un paso más en la búsqueda de una solución al conflicto, el modelo cooperativo incentiva la creación de una variedad de opciones antes de decidir a cuál acudir, intentando que la o las opciones que se escojan respondan a patrones objetivos, idóneos e independientes de las partes. En esta etapa, si bien es cierto que en la mayoría de los casos las partes se otorgan concesiones recíprocas, también es cierto que esas concesiones deben realizarse en base a criterios objetivos e imparciales, válidos para ambas partes; de igual modo el resultado y la negociación misma debe discurrir por canales y materializarse por medio de patrones objetivos.

Sin duda que el gran aporte del modelo cooperativo cuyas raíces, como indicáramos, arrancan del Harvard Negotiation Project, es lo que se ha denominado BATNA (best alternative to a negotiated agreement, o mejor alternativa a un acuerdo negociado), que conlleva la búsqueda, identificación y creación de alternativas con las cuales contar en caso de que la negociación no llegue a acuerdo y la elección de una de ellas en calidad de BATNA. Esto permite al individuo abandonar la negociación si las soluciones propuestas por la otra parte son inferiores a aquella que se ha erigido en la mejor alternativa o BATNA del negociador. Es en este punto donde, primordialmente, radica el poder en las negociaciones, pese a que mucho se ha escrito en otros sentidos, señalando las fuentes del poder en la posición, el poder, la autoridad o la fuerza. Naturalmente, demostrar que es en el BATNA donde recae esencialmente la fuente del poder del negociador, excede los límites propios de un trabajo de esta naturaleza⁶.

⁵ Fisher, A. Alvaro ; “Evolución... el nuevo paradigma”. Editorial Universitaria 2001.

⁶ Es común la identificación en la negociación de los conceptos “límite” (precio de reserva, según algunos autores) y BATNA, cuestión discutible ya que no necesariamente confluyen en un proceso de negociación. En efecto, el límite está impuesto por una o ambas partes dentro del proceso de negociación; por el contrario, el BATNA, si bien es un elemento fundamental a tener presente en la negociación, se encuentra fuera de ella, radicando en eso, precisamente, su relevancia.

En resumen, el enfoque cooperativo es un modelo prescriptivo que apela a una indagación conjunta de soluciones entre ambas partes; se trata de un modelo o enfoque "ideal" si se quiere, que propone mejorar y profesionalizar la conducta en los procesos de negociación, integrando a estos un clima de confianza, objetividad, respeto, contribución y, por sobre todo, una búsqueda incesante de la satisfacción de los intereses y las consiguientes necesidades subyacentes de ambas partes.

6. VENTAJAS DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL ENFOQUE COOPERATIVO DE NEGOCIACIÓN EN LA EMPRESA

En el orden de ideas expuesto en este trabajo surge la pregunta de cómo relacionar concreta y adecuadamente la negociación cooperativa en cuanto a herramienta eficaz y eficiente de solución de conflictos, el ejercicio de la profesión de abogado y la empresa y, además, cómo esta última puede beneficiarse de la misma.

La empresa se ve cotidianamente envuelta en la resolución de innumerables conflictos que van desde su núcleo interno conformado por empleados, ejecutivos, directorio y accionistas, a su relación con otras empresas, proveedores, clientes, autoridades de gobierno e incluso, representantes de gobiernos o compañías extranjeras.

Lo paradójico es que, destinando muchas compañías y ejecutivos gran cantidad de recursos a la solución de controversias, en algunos casos su irresolución o deficiente conclusión implica una pérdida de valor para la empresa y daños a la imagen interna y externa de la misma y de sus ejecutivos. Ambos efectos negativos importan necesariamente costos para la organización, frente a lo cual aparece con mayor urgencia la necesidad de que la empresa y sus administradores encuentren, al menor costo posible, respuestas óptimas frente a este tipo de situaciones conflictivas.

Como ya hemos esbozado, los mecanismos tradicionales como los tribunales de justicia no suelen concluir con rapidez los conflictos que se le presentan, además del alto costo del proceso y la incertidumbre propia de un resultado que es sometido a la decisión de un tercero, muchas veces no especialista en la materia debatida.

Por otra parte, individuos y organizaciones que han basado su desarrollo en el sistema de negociación posicional han constatado que dicho enfoque, entre otras secuelas negativas que ya hemos referido —como la imagen del negociador—, no asegura, a pesar de que el problema se resuelva en lo inmediato, que el acuerdo se cumpla o que el mismo conflicto no se repita en lo sucesivo, elevando los costos que se evitó incurrir en un primer momento.

