

Mediación en conflictos comerciales y patrimoniales y la posibilidad de aplicar el enfoque transformativo*

Por Joseph P. Folger y Gustavo Fariña

1. Introducción

En ocasión de un reciente Congreso de mediación tuve oportunidad de escuchar –una vez más– a funcionarios estatales encargados de desarrollar políticas de Estado para la implementación y desarrollo de métodos adecuados de resolución de conflictos, hablar de los beneficios de la mediación especialmente en los temas de familia dado el alto grado de emocionalidad de las partes y donde se reconoce mayoritariamente, que la causa de los conflictos entre ellas tiene como fuente problemas vinculados con la historia de las partes. Esta afirmación recurrente ha generado en muchos jueces, abogados, usuarios de los servicios de mediación y hasta en los propios mediadores la creencia de que la mediación sirve prácticamente con exclusividad para el tratamiento de los conflictos familiares (y además cuando se habla de conflictos familiares, en general, se piensa en los derivados por la decisión de la pareja de divorciarse, pero no se tienen en cuenta todos aquellos conflictos laborales, comerciales y societarios donde las partes en disputa tienen vínculos de familia, las sucesiones, decisiones familiares respecto del cuidado de los padres, etcétera).

En función de lo anterior, es común escuchar la pregunta –muchas veces como un claro cuestionamiento– sobre si la mediación en general como método de resolución alternativa de conflictos y el enfoque de mediación transformativa en particular, es útil cuando el objeto de la mediación es económico o de contenido patrimonial. Creo que para intentar responder esta pregunta en sus dos aspectos sería útil primero, intentar analizar cuáles son las causas, razones o situaciones que generan los conflictos o inciden entre las partes involucradas cuando hay cuestiones patrimoniales en juego. ¿Por qué las personas se empantanar en estas disputas y cuáles son los motivos de la rigidez de la defensa de posicionamientos expresados en números? Una vez respondido esto, nos encontraremos en condiciones de evaluar si la mediación es o no un mecanismo idóneo para el tratamiento de ese tipo de casos. Analizaremos qué puede aportar en dichas situaciones la mediación en general y el enfoque transformativo en particular.

2. Las causas de los conflictos “comerciales” y de los reclamos con contenido patrimonial

Los reclamos patrimoniales se materializan a través de montos, cifras o planteos sobre bienes materiales. Pero cualquier mediador, abogado experimentado, funcionario judicial o persona que se vea inmersa en este tipo de conflictos podrá coincidir en

* [Bibliografía recomendada.](#)

que estas cuantificaciones o reclamos tienen componentes o factores que los motivan y sirven de sostén que no tienen que ver necesariamente con cuestiones económicas y mucho menos con aspectos objetivos. Los números se fundamentan muchas veces en aspectos totalmente personales y subjetivos. La verdadera causa de la disputa puede no ser de contenido patrimonial.

Sin ánimo de pretender hacer una enumeración taxativa, entre alguna de las causas o razones que originan o influyen fuertemente en las disputas con contenido patrimonial podríamos mencionar:

a) *La historia reciente o antigua entre las partes. La percepción sobre las intenciones del otro.* En la mayoría de los casos las partes tienen una historia preexistente que puede ser breve o de antigua data. Cuando hablamos de historia nos referimos al conjunto de secuencias de interacciones desarrolladas entre las partes y que han sostenido su relación. Esas secuencias interaccionales implican necesarias y respectivas interpretaciones que cada uno de los participantes les ha dado a esos intercambios comunicacionales. Determinados impactos generadores de conclusiones en cada uno de ellos, que a su vez han ido generando nuevas acciones. Como resultado de estas acciones e interpretaciones las partes van adicionando un bagaje de ideas, sentimientos, que los posiciona de un modo determinado frente al otro. Imposible comprender el verdadero significado de lo que se dice cuando no conocemos el contexto que está dado principalmente por la “historia”. A lo largo del tiempo estas conclusiones individuales y subjetivas van generando en las partes una idea acerca de “el otro”, y sus intenciones. Esto hace que frente a un hecho nuevo, la “mirada” de cada una de las partes esté teñida de esa historia pasada, sin posibilidades de escindir el preconcepto que tienen sobre el otro e interpreten esa nueva situación con este bagaje negativo o positivo. En consecuencia, si la historia ha sido conflictiva seguramente prevalecerá la visión negativa sobre el otro y viceversa.

b) *Las emociones y la falta cultural de preparación para las negociaciones.* Una madre oye que algo se rompe en la sala y al llegar se encuentra a su hijo de cuatro años, bate en mano, parado al pie de un jarrón roto. ¿Qué pasó?, pregunta. Contrito y mirando para otra parte, el niño contesta: “Nada”. Cuando se trata de admitir emociones difíciles, con frecuencia adoptamos la misma estrategia del niño del bate. Si no admitimos que sentimos emociones, pensamos que podemos evitar las consecuencias de sentirlas. Pero tenemos más o menos las mismas probabilidades de ocultar nuestras emociones que el niño que trata de convencer a su madre de que no pasó nada con el jarrón. Los sentimientos son demasiado poderosos para quedarse pacíficamente embotellados. Se harán oír de un modo u otro, se filtran o estallan. Y si se manejan indirectamente, evitan o intentan taparse, contaminan la comunicación, hacen escalar el conflicto y deterioran la relación¹.

