

Dwight Golann

Mediation Advocacy

The Role of Lawyers in Mediation

Edited by



Traducido por Antonio Sanchez-Pedreño

A project funded by the European Union



Utilizando el proceso de mediación en su ventaja: el rol del Abogado¹

Introducción

Este libro está dirigido a aquellos abogados que representan a clientes en un proceso de mediación. Explica como el abogado puede utilizar la estructura del proceso y los poderes especiales del mediador para alcanzar sus metas en la negociación.

Tradicionalmente, los abogados han venido considerando la mediación como un método para facilitar una negociación competitiva². Bajo esta perspectiva, el rol principal del mediador es trasladar ofertas de un lado a otro entre las partes y protegerlos del impacto de las tácticas agresivas de la otra parte – una combinación de “teléfono” y “guante de boxeo”. Cuando dicha negociación se bloquea, se espera que el mediador suministre a cada parte una “dosis de realidad” en el formato de una opinión sobre sus argumentos legales, y tal vez sugerir también los términos de un acuerdo. Muchos abogados todavía favorecen éste enfoque, pero no aprovecha plenamente todo lo que un mediador puede hacer.

Los mediadores tienen poder. No pueden obligar a las partes a llegar a una transacción, pero influyen el proceso de negociación. Los abogados con sabiduría se aprovechan de este hecho. Un procesalista comentó después de una sesión de mediación, refiriéndose con tono de admiración al mediador: “¡Me movió de un lado a otro como una pieza de ajedrez!” En realidad, los buenos mediadores son como caballos de ajedrez; tienen muchas capacidades, y los abogados pueden utilizarlos para mejorar sus estrategias de negociación.

Los mediadores pueden potenciar de muchas maneras la habilidad del abogado para negociar. Un mediador puede, por ejemplo, mejorar la comunicación entre las partes mediante el traslado de mensajes o explicando que quiere decir una oferta (“Diles que estamos en Eur 25,000 pero estamos preparados para hablar en serio una vez que renuncien a su reclamación de lucro cesante”). Los mediadores también pueden suministrar información sobre la actitud de un oponente (“¿Se ha calmado algo el demandante desde que nos vimos esta mañana?”) y puede arreglar discusiones informales (“Creo que sería de utilidad si pudiésemos concertar una discusión privada entre los dos directores financieros”).

Los abogados pueden utilizar la mediación para apoyar sus estrategias de negociación tanto si estas son de naturaleza competitiva como cooperativa. Así, por ejemplo, un abogado puede realizar en una mediación una oferta inicial extrema con menos riesgo que si utiliza ésta táctica en una negociación directa,

² *Nota del traductor:* Se entiende por negociación competitiva la basada en un intercambio de oferta y contraoferta donde la ganancia de una parte es una pérdida para la otra (pido 100, me ofrecen 80, cierro en 90). Se contraponen a la negociación basada en intereses subyacentes de las partes, que pueden facilitar un acuerdo que pueda tener aspectos beneficiosos para ambas partes (me pagan 80, pero firmamos un contrato de suministro que da valor a las dos partes).

porque puede asumir que el mediador suavizará el impacto de ésta táctica (“despegar a la otra parte del techo”). También pueden usar la mediación para apoyar propuestas creativas, por ejemplo, presionando por un lado una petición monetaria y simultáneamente pidiéndole al mediador que explore si la otra parte está abierta a reparar la relación comercial.

Particularmente hacia el final del proceso, es posible que el abogado se encuentre en una negociación a tres bandas, negociando no sólo con la otra parte, sino también con el mediador. El abogado puede negociar, por ejemplo, con el mediador sobre si éste debe usar una técnica específica (“Antes de que dé su opinión sobre la cuestión de responsabilidad, le agradecería que dejase que cada parte haga otra oferta”) o puede solicitar que el mediador use una táctica (“¿Por qué no sugiere a ambas partes que deberían...?”). Los abogados no pueden esperar que el mediador tome lados en una disputa, pero si una táctica es neutral es posible que el mediador siga la sugerencia del abogado y la utilice.

La lección principal es que no hay que aproximarse al proceso pasivamente, sino utilizar el proceso de mediación de forma activa en beneficio de los intereses del cliente. Basado en las experiencias del autor como mediador con abogados de Europa, Asia y Norte América, este libro ofrece sugerencias sobre como un abogado puede “tomar prestados” los poderes del mediador para obtener un resultado óptimo.

1. Decisiones preliminares

a. ¿Debería usted mediar?