Importante es destacar una vez más que, a través de estos mecanismos, la vía judicial y la negociación posicional, es muy probable que entre las partes las fricciones alcancen niveles de aspereza muy altos, situación nada deseable si se piensa que la otra parte puede ser un cliente interno o externo, un proveedor e incluso el propio gobierno.

Es en este contexto de consecuencias no deseables en el manejo de la conflictividad donde aparece la aplicación sistemática y metódica del enfoque cooperativo de negociación como una herramienta que permite a la empresa mejorar su propia situación relativa, tanto interna como externa, sin desmejorar la de los otros e incluso, mejorándola también. Así, el sistema cooperativo de negociación ofrece a la empresa a lo menos tres elementos clave para el desarrollo de los negocios, como vía alternativa a la judicial y al uso de mecanismos posicionales:

Eficiencia. Esto es, el uso extensivo y racional del sistema permite a las empresas soluciones más expeditas a los conflictos y economías importantes al dejar de utilizar frecuentemente los tribunales de justicia, con el consabido costo que esto representa en gastos operacionales y profesionales, sin perjuicio de la ya endémica dilación a que las causas se encuentran sometidas en los tribunales. Asimismo, la empresa no pierde el contacto con la resolución del conflicto, lo que le permite involucrarse en la búsqueda de soluciones indagando y, a su vez, cooperando con las actuaciones de la otra parte.

Eficacia. La negociación cooperativa permite resolver, en la casi totalidad de los casos, los conflictos que afectan a los individuos y a la compañía, a diferencia de las resoluciones judiciales que si bien conllevan una solución para el caso en cuestión y gozan de imperio, muchas de ellas son incumplidas, ya sea expresa o tácitamente, por su falta de equidad o por la imposibilidad material de satisfacerlas o porque, sencillamente, las partes no han participado del proceso y se sienten ajenas al resultado. Similares razonamientos podemos apuntar para la falta de eficacia de la negociación posicional.

Permanencia de los acuerdos en el tiempo. La resolución de conflictos por medio de los tribunales de justicia o la utilización de métodos de negociación confrontacionales normalmente termina con un ganador y un perdedor y esto, a su vez, produce pocos incentivos al vencido para cumplir con lo pactado y, en el caso en que sea obligado a ello, difícilmente las relaciones entre las partes podrán ser cooperativas en el futuro.

En síntesis, la empresa existe, cualquiera que sea la forma que esta adopte para que, por medio de la producción de bienes y/o servicios y la satisfacción de las necesidades materiales de la comunidad, genere beneficios a sus accionistas. Para obtener estos beneficios es relevante y significativo, entre otras y numerosas variables, la forma en que aquella conduce el conflicto, tanto interna como externamente.

Si una compañía no logra resolver las disputas que se le presentan en forma expedita y de modo que los acuerdos logrados sean equitativos y perdurables y, al mismo tiempo, no le es posible mantener relaciones cooperativas con los diferentes entes con que interactúa durante el desarrollo de su giro, esta sociedad difícilmente logrará mantenerse al margen de una larga cadena de litigios que mermarán su eficiencia y, en definitiva, su productividad.

7. IMPLEMENTACIÓN DEL ENFOQUE DE NEGOCIACIÓN COOPERATIVO EN LA EMPRESA Y EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO

De lo expuesto podemos colegir, con cierto grado de certidumbre, que en la negociación cooperativa las compañías y diversos profesionales, en especial aquellos del derecho, encuentran una herramienta eficiente y eficaz para la solución de conflictos.

En este aspecto, es el turno de la convicción e implementación del modelo. Efectivamente, es posible que el elemento de mayor complejidad en la negociación cooperativa sea, aunque resulte extraño, la convicción de que el mismo es una herramienta para la solución de divergencias; y esto es así porque, al fin y al cabo, al parecer nuestra tendencia habitual a la confrontación, especialmente en los abogados, implica rediseñar un esquema de pensamiento demasiado asentado en nuestra enseñanza y posterior comportamiento.

Aun resulta de mayor complejidad si este modelo para resolver los conflictos no solo debe ser traspasado a los abogados y ejecutivos de la compañía, sino a los empleados, directores, accionistas y demás individuos y grupos intermedios que interactúan en y con la empresa. Como fácilmente se podrá intuir, la tarea es compleja y esta dificultad la torna a veces desalentadora, con lo que la tendencia a la confrontación posicional y a la litigiosidad se hace más fácil y, en teoría, expedita.