A diferencia de otros países, en la cultura latina, las negociaciones y las conversaciones que se mantienen para intentar resolver los conflictos se desarrollan de un modo mucho más intuitivo y carente de preparación previa. Cuando las partes concurren a una reunión con la otra parte para tratar un tema conflictivo rara vez dedican

¹ Stone, Douglas - Patton, Bruce - Henn, Sheila, *Conversaciones difíciles*, Barcelona, Norma.

tiempo para prepararse. Si una de las partes debe concurrir, por ejemplo, a una audiencia de mediación o conciliación, a lo sumo se reúne con su abogado media hora antes en el bar de la esquina. En ese lapso dedican diez minutos a hablar de la economía, otros diez minutos sobre política, la última parte de la charla sobre fútbol y cuando están pidiendo la cuenta ya sobre la hora para llegar a tiempo a la audiencia, hablan dos palabras sobre la cuestión y convienen presentarse en la audiencia “a ver que tiene para decir la otra parte”. Esto podría ser perfectamente válido sino fuese por el riesgo que implica otorgar una peligrosa preponderancia a la improvisación, a lo intuitivo para la toma de decisiones. Cuando hablamos o tomamos decisiones simplemente desde lo que nos “nace”, corremos el riesgo de adoptar decisiones basadas exclusivamente en lo emocional. Cuando recibimos una respuesta de la otra parte que nos desagrada, nos enoja profundamente o simplemente no obtenemos lo que necesitamos recibir de la otra parte le respondemos desde “lo visceral” y mandamos al Diablo al otro, cortamos la negociación o directamente decidimos ir a juicio. Probablemente más tarde –tal vez solamente un rato después– podamos arrepentirnos al darnos cuenta que no fue la mejor decisión que podíamos haber tomado teniendo ahora en cuenta otros factores que no tuvimos en cuenta en su momento. Desde dar por terminada una negociación porque nos sentimos frustrados y ofendidos hasta decidir no ofrecer más de determinado número o aceptar menos, hay un conjunto de situaciones donde las partes podrían manejarse de un modo muy diferente al que lo hacen habitualmente si tuvieran o siguieran un modelo de negociación que los ayude a transitar y tomar decisiones a través de la tormenta del conflicto de un modo menos subjetivo y emocional.

c) *Expectativas personales respecto del actuar o decir de los demás.* En las relaciones que entablamos y desarrollamos a diario con las demás personas, sean estas de carácter comercial, laboral, familiar, de vecindad o cualquiera ella sea, tenemos expectativas respecto de cómo deberían comportarse en determinadas situaciones, que deberían o no, hacer, decir y el modo en el que lo hacen. También los demás las tienen sobre nosotros. Cuando no recibimos el trato que pensábamos que merecemos, decimos o nos dicen algo de un modo que no es el esperado, nos sentimos defraudados, molestos, enojados. Un modo interesante de explicar esto que ocurre fue desarrollado por Floyer Acland². Allí el autor identifica a lo que denomina la ruptura del “contrato psicológico” dentro de las causales generadoras de conflictos reales (entiende que existe otro tipo de conflictos basados en la percepción, malos entendidos o mala comunicación a los que llama “conflictos irreales”), y otra categoría que serían los inventados. Los contratos psicológicos son expectativas tácitas recíprocas basadas en relaciones de confianza. Cuando en el tiempo estas expectativas no se ven satisfechas, lo que sentimos es una sensación de “traición” a la confianza depositada en el otro. Esto explica en buena forma como en la mayoría de los casos donde las partes tienen un conflicto y hay una relación preexistente entre ellos, un componente importante (sino fundamental) tiene que ver con estas expectativas no satisfechas. Se manifiesta en reclamos entre ellos del tipo de: “fuiste incapaz de decírmelo a los ojos y en vez de eso hiciste...”; “no puedo creer que después de tantos años me niegues

² Floyer Acland, Andrew, *Mediación para resolver conflictos en organizaciones*, Barcelona, Paidós.

que me corresponde eso...”; “si tengo que pagarle algo que me lo diga un juez, no le doy un peso después de cómo se comportó...”, etcétera.