La primera cuestión es si se debe mediar o no. Usted debería recomendar a su cliente que medie si se dan las condiciones siguientes:

- Si hay una probabilidad razonable de que el cliente obtenga un resultado más valioso negociando que mediante un litigio, tomando en cuenta el riesgo y el coste de continuar el conflicto,
- Es difícil o imposible para las partes negociar de forma directa, y
- Parece probable que la mediación pueda ayudar a las partes a superar los obstáculos en la negociación.

Entre las potenciales barreras a un acuerdo se encuentran:

- Cuestiones del proceso, tales como la ausencia de una persona con autoridad para decidir, o la utilización de tácticas de negociación agresivas por el negociador.
- Existencia de emociones fuertes que distorsionen el juicio de uno o más de los negociadores.
- Falta de información que impida a las partes evaluar correctamente su posición legal.

- Razones para no mediar. En determinadas circunstancias la mediación puede no ser apropiada. Por ejemplo, una parte puede:
- Necesitar una decisión judicial para usar de precedente para transar otras reclamaciones.
- Temer que una transacción pueda estimular otras reclamaciones similares.
- Necesitar una orden judicial para controlar la conducta del adversario.
- Desear utilizar el proceso judicial para obtener información.

Adicionalmente, la mediación puede no ser efectiva si:

- Una de las partes relevantes se niega a participar en el proceso.
- Una de las partes se beneficia de la existencia de la controversia, por ejemplo, para infligir daño competitivo a un adversario (si bien dicha táctica puede ser considerada no ética).
- Una de las partes no puede tomar decisiones con efectividad porque está psicológicamente impedida.

b. Si procede, ¿cuándo se debe mediar?

Asumiendo que la mediación es apropiada, ¿cuándo es el momento adecuado para iniciar el proceso? Puede que no haya flexibilidad para decidir si su cliente está obligado a mediar por contrato o por orden judicial. Si tiene capacidad para decidir, la cuestión de tiempo depende de sus objetivos. Si su objetivo primario es resolver el problema o reparar la relación entre las partes, lo mejor es mediar lo antes posible. De lo contrario, las posiciones de las partes probablemente tenderán a endurecerse, y alguna de las partes puede reemplazar la relación comercial existente por otra con un tercero, haciendo mucho más difícil reparar la relación.

Si, por el contrario, la prioridad de su cliente es obtener el mejor resultado posible en términos monetarios, la cuestión temporal es más compleja. Retrasando la mediación, el abogado podría mejorar la posición negociadora de su cliente, por ejemplo, obteniendo una decisión judicial favorable. Pero litigar es costoso y el oponente puede adoptar la misma estrategia, incrementando costes para ambas partes y haciendo más difícil la transacción.

Las partes en conflicto tienden a iniciar el proceso de mediación en momentos específicos, generalmente cuando se enfrentan a un incremento en coste o un riesgo serio de pérdida. Son momentos naturales para discutir una transacción el momento anterior a la presentación de la demanda, o una vez completada la fase inicial del proceso, o a la sombra de una decisión judicial significativa.

- Antes de presentar una demanda. Las partes pueden decidir iniciar una mediación antes de comenzar un proceso litigioso. Al decidirlo, ambas partes aceptan un intercambio: tendrán menos información, pero evitan el coste y la interrupción derivada de las acciones legales. En los últimos años, se percibe

un incremento en las partes que desean mediar antes de iniciar acciones legales.

- Después de la fase inicial. Otra opción consiste en presentar la demanda y tomar las acciones iniciales necesarias para proteger la posición legal, obtener información y determinar las pretensiones. Una vez conseguido esto, sin embargo, las partes pueden decidir mediar. Tomando ésta decisión siguen lo que se conoce por la “regla 80-20”: 80 por ciento de la información en un caso se suele obtener en el primer 20 por ciento del tiempo y dinero que las partes invierten. En base a ésta realidad, el abogado puede decidir tomar pasos preliminares para determinar la fortaleza de su caso, y entonces iniciar una mediación para comprobar si puede así resolverse.
- A la sombra de una decisión judicial significativa. Tradicionalmente, los abogados han esperado hasta el momento justo anterior al juicio, o cualquier otro evento procesal significativo para mantener discusiones transaccionales. Lo hacen porque a medida que el momento del juicio se acerca los abogados deben prepararse intensivamente, generando costes para abogados y clientes. El juicio representa el evento definitivo de gana o pierde, representando un serio riesgo para ambas partes. Finalmente, el período justo antes del juicio se percibe a menudo como el momento “correcto” para hablar de transacción sin que ello evidencie debilidad.