Es por ello que la implementación de este nuevo esquema en la empresa y, especialmente, su ejecución por abogados en conjunto con la alta administración de la compañía, debe venir aparejado de un programa organizado, correctamente delineado y sistematizado, con una sólida base conceptual y fáctica.

A estos efectos hemos intentado explicitar ciertos aspectos que una estrategia de negociación cooperativa diseñada por el abogado asesor y la alta administración de la empresa debiera considerar, a la hora de la solución de divergencias en el mundo de la empresa⁷:

⁷ Nos hemos tomado la libertad de que, al referirnos abogados, lo hacemos englobando en un solo concepto tanto a abogados internos como externos a la compañía. Entendemos que las motivaciones de unos y otros pueden ser diversas, sin perjuicio de lo cual la generalización se realiza con el objeto de conceptualizar el modelo propuesto.

- a) **Desarrollo de una estrategia de negociación.** El desarrollo de una estrategia de este tipo no puede circunscribirse únicamente a la empresa o al abogado responsable de asesorar el asunto; debe ser una estrategia en que todas las partes involucradas adopten un compromiso para el análisis cooperativo del conflicto, lo que no significa, bajo respecto alguno, dejar de lado la posibilidad de acudir a los tribunales de justicia si no existiera más opción; significa, si se quiere, que tanto la alta administración de la empresa como los abogados asesores adoptarán la estrategia de considerar como una opción relevante la negociación cooperativa para solucionar los conflictos.
- b) **Estimar el valor económico del litigio y sus consecuencias, tanto directas como indirectas.** En efecto, la empresa debe convenir con los profesionales del derecho a cargo de la situación un sistema objetivo que permita a la alta administración conocer de un modo certero, aunque no sea exacto, cuál es el costo y cuáles son las expectativas de ganar y el tiempo que será necesario para ello, en el evento de recurrirse a los tribunales de justicia. Al mismo tiempo, el sistema debiera permitir a la empresa contrastar esa información con los costos, posibilidades y cesiones recíprocas o unilaterales que devendrían de un proceso de negociación ante la misma situación.
- c) **Desarrollo de opciones negociadoras.** La administración de la compañía debe procurar de sus asesores legales que, frente a situaciones de conflicto relevante, conjuntamente con la preparación de la estrategia procesal y sustantiva de defensa para acudir al Poder Judicial, se proyecte un plan de negociación; esto es, desde el primer momento los abogados deberán examinar acuciosamente la posibilidades ciertas de una solución extrajudicial basada en los méritos del problema.
- d) **Apreciación de los méritos del conflicto, de su eventual solución y adopción de la consiguiente estrategia.** Una vez dimensionados los costos económicos asociados al litigio y a la negociación y desarrollado estrategias y opciones reales de acuerdos extrajudiciales, la alta administración de la compañía deberá realizar un acucioso estudio de los mismos para tomar la decisión en el sentido de privilegiar la opción negociadora cooperativa versus la opción litigiosa.
- e) **Elaboración de un registro de negociaciones.** La empresa y sus asesores legales debieran mantener un registro de los procesos de negociación, el estado de cada uno de ellos, las revisiones que se hacen de estos, las diversas ofertas, opciones, alternativas y resultados que se han obtenido o que se encuentran en proceso para cada caso relevante. Este instrumento es de muy alta relevancia, dado que la negociación, tanto como ciencia como arte –habilidad de ciertas personas para obtener resultados–, se nutre de la realidad fáctica del negociador quien, a través de la preparación de cada proceso y la contrastación de sus resultados, desarrollará mejores y más exitosos procesos para el futuro inmediato⁸.

Como puede apreciarse, de los simples pero sustanciales elementos propositivos descritos, la opción de una compañía y sus ejecutivos de acogerse a un sistema cooperativo pasa por varias etapas que deben conjugarse armónicamente, siendo el rol que debiera desempeñar a estos efectos el abogado crucial⁹.

⁸ Algunos autores, basados en la destreza que necesariamente implica el negociar, han señalado que la negociación es más un arte que una ciencia. Véase a estos efectos "El arte de negociar", de Gerard I. Nierenberg, Publisher: Simon & Schuster, 1986. Nosotros nos inclinamos por señalar que se trata de una ciencia social con todas las consecuencias que de esa conceptualización devienen, como se esboza en el número 8 del presente documento.

⁹ Ciertos elementos de este marco propositivo han sido expuestos por Roger Fisher en su trabajo "He who pays the piper", 1985, en "The Art of Business Negotiation", Harvard Business Review, N° 90027.