d) *Cuestionamientos y dinámicas de interacción del tipo ataque/defensa/ataque basadas en diferencias de opinión sobre el modo en el que se desarrollaron o pudieron haberse desarrollado los hechos.* Es común que en las discusiones invirtamos mucho tiempo y energía en discutir los hechos, si las cosas fueron de un modo o de otro, que es lo que cada uno debió haber hecho o como debió haber actuado en determinada situación. Lo cierto es que hay determinados métodos adversariales³ de resolución de conflictos tales como el juicio o el arbitraje donde esta determinación es fundamental a los efectos de asignar culpas, determinar responsabilidades y en función de ello estipular una sanción o el deber de reparar. Pero en procesos tales como la negociación directa o incluso la mediación o la conciliación, esta discusión es un tiempo perdido. En el primer caso, no hay tercero para dirimir la disputa y en los siguientes el tercero carece de poder de decisión o resolución sobre el conflicto. Sin embargo, incluso en procesos como la mediación, muchas veces las partes (y sus abogados) se enredan en discusiones de este tipo sobre los hechos o el derecho aplicable. Al margen de ser tiempo perdido, ya que como anticipamos ninguna podrá hacer prevalecer su opinión respecto de la del otro, genera una escalada en la competitividad y un clima negativo para el desarrollo de la conversación. Las discusiones sobre los hechos generalmente están compuestas por imputaciones y ataques del uno contra el otro. Estas dinámicas en vez de permitir que uno escuche al otro, al sentirse atacado, genera la necesidad de defenderse, retrucar. Cuando atacamos al otro evitamos informarle sobre lo que necesitamos y esperamos de la otra parte. No damos información sobre que puede hacer el otro para satisfacer nuestras necesidades.

Por otra parte, quien recibe el ataque al mismo tiempo debe pensar cómo defenderse y contraataca. En resumen, una conversación de sordos, alejada de lo que debería ser un diálogo constructivo.

e) *Comunicación. Forma en la que la otra parte dijo lo que dijo.* A menudo subestimamos el valor o la importancia que tienen las palabras y el modo en el que decimos lo que decimos. Creemos en general que si la otra parte no comprende lo que decimos es un problema del otro. Pero es exactamente lo contrario. Si el otro no entiende lo que digo, soy responsable por no haber podido o sabido darme a entender. En general ponemos la responsabilidad sobre la interpretación del mensaje exclusivamente en quien escucha. Es verdad que siempre existirá un aspecto subjetivo de la escucha del otro sobre el que, en principio, no tenemos control. Pero pensarlo de ese modo evita todo esfuerzo que podamos hacer para minimizar los malentendidos o intentar asegurarnos de que el significado del mensaje que estamos emitiendo sea lo más exacto posible con la intención que queremos darle. Si partimos de la base de que la responsabilidad de ser entendidos es nuestra, será el génesis de un cuidado en el mensaje que emitamos. Cuidaremos que lo dicho sea coherente con nuestro lenguaje gestual. Que el modo en el que decimos las cosas facilite la escucha del otro y no al contrario. Por ejemplo, si en vez de explicar lo que nos pasa, nuestros senti-

³ Highton, Elena - Álvarez, Gladys, *Mediación para resolver conflictos*, Bs. As., Ad-Hoc, 2004.

mientos al respecto y que necesitaríamos que el otro haga, lo que hacemos es asignarle la culpa, decirle lo que hizo mal o no debió haber hecho y amenazarlo para que modifique la conducta o resarza el daño, lo más probable es que el otro se defienda y no comprenda el verdadero impacto que ha generado su acción. Así, al problema de la comunicación que implica creer que es el otro quien tiene la tarea de entender lo que decimos se superpone lo que describimos y enunciamos como causa independiente en el punto anterior. Cuando hablamos lo hacemos de un modo agresivo, sumado a que en nuestra cultura latina, el modelo de negociación en el que todos nos hemos formado es el adversarial o competitivo donde entendemos que para ganar una discusión debemos destruir o derribar la postura del otro. Imponemos nuestra visión creyendo que existe un solo modo de ver las cosas, el nuestro.