2. Iniciando el proceso

a. Convenciendo a clientes u oponentes para que medien

El mayor obstáculo para iniciar una mediación es probablemente la preocupación por las partes y abogados de que su oponente interprete el interés en negociar una transacción como una señal de que no cree en la fortaleza de su caso legal. Existen maneras para eliminar o reducir esta preocupación.

- Señale que las discusiones transaccionales son inevitables. Puede resaltar que le gusta litigar – es su profesión, al fin y al cabo. Pero ya que pocos casos llegan a juicio, es muy probable que las partes hablarán de las posibilidades de llegar a un acuerdo transaccional en algún momento. Desde este punto de vista, ¿por qué no explorar la posibilidad ya y evitar costes y retrasos?
- Apóyese en la política corporativa. Una compañía o despacho de abogados pueden adoptar una política de explorar las posibilidades de un acuerdo transaccional en las fases iniciales de toda disputa. Los abogados pueden así evitar que se considere que están sugiriendo mediación sólo porque su posición legal es débil.
- Solicite a una institución mediadora que tome la iniciativa. Otra opción es solicitar a un mediador o una institución mediadora que sugiera una mediación a su adversario. Su oponente probablemente sabrá que usted

inició el acercamiento, pero utilizando una tercera persona le permite evitar tener que “vender” usted mismo el concepto de mediación.

- Cite una regla. Algunos tribunales exigen a los abogados que negocien o medien antes de iniciar un pleito. Si éste es el caso, el abogado puede sugerir que las partes diseñen su propio proceso de mediación en vez de tener que someterse a un sistema judicial rígido. Incluso aunque un tribunal no tenga la exigencia de mediación previa, un abogado puede sugerir en privado a un oficial del juzgado que sugiera a las partes mediación³.

Estas sugerencias asumen que el reto está en la necesidad de persuadir al oponente que participe en una mediación. A menudo, sin embargo, la barrera es el propio cliente del abogado. En las palabras de un procesalista:

“No hay reglas claras y directas de cuando el momento perfecto para mediar ha llegado, pero hay un punto claro. Antes de comenzar, hay que reconocer que el primer obstáculo para iniciar el dialogo en una fase temprana puede ser su propio cliente, particularmente si no lo ha representado en el pasado. Si presiona para una transacción de forma anticipada, el cliente puede preguntarse si le falta confianza en sí mismo como abogado, o en el propio caso. Por otro lado, si no menciona usted la posibilidad de una transacción a un cliente más sofisticado, pueden preguntarse si está usted intentando “ordeñar” un caso que muy probablemente nunca llegue a juicio. Comience con el adversario sólo después de haber alcanzado un consenso con su propio cliente “(Stern 1998).

b. Redacción de un contrato de mediación efectivo.

Hay dos situaciones básicas en las cuales un abogado debe contemplar un contrato de mediación:

- Existe una disputa y las partes ya han acordado mediar, pero necesitan determinar cómo va a desarrollarse el proceso.
- Las partes no tiene una disputa en el momento, pero quieren comprometerse a mediar cualquier controversia que pueda surgir en el futuro.

(1) Acuerdos para mediar una disputa existente

Si las partes han acordado mediar una disputa existente, les conviene suscribir un acuerdo que cubra las siguientes cuestiones:

- ¿Qué reglas de confidencialidad se aplicarán al proceso?
 - ¿Puede una declaración o documento utilizado en la mediación ser utilizado en un proceso judicial posterior?
 - ¿Puede revelarse la información dada en la mediación a personas que no están involucradas en el proceso?

³ *Nota del traductor:* Esto no es aplicable en España por el momento, si bien la nueva Ley de Mediación, cuya aprobación se espera durante 2010 puede contemplar estos aspectos.

- ¿Quién pagará el coste de la mediación?
- ¿Como puede una parte finalizar su participación en el proceso?
- ¿Qué reglas se aplicarán? Por ejemplo, ¿puede el mediador ofrecer su opinión sobre aspectos legales del caso sin autorización de las partes?
- ¿Se suspenderá el proceso litigioso que hubiere en marcha? o en otro caso, ¿se preservarán las acciones legales durante la mediación?

La mayor parte de las instituciones de mediación tiene formularios estándar que tratan estos temas, y los abogados suelen aceptar dichos formularios sin modificaciones. Un formulario de acuerdo de mediación se incluye en el Apéndice.