Asimismo, en casi todos los casos se trata de un asunto con un profundo contenido psicológico y costumbrista, toda vez que el simple hecho de trabajar conjuntamente ejecutivo de empresa y abogado en la dimensión del conflicto y sus vías de solución no es del todo usual, no obstante que estamos acostumbrados a que la alta administración trabaje muy estrechamente con otros especialistas de diversas materias. Es este el desafío para el profesional del derecho de hoy¹⁰.

8. NEGOCIACIÓN Y DERECHO DE LA EMPRESA

El inicio del siglo XXI ha demostrado con toda crudeza que estamos en una situación contextual social, cultural y económica que impone necesariamente esfuerzos por acrecentar el estudio de la negociación, los que deberán tener por finalidad el describir y explicar los diversos modelos de una manera científica.

Entendemos por científica el determinar fórmulas y métodos que permiten, a través de un acucioso estudio de casos de conflicto y negociación, identificar pautas de comportamiento y decisión que sean comunes y, por lo tanto, generalizables, pudiendo a su vez diferenciarse las mismas en algunos de sus aspectos según elementos propios de negociaciones particulares, basadas en especiales aspectos económicos, culturales, éticos, morales, entre otros. Estos modelos descriptivos debieran, a su vez, contener las explicaciones y motivaciones del comportamiento humano en situaciones de conflicto, objetivo a que tienden las ciencias sociales por regla general.

Efectivamente, y tal como hemos visto, la solución de conflictos a través de diversos mecanismos, en especial la negociación cooperativa, no debe ser ajena al derecho de la empresa. Por el contrario, la mayor parte de las ramas y disciplinas del Derecho, especialmente aquellas vinculadas al derecho de la empresa debieran incluir el tratamiento y descripción del comportamiento de los individuos en ambientes controversiales con el objeto de sustraer, en la medida de lo posible, las desavenencias del ámbito judicial, entregándolas a procesos de negociación con un importante contenido cooperativo.

De esta manera, el estudio, adopción e implementación del referido enfoque por parte de los abogados imbuidos en el ámbito del derecho de la empresa y por los altos ejecutivos de estas sociedades intermedias, otorgará mayor certeza al desarrollo de los negocios y asegurará mejores relaciones con el entorno y el mundo interno de las diversas compañías sino garantizando, a lo menos generando condiciones para resultados más justos, eficientes y eficaces.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- BRESLIN, J. Willian and Jeffrey Z. RUBIN (editors). "Negotiation Theory and Practice". Cambridge, MA: Program on Negotiation Books, 1991.
- COLAIACOVO, Juan Luis. "Negociación y Contratación Internacional". Ediciones Macchi, 1991.
- FISHER, Roger, Willian L. URY, and Bruce PATTON. "Getting to yes: Negotiation Agreement Without Giving In". 2nd Ed. Penguin Books, New York, 1991.
- FISHER Roger, "The Art of Business Negotiation", "He who pays the piper", Harvard Business Review, No. 90027, 1985.
- LAX, David A. and James K. SEBENIUS. "The Managers Negotiator: Bargaining for Cooperation and Competitive Gain". New York: Free Press, 1986
- RAIFFA, Howard. "The Art and Science of Negotiation". Cambridge, MA: Harvard University Press, 1982.
- FISHER, A. Alvaro ; "Evolución... el nuevo paradigma". Editorial Universitaria 2001.

¹⁰ Evidentemente estos no son, en caso alguno, todos los elementos que debiera tener presente un ejecutivo y el abogado asesor de una compañía para efectos de determinar la vía idónea a seguir ante un conflicto. Lo que pretende postular este trabajo es que la negociación cooperativa, en muchos casos, traerá mejores y más eficaces resultados que la confrontación judicial.

KARRASS, Chester. "The Negotiation game". Ed. Harper Bussiness, 1992.

LEWICKI, Hiam & Olander. "Think Before you Speak". Ed. J. Wiley & Sons. 1996.

SCHOONMAKER, Alan N. "Negocie y gane". Ed. Norma 1990.

FREUND, James C., "Smart Negotiating", Ed. Simon and Schuster, 1992.

NIEREMBERG, Gerard I. "El negociador completo". Publisher: Simon & Schuster, 1986.

"Negotiation: Strategies for Mutual Gain", The basic seminar of the Program on Negotiation at Harvard Law School. Ed. Livinia Hall, 1993.