f) *Los “valores” de los bienes.* Cuando en un conflicto las partes discuten la posesión de un bien, muchas veces la implicancia o el valor que cada uno de ellos le asigna es diferente. Discutirán valuaciones aportadas por cada una de las partes, intentaran buscar valores de mercado que no compartirán, trataran de buscar formas de objetivar el valor del bien en cuestión, pero será infructuoso. La razón es que para uno el valor es meramente el de mercado de la propiedad (objetivo) mientras que para la otra parte el valor tiene que ver con lo que el bien significa para él (subjetivo). Si Carlos intenta vender su reloj, Pablo le ofrecerá comprarlo haciéndole una oferta basada en lo que vale en el mercado de acuerdo a la marca, modelo, antigüedad, estado, etcétera. Carlos la rechazará por considerar el valor insuficiente. Se iniciará una discusión sobre si la tasación es correcta o incorrecta, cómo se tomó, qué se tuvo en cuenta. Discutirán asumiendo que el valor del reloj para ambos es el mismo (material). El problema es que el reloj era del abuelo de Carlos y es un recuerdo que él tiene de aquel. Carlos no explica esto, simplemente considera insuficiente el valor propuesto por Pablo. En la medida que esta diferencia en cuanto a los “valores” no sea explicitada, Carlos pensará que Pablo intenta aprovecharse de su necesidad y Pablo que Carlos intenta sacar ventaja de su interés. El primer paso para resolver un conflicto sería saber cuál es verdaderamente la disputa y esto sólo se logra si las partes pueden dialogar, expresarse y comprender cuál es la valoración y los fundamentos de ésta para cada uno. Lo expuesto se aplica a la discusión en las sucesiones por los bienes, las negociaciones sobre el valor de venta de una empresa cuando el que vende es quien la fundó y desarrolló, entre muchos posibles ejemplos.

g) *Cuantificaciones y planteos erróneos.* Una vez trazadas algunas de las causas que pueden generar o influir en los conflictos podemos ejemplificar lo expuesto en diversas situaciones donde se formalizan planteos económicos o se responde a éstos en distintos contextos. Previo a ello será importante aclarar algo que es común a todos los reclamos económicos.

Quando el conflicto tiene componentes vinculados con los puntos anteriores y éstos no están contenidos o posibilitados al menos de ser expresados, permitiendo que se visualice que es lo que verdaderamente está en juego entre las partes, los ofrecimientos que respondan al planteo serán posiblemente insatisfactorios para el solicitante. Incluso cuando la cuantificación que contiene tanto un reclamo como el posible ofrecimiento, se basa en parámetros objetivos tales como la ley, la jurisprudencia, información o datos objetivos, baremos, etcétera. El problema es que tal como los lectores habrán apreciado, las motivaciones de las personas en los conflictos a los

que hacíamos referencia son todas subjetivas. Sin embargo y a pesar de ello, presenciábamos permanentemente en las mediaciones como las partes o sus representantes no entienden como es rechazado por la otra parte, un ofrecimiento que han formulado en el entendimiento de que es justo, razonable, y claramente conforme a derecho.

En resumen, en los casos descritos, ya sea como causa generadora del conflicto o factor que alimenta la deficiente gestión del conflicto y favorece la escalada del conflicto podemos decir que las partes padecen una crisis en su interacción. Independientemente de las causas objetivas que pudieron haber originado en muchos casos el conflicto (falta de pago de una deuda, incumplimiento contractual, problemas o diferencias societarias, accidentes de tránsito, mala praxis profesional, etc.) los puntos que desarrollamos influyen en el desarrollo del conflicto y a veces terminan siendo una cuestión central de éste, convirtiéndose en causa, impidiendo que pueda tratarse el tema original y generando una cuantificación mayor en el reclamo.

3. Ejemplos de aplicación de las causas expuestas en diversas situaciones

a) *Divorcios, cuestiones familiares. Sociedades donde los integrantes tienen vínculos de familia.* Cuando se trata de negociar un reclamo de cuota alimentaria el monto en discusión no solamente va a estar fundado en base a la capacidad del alimentante y las necesidades del alimentado. En muchas situaciones incidirá en la cuantificación del monto la necesidad de reconocimiento de la mujer que tal vez postergó su desarrollo profesional en aras de la crianza de los niños y dando lugar al desarrollo profesional y laboral del marido; sensación de inseguridad (y debilidad) con vistas al futuro atento haber sido criada con el único objetivo de formar una familia; en situaciones de infidelidad y frente a la ruptura de un contrato psicológico existe la frustración y sensación de traición respecto de la confianza depositada en la expectativa sobre el comportamiento de la otra parte.

Además, los conflictos que surgen en las empresas de familia tienen su génesis en cuestiones que en la mayoría de los casos no tienen que ver con el “negocio” o si el conflicto se ha judicializado con el reclamo legal. Recuerdo un caso en una empresa donde el padre estaba preocupado por la continuidad de su hija en la empresa una vez que el no continuara a su cargo. Tenía tres hijos, dos hombres y una mujer. Los hombres habían duplicado en los últimos años la facturación y la operatoria de la empresa y la mujer se dedicaba a tareas administrativas, al manejo del dinero, pero no desarrollaba actividades comerciales que era el fuerte de los hermanos. A la vista de ellos, las tareas que ella desarrollaba eran de menor valor y permanentemente planteaban la necesidad de reflejar esa diferencia en los dividendos que retiraban. El padre temía que una vez que él no estuviera ya en la empresa, los hermanos varones utilizaran su mayoría para excluirla. Entonces consultó abogados y escribanos y empezó a diseñar un armado legal para protegerla e incluso realizar algunos adelantos de herencia a fin de anticipar una repartición equitativa de algunos bienes importantes de los que disponía la empresa. En una reunión a efectos de formalizar estas cuestiones una vez todos reunidos, dirigiéndose a su hija le dijo: Bueno, ya estamos todos reunidos, porque no te preparas unos cafecitos así empezamos...