Generalmente, donde hay más desacuerdo sobre los términos de la mediación es en la repartición de costes del proceso. Si, por ejemplo, un demandante demanda a tres sociedades representadas por un despacho, ¿debería el demandante asumir la mitad y los demandados la otra mitad, o deberían asumir los demandados tres cuartas partes del coste? Los mediadores suele tener reticencia a verse involucrados en estas disputas, pero pueden estar dispuestos a facilitar una discusión sobre la distribución del coste si la cuantía total no está en discusión, - esto es, si no tiene un interés personal en el resultado de la disputa.

(2) Acuerdos para mediar disputas futuras

Las partes que vayan a suscribir un contrato pueden incluir una cláusula que les obligue a mediar cualquier disputa futura que surja en su relación. Aquellas compañías que firmen contratos internacionales tienen bastante probabilidad de encontrarse con dificultades imprevistas y se beneficiarán si tiene acceso a un proceso que pueda resolver dichos problemas de manera rápida y amistosa. El Apéndice incluye ejemplos de una cláusula de mediación y de “escalonamiento”, esta última una cláusula que lleva a un proceso de negociación, seguido por mediación y arbitraje.

Surgida la disputa, puede que una de las partes desee mediar y la otra no. La parte que desea mediar puede decidir no exigir el cumplimiento de la obligación de mediar, razonando que no tiene sentido obligar a alguien a entrar en el proceso contra su voluntad. Alternativamente, un parte que no desee mediar puede decidir que es más sencillo pasar por la mediación que tener que discutir sobre la cuestión.

Ello no obstante, si una de las partes decide exigir la celebración de la mediación y la otra se negase, puede solicitarse a un tribunal que exija el cumplimiento de la obligación. Inicialmente, los tribunales ⁴ han venido rechazando dicha pretensión, concluyendo que era imposible o muy oneroso determinar si una parte había participado en una mediación de buena fe. Recientemente, sin embargo, los tribunales están más dispuestos a exigir dichas

⁴ *Nota del traductor:* Nótese que no se refiere a tribunales españoles.

obligaciones, al menos allí donde una parte se ha negado a participar en rotundo.

Entre las sanciones que el tribunal puede imponer están:

- Si el demandante no participa en la mediación, el tribunal podrá rechazar o suspender la tramitación del caso hasta que el demandante haya cumplido su obligación.
- Si una parte no comparece a una sesión de mediación, exigir al incumplidor que pague los costes de la mediación y tal vez los costes de abogado de la otra parte.
- Si una parte se niega a mediar y con posterioridad ganase el caso ante el tribunal, negar su derecho a la condena en costas a la que hubiese podido tener derecho normalmente.

Para que sea exigible, un acuerdo de mediación debe ser claro. Para conseguir esto:

- Utilice lenguaje simple y establezca parámetros temporales claros,
- Evite la ambigüedad: in particular, mantenga el compromiso de mediar diferenciado de cualquier obligación de arbitrar,
- Describa específicamente los remedios o penalidades que puede recibir una parte si la otra incumple el acuerdo, y
- Contemple un proceso de mediación que sea equitativo a la luz de la naturaleza de la operación subyacente. (Katz 2008)

c. Tratando con obligaciones creadas por ley o por orden judicial

Su cliente puede tener que participar en una mediación por obligación legal, regla judicial o por orden judicial. En estos casos, considere los siguientes puntos:

- ¿Participará en la elección del neutral? Algunos programas designan una persona específica, mientras que otros exigen a las partes que elijan un mediador de entre una lista de candidatos.
- ¿Quién deberá atender? Algunos programas requieren que las partes envíen representantes con “plenos poderes para transar”, lo que puede crear problemas para organizaciones grandes con casos pendientes en varios sistemas judiciales.
- ¿Podrá entregar una declaración de su caso o documentos al mediador anticipadamente?
- ¿Tendrá que pagar por el proceso? Si fuera así, ¿cuánto?
- ¿Estará obligado a mediar de alguna manera específica o en un período de tiempo determinado?
- ¿Serán confidenciales las declaraciones y documentos usados en la mediación y no susceptibles de uso en actuaciones procesales posteriores?

Si no está satisfecho con el programa del tribunal, considere si puede modificar el proceso, bien mediante acuerdo con la otra parte o mediante petición al tribunal. Si no quiere involucrarse en la mediación ordenada por el tribunal, pregunte:

- ¿Es posible rechazar participar, o se puede solicitar una exención del programa?
- ¿Qué es lo mínimo que debe hacer para cumplir con las reglas del programa?
- ¿Cuáles son las penalidades en las que incurrirá con mayor probabilidad si no cumple?