El problema de la desprotección de la hija no tenía que ver con cuestiones societarias o meramente como los hermanos la veían sino el rol en esa familia que el

Folger - Fariña, *Mediación en conflictos comerciales y patrimoniales...* 6

padre había atribuido desde siempre a sus hijos. Ninguna estrategia legal o notarial podría modificar ese modo de operar que era generado desde el seno familiar por sus integrantes, salvo que ellos mismos decidieran conversar y abordar los verdaderos problemas.

b) Reclamos laborales. Un trabajador con determinados años de antigüedad que es despedido de una empresa seguramente la cuantificación del reclamo será conforme lo que su abogado le diga que corresponde a derecho. Pero su satisfacción o insatisfacción no pasara por conseguir eso. Si esta persona siente que ha sido maltratado, no reconocido o el modo en el que se desvinculó no es el que esperaba o entendió hubiera correspondido, independientemente de lo que obtenga económicamente esa insatisfacción subsistirá o incluso hará imposible el acuerdo.

c) Participación en la mediación de representantes de personas jurídicas o físicas a través de apoderados. Daños y perjuicios. En un caso donde quien solicitó la mediación reclamaba por el fallecimiento de su mujer internada en una de las mejores clínicas de la Ciudad de Buenos Aires con motivo de un parto gemelar programado. En la primera audiencia de mediación estaba el requirente presente con sus dos abogados (uno que llevaría el caso en sede civil y el otro que estaba a cargo de la causa penal iniciada por la figura de abandono de persona). Por el otro lado habían concurrido como requeridos la clínica y la aseguradora. También estaba citada la médica a cargo, pero no había concurrido.

La abogada que participaba en representación de la compañía de seguros y la clínica era una mujer muy joven, con aparente poca experiencia. La escasa experiencia, lamentablemente, es una constante muchas veces en los representantes de las personas jurídicas en mediación. Esto se debe a que en general se envía a quienes recién empiezan a trabajar a las audiencias de mediación, tanto desde la empresa como si es un estudio externo quien representa a la empresa. Al igual que ocurre en los tribunales, donde el personal que atiende la mesa de entradas es integrado por los “nuevos”, quienes recién empiezan, a cubrir las audiencias de mediación se envía a los abogados menos experimentados, básicamente a relevar información sobre el reclamo. Estas conductas hablan a las claras que el grado de importancia que se le otorga a la instancia de mediación es escaso y no se advierte que sea necesario enviar gente “experimentada” a dichas audiencias. Sin embargo, del mismo modo que la cara del tribunal es la mesa de entradas (si me atienden bien o mal allí, resumimos que el tribunal funciona bien o mal), del mismo modo si quien reclama en una audiencia de mediación no se siente escuchado o respetado probablemente su actitud con relación al reclamo sea más dura.

Nuevamente vale recordar que los números tienen un sostén emocional. Quien no siente que haya un respeto por sus padecimientos, molestias, daños, etc., cuando llegue el momento de recibir una oferta, la evaluará con una exigencia mayor. En el caso, cuando al comienzo de la mediación el requirente tuvo la palabra, contó que después del parto ya en su habitación su mujer comenzó con fuertes dolores en la espalda. En varias oportunidades las enfermeras se acercaron diciéndole que era normal y que la doctora no estaba disponible. Con el correr de las horas los dolores se intensificaron y finalmente falleció. Lo que sufrió su mujer y no se detectó fue un ACV (ataque cerebrovascular). Ahora a los cincuenta y pico de años está con dos bebés a cargo y continuó hasta finalizar un relato cargado de dolor y emoción.

No es la primera vez que después de escuchar un relato de estas características (y a pesar de ello) cuando el representante de la persona jurídica convocada interviene dice por ejemplo dirigiéndose al abogado del requirente: ¿Doctor cuánto pide? La respuesta más probable del requirente a esto será: ¡Usted no entendió absolutamente nada! Es allí cuando en la reunión comienzan a mezclarse los aspectos subjetivos que mencionábamos antes. Aun en el caso que este abogado traiga más adelante a la mesa de mediación una oferta seria u objetiva, ésta será insuficiente porque ya de por sí, los daños para quien los sufre difícilmente puedan objetivarse, ni siquiera con los baremos o parámetros jurisprudenciales. Pero por otro lado porque quien le está haciendo ese ofrecimiento que es insuficiente además lo ofendió con su actitud o sus dichos.

Cuando interviene por primera vez la abogada de la clínica, después de haber escuchado lo relatado podría haberse dirigido al abogado de la otra parte o hacer algún tipo de descargo del tipo de intentar poner en tela de juicio los dichos del requirente; minimizar el grado de responsabilidad que se le imputa a sus representados; intentar un ataque como defensa, etcétera.

En vez de ello, se removió sus lentes lentamente, se tomó la cara con las dos manos y mirando a los ojos del requirente, en un tono pausado y respetuoso, le dijo: “Lamento enormemente todo lo que me cuenta. Sabía que era una situación compleja la que originaba el reclamo, pero es totalmente diferente escucharlo de usted. Creo que lamentablemente ninguno de los que estamos en la mesa podemos hacer nada para modificar la situación obviamente en lo que respecta a lo que sucedió con su mujer y lo que usted sufrió. Lo que sí puedo hacer es comprometerme a tratar de transmitir a mis representados del modo más fiel posible lo que usted me acaba de narrar. Me comprometo a hacer todo lo que está a mi alcance para traerle una respuesta lo más rápido posible de la compañía respecto de su planteo y tratar de que este proceso sea lo más breve y menos incomodo que se pueda para usted, si eso puede ser posible. Lamento profundamente el fallecimiento de su mujer y todo lo que como consecuencia de ello me cuenta que está viviendo”.

El señor la miró y asintiendo enfáticamente con la cabeza le hizo un gesto agradeciendo lo que acababa de expresar. Es importante ver en este ejemplo que en ningún momento la abogada le dijo que su cliente era responsable, que le iban a pagar lo que reclamaba o que tenía razón. Simplemente le dijo que lo entendía, que comprendía el sufrimiento por el que él estaba pasando. Que reconocía su dolor. Simplemente se conectó como ser humano. Algunas personas tienen la capacidad natural de ser empáticos, otros no. En las negociaciones, en los conflictos es fundamental desarrollar esta habilidad para poder generar un clima idóneo para la negociación. Cuando esto ocurre, la interacción entre las partes cambia. Si una de las partes se siente escuchada, estará más abierta a escuchar al otro. Una vez más son aspectos que no podrán trabajarse en el juicio. Si la abogada de la clínica hubiera actuado sin generar empatía alguna la otra parte probablemente se hubiera sentido maltratado y cuando se hiciera en una audiencia posterior un ofrecimiento, el monto ofrecido sería insuficiente. Desde la subjetividad siempre será escaso, pero además porque se sintió ninguneado u ofendido.

d) *Dificultades propias de las negociaciones y la intervención de abogados.* Sin perjuicio de la identificación de causas realizada previamente, también sería importante decir que muchas veces las negociaciones directas incluso con abogados intervinendo se ven truncadas por los siguientes motivos:

- 1) Posiciones rígidas de alguna o ambas partes y percepciones excluyentes.
- 2) Desconocimiento de las necesidades e intereses propios en juego y su jerarquización.
- 3) Emociones negativas.
- 4) Escasa o ineficiente comunicación con la otra parte.
- 5) Evaluación incorrecta de la alternativa judicial (sobredimensionamiento de la propia e infravaloramiento de la de la otra parte).
- 6) Insuficiente o inexistente reflexión sobre los costos y el impacto del litigio en los intereses.
- 7) Dificultad para el abogado de brindar información objetiva a su cliente que desestime o menoscabe la razón o los argumentos para sostener un planteo judicial exitoso.

4. El tratamiento de los conflictos de contenido patrimonial en sede judicial

En los puntos anteriores desarrollamos los aspectos que inciden en los conflictos aún de contenido patrimonial vinculados básicamente con las personas y su interacción. Cuando los conflictos se judicializan en general se cuantifican los reclamos. Un daño debe ser reparado y cuando no pueden volverse las cosas a su lugar, se solicita una indemnización económica. Lo mismo respecto de un reclamo laboral o un incumplimiento contractual. Ahora bien, es muy común para los abogados y aquellos que han tenido la experiencia de tener que recurrir a los tribunales para intentar solucionar alguna situación encontrarse con que en muchísimas oportunidades –y contrariamente a lo esperado por las partes– las sentencias no brindan “soluciones” a las partes, sino que los dejan insatisfechos. Y lo más extraño es que esa insatisfacción aparece incluso cuando el juez hace lugar de modo “integral” al planteo o reclamo de alguna de las partes ¡Y el insatisfecho es aquel al que le hacen lugar al pedido!

5. El porqué de la insatisfacción con los resultados judiciales en casos patrimoniales y comerciales

¿Por qué se genera la situación descripta? ¿Por qué las demandas judiciales o los reclamos canalizados a través de ámbitos o procesos tradicionales no permiten que las personas queden conformes con lo que obtienen o con los resultados finales?