3.- Modelando el proceso

a. Seleccione un Mediador

(1) Identifique la persona idónea

La cuestión más importante en el diseño de una mediación, además de obtener la presencia de los representantes de las partes apropiados, es seleccionar el mediador adecuado. En muchas ciudades existe un grupo de mediadores que varían ampliamente en cuanto a experiencia, antecedentes y estilo de mediación. Usted deseará encontrar la persona con las cualidades que encajen mejor con las necesidades de su caso.

Comience pensando sobre qué es lo que está impidiendo que las partes negocien con efectividad. Si, por ejemplo, el problema es que su oponente (o su propio cliente) tiene una personalidad abrasiva, entonces querrá usted un mediador con marcadas habilidades de manejo de proceso. Si el obstáculo mayor para llegar al acuerdo es que su oponente ha valorado erróneamente la fuerza de su caso legal, entonces un magistrado en excedencia puede ser lo más efectivo. Si una de las partes tiene interés en llegar a una transacción pero necesita justificar un acuerdo difícil, entonces alguien con una reputación fuerte que avale la decisión puede ser la mejor alternativa. A menudo existe más de una barrera, requiriendo un mediador con una mezcla de cualidades.

Recientemente, un equipo de investigadores preguntó a ciertos abogados que contratan algunos de los mediadores más exitosos de América, qué cualidades valoran en un neutral. La conclusión central del estudio fue que “uno – si no el - de los elementos centrales en el éxito de un mediador es su habilidad para establecer una relación de confianza con las partes en disputa.” (Goldberg and Shaw 2007). El factor individual más importante a la hora de elegir entre mediadores cualificados es por lo tanto como ellos podrán relacionarse con las partes, incluyendo su propio cliente. ¿Tendrá su cliente más confianza en una persona que antes era un ejecutivo de empresa o en un procesalista experimentado? ¿Aceptará mejor el decisor de la contraparte a un magistrado? ¿Cómo de efectivo será un candidato a la hora de establecer una relación con extraños de forma rápida?

Para decidir si un candidato posee las cualidades necesarias, usted y su contraparte legal pueden entrevistarle por teléfono. Algunos mediadores se niegan a hablar con abogados de antemano, pero muchos neutrales están dispuestos a ello, sintiéndose más libres para discutir un caso como potencial mediador que como árbitro.

(2) Negocie su elección

Negociar la designación del mediador es como cualquier otra negociación, salvo que encontrar el mediador correcto puede ser una “victoria” para ambas partes. Generalmente, cada uno de los abogados prepara una lista de candidatos y se intercambian las mismas; a veces un nombre aparece en ambas listas, pero en caso contrario, los abogados discutirán qué nombre de la lista debe ser elegido, o añadirán más nombres.

Otra opción es sugerir que el abogado contrario prepare una lista de candidatos. Si el abogado sugiere alguien que usted también nombraría, puede así designar un mediador que ya tiene la confianza de la otra parte. Si respeta al abogado contrario, puede incluso permitirle que elija al mediador, reservándose simplemente usted el derecho a vetar alguna elección. Permitir al oponente elegir el mediador puede parecer extraño, pero si su objetivo es persuadir a la otra parte, el mediador más efectivo puede ser alguien que ellos mismos hayan designado.

(3) ¿Nombrar un mediador personalmente o utilizar una organización que los designe?

Hasta el momento, la discusión ha asumido que los abogados seleccionan una persona para actuar de mediador. Otra opción es acordar con el abogado contrario que una institución que designe mediadores proponga una lista de candidatos de su panel de neutrales, o incluso que designe el mediador.

La utilización de una institución proveedora para administrar su mediación tiene sus ventajas. Cuando se involucra a una entidad neutral, los candidatos tienden a ser vistos con menos suspicacia porque la lista de nombres no “pertenece” a ninguna de las partes. Las organizaciones pueden también ofrecer generalmente oficinas neutrales en las cuales se puede celebrar la mediación; mediadores individuales pueden no tener acceso a un entorno neutral. Una organización puede también tramitar el pago de costes de mediación e intercambio de documentos, permitiendo al mediador evitar involucrarse en cuestiones administrativas.