Tal vez porque las demandas judiciales evitan atender a los aspectos importantes del conflicto entre las partes. No contienen un pedido de respuesta o satisfacción a las verdaderas causas y necesidades que han generado ese conflicto particular.

Los operadores de los sistemas tradicionales a través de los cuales se ventilan los conflictos (personal policial, abogados, funcionarios, magistrados, etc.) en sus intervenciones al escuchar del relato de la parte excluyen aquellas manifestaciones que no tienen connotación “jurídica”, aquellos elementos que no son susceptibles de sostener o constituir formalmente una denuncia, reclamo o demanda.

Cuando los abogados abordamos un conflicto, encuadramos el caso y elaboramos una estrategia procesal, “etiquetando” la “historia” del cliente con la finalidad de revestirla de “legitimidad” conforme el ámbito en el que se formalice el planteo (judicial o administrativo). Transformamos los intereses del cliente (manifestados o inexpressados) en una postura que intentara obtener a través de la decisión de un tercero, cada vez algo más lejano a lo que la parte verdaderamente quiere o necesita.

De acuerdo a lo que venimos desarrollando, vemos que lo que la gente muchas veces discute no tiene que ver con lo que verdaderamente les ocurre. Las causas y las razones que han ido sosteniendo o fortaleciendo el entramado del conflicto no se expresan, ni son conscientes a veces y como explicamos en el punto anterior, mucho menos se obtiene satisfacción respecto de ello en los casos una vez judicializados. Lo que también podemos apreciar claramente es que sostienen o “inflan” el monto del reclamo o del mismo modo “desinflan” lo que alguna de las partes esté dispuesta a ofrecer.

Es por ello que los procesos judiciales resultan insuficientes para resolver satisfactoriamente los conflictos, incluso aquellos donde aparentemente lo único que se discute es de contenido patrimonial. Como decía el profesor de Teoría del conflicto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Remo Entelman, el problema es que vemos al sistema judicial como un espacio natural para la resolución de los conflictos cuando esto no lo es. De acuerdo a lo que plantea el mencionado autor, las normas jurídicas funcionan en la vida social (y son vistas de ese modo por los operadores del derecho y la sociedad en general) como instrumentos para la resolución de los conflictos entre pretensiones incompatibles de dos o más sujetos. Pero los juristas se han desentendido sobre la problemática y causas reales de los conflictos.

Siguiendo la opinión de Entelman, este desentendimiento está directamente vinculado con la aceptación del principio denominado “norma de clausura”. Conforme a él todo lo que no está prohibido por las normas del sistema se considera jurídicamente permitido. La consecuencia principal de la aceptación de este principio es que el ordenamiento jurídico es un sistema cerrado de normas que resuelve todos los enfrentamientos posibles.

El resultado de ello es la aparición de conductas prohibidas (las que son antecedente de la aplicación de la sanción contenida en la norma) y conductas permitidas. Claramente cuando entran en choque una conducta prohibida versus una permitida se podrá aplicar el derecho para que dirima la cuestión (aunque no necesariamente de acuerdo a lo que venimos desarrollando sobre las reales causas de los conflictos, lo resuelva). Pero de todos modos es muy interesante apreciar en el análisis de Entelman que el mayor universo de situaciones conflictivas estará dado en función de conductas permitidas versus conductas permitidas. El problema (y sobre todo para quienes somos abogados) es que ni siquiera el ordenamiento jurídico, en su rol de sistema componedor de conflictos podrá operar sobre éstas.

6. La oportunidad para la mediación

Así las cosas y planteada nuestra opinión sobre cuáles son las causas de los conflictos y la importancia de poner en foco en la interacción, ¿puede la mediación ofrecer un espacio a las partes para plantear y trabajar los problemas y cuestiones que no pueden ni siquiera plantearse en sede judicial y resolverlas? No solo aquellos conflictos que podrían judicializarse sino también aquellos que son mayoría donde ambas partes pueden considerarse con derecho a actuar de determinado modo. La respuesta es rotundamente afirmativa. La mediación se constituye en un espacio esencial e ideal para este tipo de cuestiones. No solo porque las partes podrán tratar la cuestión en su profundidad y evitar que el conflicto vaya en aumento sino porque al no existir la posibilidad de judicializar la cuestión, las partes quedarían exclusivamente libradas a sus capacidades para manejar la cuestión de modo extrajudicial, sin ningún tipo de asistencia de terceros o estatal. Ante la imposibilidad o incapacidad de manejar esa situación muchas veces el conflicto queda sin posibilidades de tratarse adecuadamente.

Lo que en la práctica implica que con seguridad seguirá generando cada vez un mayor nivel de discusión y agresión entre las partes.