Involucrar a una organización es casi esencial cuando las empresas suscriben un contrato en el que acuerdan mediar las disputas que puedan surgir bajo dicho contrato en el futuro. Se puede nombrar a un individuo específicamente como neutral en dicho contrato, pero no hay manera de asegurar que dicha persona esté disponible si surge la disputa. Una organización, en contraste, puede sustituir un mediador por otro para resolver

cuestiones de retiro, enfermedad, problemas de agenda y otros eventos imprevistos.

b. Modele el campo

(1) Asegúrese de la presencia de los participantes adecuados

La presencia de las personas adecuadas en la mesa de mediación es crucial para el éxito del proceso; de hecho la identidad de los negociadores es a menudo más importante que la identidad del mediador. Ello no obstante, hemos situado esta cuestión después de la elección del mediador, porque una vez que se haya seleccionado el mediador, puede solicitar su ayuda para conseguir que atiendan las personas adecuadas. Quienes son las personas adecuadas en cada caso en particular dependerá de sus objetivos. Estos pueden incluir:

- Principales⁵. Si el objetivo principal es reparar una relación personal, la presencia de los principales, para hablar los problemas y recuperar la capacidad de relacionarse recíprocamente, es generalmente esencial. También puede serlo cuando el resultado es muy importante para una parte, como en un caso de “me apuesto la compañía”.
- Expertos. Si el objetivo es alcanzar una solución imaginativa, es necesario contar con gente capaz de pensar con imaginación, así como con expertos que sepan lo suficiente para desarrollar y valorar opciones. Reestructurar un contrato, por ejemplo, puede requerir la participación de ejecutivos financieros, de producción o marketing.
- Personas con autoridad. Si las partes ya no tienen una relación y no hay cuestiones emocionales de relevancia, como ocurre por ejemplo cuando una compañía realiza una reclamación rutinaria contra su póliza de seguros, entonces la preocupación principal suele ser tener la seguridad de que el negociador de cada parte tenga autoridad para cerrar un acuerdo que implique una concesión sustancial.

Los abogados tienen que negociar en determinadas ocasiones para asegurar que la otra parte, o incluso su propio cliente, mantiene a alguien en la mediación con conocimiento y autoridad suficiente para tomar decisiones difíciles. Un mediador puede ayudar en ésta tarea.

Una compañía alemana compró una línea marítima a una compañía española. Con posterioridad demandó a la auditora que había realizado las auditorías de compra para el vendedor, arguyendo que la auditora había ocultado conductas indebidas por los ejecutivos de la naviera, exagerado sus beneficios, y llevando al comprador a pagar un precio excesivo.

El abogado del comprador llamó al mediador con antelación a la misma, y le dijo que era crucial que su cliente, el consejero delegado de la compañía alemana, atendiera la mediación. Sin embargo, el consejero delegado no

⁵ *Nota del traductor:* Por Principal generalmente se refiere al representante del cliente con capacidad decisora en la reunión (en todo caso, no alcanza a los asesores externos).

atendería a no ser que el consejero delegado de la compañía auditora también atendiese la mediación en persona y el consejero delegado, que tenía según su abogado, un ego fuerte, no sería el primero en comprometer su asistencia, por miedo a dar la impresión de estar deseoso de llegar a una transacción. El mediador llamó al abogado de la demandada, que estaba de acuerdo en que sería muy beneficioso que ambos principales atendiesen, pero dijo que su cliente tampoco quería ser el primero en comprometerse a asistir.

El mediador decidió pedir a cada parte que le dijese de forma privada si su principal atendería en el caso de que el otro fuese a atender. Ambos contestaron positivamente; el mediador anunció entonces que los dos principales atenderían.

Este ejemplo ilustra como buenos abogados pueden utilizar al mediador para “modelar el campo de negociación” para ventaja de su cliente. Ello no obstante, los mediadores no suelen conocer estos tipos de cuestiones no legales hasta que el proceso comienza, y por ello es importante que los abogados les avisen.

Al solicitar ayuda a un mediador para establecer el proceso, el abogado se beneficia de varios factores. Primero, al haber aceptado mediar, su oponente tendrá interés en mantener una buena relación con el neutral. Adicionalmente, los mediadores pueden tener tendencias a la inclusión: es preferible, pensará el neutral, traer a una persona que luego resulte innecesaria, a no contar con la presencia de una persona clave en la toma de decisiones en un momento importante.

Una compañía de software demandó a un ex – empleado ante tribunales italianos, manteniendo que había incumplido un pacto de no competencia al reclutar su antiguo equipo de desarrollo para unirse con ella en su nueva compañía. Las partes aceptaron mediar.

La compañía competidora, una entidad polaca, no era parte del pleito, pero su participación era esencial para cualquier transacción, porque había aceptado indemnizar al empleado por cualquier responsabilidad derivada de sus actividades en el reclutamiento de empleados. Sin embargo, su consejero delegado se negó a atender la mediación, diciendo que Roma estaba demasiado lejos para viajar y que en cualquier caso su compañía no era parte del pleito.