Lo expuesto es algo que muchas veces no es mencionado o tenido en cuenta al momento de hablar de las ventajas de la aplicación de la mediación. En la Argentina en el año 1996 a días de la entrada en vigencia de la ley de mediación prejudicial obligatoria (ley 24.573, actualmente ley 26.589) la mesa de entradas de la Cámara Civil recibió un récord de presentación de demandas. Todos escapaban de la instancia obligatoria de mediación que en días se “cernía” sobre los usuarios del servicio de justicia como paso previo y obligatorio para la habilitación de la instancia judicial. Sin embargo, un año después, se registró un incremento notable de cantidad de pedidos de mediación con relación a lo que había sido el año anterior la presentación de demandas. ¿Cómo se explicaba este incremento? Sencillo, la cantidad de “conflictos” que a partir de la sanción de la ley fueron canalizados a través de la mediación que antes de ella no ingresaban al sistema judicial. Todos los conflictos donde las partes no podían acceder a tribunales por el costo que implicaban o porque sabían que su caso no encuadraba para ser resuelto dentro del sistema legal porque carecían de las pruebas necesarias o porque simplemente se trataba de un conflicto entre “conducta permitida” versus “conducta permitida”.

Así se encontró un espacio donde poder intentar resolver esas situaciones donde antes no había un ámbito adecuado. Esto en palabras de las doctoras Highton y Álvarez implica un mayor “acceso a justicia” entendiéndose ello no necesariamente como la búsqueda de una solución emanada de un órgano jurisdiccional del Estado sino como la posibilidad de encontrar una solución justa para las partes.

En los años posteriores esto se intensificó al empezar a recibirse pedidos de mediación de casos que en el supuesto de no resolverse tramitarían en otras provincias en razón de la jurisdicción. Estas situaciones demostraron claramente que los abogados empezaron a buscar la instancia de mediación no como un paso para cumplir la obligación procesal previa al inicio de la demanda sino simplemente como un ámbito para intentar sentarse con la otra parte a resolver la disputa. De este modo,

podemos concluir que los abogados empezaron a utilizar la mediación como una herramienta profesional para tratar determinados casos en los que intervenían, por más de que no les fuese obligatoria la instancia.

7. La importancia de la utilización del enfoque transformativo en casos comerciales y patrimoniales

Los mediadores que trabajan en los casos civiles de contenido patrimonial, mercantiles y societarios necesitan un enfoque para la intervención del conflicto que apoye su naturaleza compleja, como se describió anteriormente. La mediación transformadora es un enfoque de la mediación tanto para abogados como para no abogados que está alineada con la naturaleza multidimensional y compleja de estos casos⁴.

Hay tres razones principales por las que la mediación transformadora puede ser eficaz y apropiada para implementar en estos casos. En primer lugar, los mediadores transformativos apoyan a las partes para permitirles en sus discusiones tomar sus propias decisiones desde el principio de la mediación. Un mediador transformador sigue proactivamente a las partes en lugar de dirigir las. Este enfoque apoya a las partes a decidir lo que es importante para ellos y lo que ellos creen que necesita ser discutido. Las partes establecen el programa para sus propias negociaciones y mantienen el foco de sus interacciones donde creen que debería ser.

En segundo lugar, el enfoque transformador brinda a los mediadores la posibilidad y la habilidad de trabajar con la interacción emocional de las partes. Los mediadores transformadores aprenden a trabajar —en lugar de controlar o desalentar— la expresividad emocional. Los conflictos más difíciles suelen ser emocionales para las partes. Es la naturaleza del conflicto. El enfoque transformador reconoce que los conflictos serán emocionales y apoya a las partes en sus esfuerzos por aclarar lo que están sintiendo y cómo sus emociones se relacionan con sus puntos de vista y toma de decisiones.

Los mediadores transformativos ayudan a las partes a oírse a sí mismos y a los demás, favoreciendo así la clarificación y la comprensión recíproca a lo largo de la mediación. Ganar mayor claridad sobre uno mismo y el otro ayuda a las partes a definir sus problemas, a comprender las diferencias de valor y a encontrar puntos de acuerdo y desacuerdo. Sin un enfoque transformador de la mediación, los mediadores a menudo ignoran la complejidad de las cuestiones de las partes y la dinámica de su interacción. Otros enfoques de trabajo llevan a los mediadores a separar a las partes, ignorar los asuntos no tangibles que las partes plantean y controlar la interacción emocional. El resultado es que cuando se alcanzan acuerdos, son creados a menudo por el mediador y no se basan en el trabajo que las partes podrían haber hecho para crear sus propios acuerdos sustentables.

© Editorial Astrea, 2017. Todos los derechos reservados.

⁴ Folger, Joseph - Baruch Bush, Robert - Della Noce, Dorothy (coords.), *Mediación transformativa*, Bs. As., Ad-Hoc, 2016.