El abogado del demandante solicitó al mediador que persuadiese al ejecutivo a venir. Resaltó lo importante que su presencia sería para el éxito de “nuestro” caso. El mediador aceptó el reto y contactó varias veces con el consejero delegado del competidor. Aunque el consejero delegado se negó a atender en persona, aceptó participar en todas las sesiones por video, y su participación fue crucial para llegar a un acuerdo.

(2)Acuerde el formato

Tiempo. Usted y su oponente deben acordar un período de tiempo para la mediación. ¿Debería preverse una duración de unas horas, un día, varios días, o una serie de sesiones a lo largo de un período mayor? La tensión en éste punto

se encuentra entre conceder el tiempo suficiente para que el proceso funcione, y no animar a las partes a retrasar decisiones difíciles. En general:

- Un día es normalmente apropiado para una disputa contractual, si bien el proceso puede alcanzar la tarde-noche y los representantes de las partes deberían tener esta posibilidad planeada.
- Dos días o más pueden ser necesarios ocasionalmente para casos relativos a construcción, porque incluyen varias partes y presenta “mini-casos” sobre diversos aspectos de un proyecto.
- Casos excepcionalmente complejos, bien por el número de partes o la naturaleza de las cuestiones, pueden necesitar varias reuniones a lo largo de un período de semanas o meses. Entre los ejemplos se incluirían casos de competencia en carteles, controversias de carácter público, y reclamaciones por contaminación medioambiental.

En la duda, asuma que hará falta más tiempo. Siempre tendrá la opción de terminar antes, pero reunir las partes de nuevo para otra sesión puede resultar difícil.

Estructura. La mediación comercial suele seguir el formato siguiente:

- Una “apertura” o sesión “conjunta”. Normalmente, los participantes y el mediador se reúnen al comienzo del proceso. Las partes en disputa se presentan y el mediador realiza unos comentarios preliminares. A continuación, cada parte efectúa una declaración inicial y ocasionalmente puede responder a lo dicho por la otra parte. El mediador podrá sugerir que las partes discutan el caso o realizar preguntas directamente. La sesión de apertura puede durar apenas 20 minutos, si el mediador simplemente presenta el proceso, o llegar a durar varias horas si hay largas presentaciones seguidas de discusión.
- “Caucus” (reuniones individuales). Una vez la sesión de apertura llega a un punto de poca productividad, por ejemplo, porque las partes se están repitiendo, el mediador, sugerirá normalmente que se separen las partes y se dirijan a habitaciones separadas para reuniones individuales. Estas reuniones permiten al mediador hablar con cada parte de forma privada, llevando información, argumentos y ofertas entre las mismas.
- Reuniones y sub-reuniones. Las partes o sus representantes pueden también reunirse como un grupo, o informalmente en grupos menores. Las sub-reuniones pueden ocurrir entre principales, expertos, abogados, y otros participantes en el proceso. El mediador suele estar presente, aunque no siempre, en dichas reuniones para moderar la discusión.

El formato establecido arriba es el acostumbrado en una mediación comercial, pero nada impide que las partes y el mediador acuerden adoptar otro formato distinto, bien antes de comenzar o de forma ad hoc.

Una cuestión a considerar con antelación es si prefiere usted comenzar con una sesión de apertura en la que las partes discutan el caso, o prefiere ir

directamente a las reuniones individuales. Si desea cambiar el formato usual, debería discutirlo con el mediador de antemano a ser posible.

(3) Imponga, o resuelva, pre-condiciones

Los abogados a veces intentan aprovecharse del deseo del oponente de mediar imponiendo pre-condiciones a la participación en dicho proceso. Las condiciones pueden ser de carácter procesal o de carácter sustantivo.

Una pre-condición típica procesal se refiere a presencia: una parte puede decir, por ejemplo, que a menos que una persona determinada atienda, no mediará (“No vendremos si no traen su director financiero”). Algunas partes a veces imponen precondiciones al propio proceso de negociación, por ejemplo negándose a mediar si la otra parte no hace primero una concesión (“No mediamos si no reducen su demanda a eur 500.000 para demostrar buena fe”). Alternativamente, una parte puede retirar una concesión realizada antes (“Estábamos en eur un millón el año pasado, pero ofrecimos dicha cantidad para evitar el coste de pleitear. Ya hemos gastado grandes cantidades de dinero y tiempo en éste caso; por ello, nuestra oferta es ahora de eur 700.000”)

En general, es menos arriesgado imponer precondiciones en una mediación que en una negociación directa, porque el mediador puede suavizar el impacto de dichas tácticas y manejar la ira que generan. Una pre-condición de carácter procesal tiene menos probabilidad de ofender al oponente que una que se refiera a la negociación, porque las solicitudes procesales se pueden muy a menudo caracterizar como neutrales - no son más que un esfuerzo para asegurar que el proceso es productivo (“quieren a nuestro director financiero porque están seriamente interesados en buscar un acuerdo”). Demandas de concesiones como precondiciones para mediar, o decisiones de retirar concesiones anteriormente realizadas, por el contrario, enfurecen muy a menudo a la contraparte, que las considera (correctamente) como esfuerzos por ganar una ventaja en la negociación.

c. Eduque al mediador y a las partes

Normalmente tendrá la oportunidad de comunicar con el mediador antes de reunirse para la mediación y debería aprovecharse de ello. Las comunicaciones pueden tener forma de escritos, conversaciones y reuniones.

(1) Informe al neutral

En casos de carácter comercial, las partes casi siempre presentan a los mediadores declaraciones por escrito y documentos con antelación a la mediación. Cuando planee hacer esto, considere lo siguiente:

- ¿Prefiere preparar un documento específico para su caso, o usar un documento existente? Un documento preparado para el caso tiene ventajas evidentes, pero para casos pequeños o cuando la mediación se convoque con poca antelación, puede ser preferible utilizar un documento existente.

Los mediadores también pueden estar dispuestos a recibir declaraciones en formatos de carta o memorándums menos formales.

- ¿Debería presentar la declaración al mediador privadamente o intercambiar declaraciones con el abogado contrario? Los mediadores suele preferir que los abogados intercambien declaraciones para tener libertad a la hora de discutir los argumentos de cada parte con la otra. Incluso si intercambia declaraciones, puede usted discutir cuestiones sensitivas de forma confidencial con el mediador a través de una carta privada o llamada telefónica.

- ¿Debería trabajar con su oponente para compilar un juego de documentos comunes en casos complejos? Un juego de documentos único es más sencillo de manejar para el mediador, pero la utilización de documentos separados le permite resaltar partes en cada documento que sean más importantes para sus argumentos.

¿Qué debería incluirse en su declaración de mediación? El mediador estará normalmente interesado en conocer:

- ¿Cómo surgió la disputa?
- ¿Quiénes son las personas más relevantes en el mismo?
- ¿Cuáles son los hechos y cuestiones legales claves y cuales los puntos importantes de acuerdo y desacuerdo?
- Sin detallar cada evento, ¿qué ha ocurrido en el procedimiento legal?
- ¿Han mantenido las partes negociaciones directas? Si fuere así, ¿cual fue la última oferta de cada parte y quién hizo la última concesión?
- En su opinión, ¿qué es lo que ha dificultado llegar a una transacción en la disputa a través de negociaciones directas? ¿Hay cuestiones no legales en el caso?
- ¿Hay alguna posibilidad de acuerdo con términos que vayan más allá de un simple pago monetario?
- ¿Necesita alguna parte más información para mediar productivamente?
- ¿Cuáles son los documentos que el mediador debe revisar con antelación? Si los documentos son largos, ¿qué partes son las más relevantes para sus argumentos?

Si no desea dar esta información a la contraparte, puede usted comunicarla al mediador a través de una conversación privada o carta.

En aquellos casos que involucren hechos o cuestiones legales de complejidad, es posible que quiera arreglar que el mediador reciba un informe de cada parte antes de la mediación. También puede ser importante entregarle al mediador los informes de expertos o que se reúna éste con antelación con los expertos. Si la condición del terreno o edificios está en discusión, puede ser útil que el mediador visite el lugar.

(2) Intercambio de información

Un aspecto clave de toda negociación es el intercambio de información, y parte del valor del mediador, es su habilidad para incrementar el flujo de la misma entre los negociadores. Que información es relevante en un caso dependerá nuevamente de su objetivo en el proceso. Si la negociación se centra en una reclamación monetaria, entonces las pruebas y los argumentos de carácter legal serán probablemente importantes. Si su objetivo es reparar una relación, conocer el “porqué” detrás de una acción contestada será relevante. Si el objetivo es reestructurar un acuerdo comercial, datos financieros pueden ser de utilidad. Por regla general, las negociaciones que se centran en opciones creativas necesitan un espectro de información más amplio que las discusiones que giran exclusivamente alrededor de cuestiones monetarias.

Durante el proceso mismo puede producirse un intercambio intenso de información. Especialmente si las partes median en la fase inicial de la disputa, una o ambas de las partes pueden no tener todavía la información que necesitan para llegar a un acuerdo de transacción. El representante de una compañía de seguros, por ejemplo, puede no recibir la autoridad necesaria para resolver la reclamación sin documentos que verifiquen los gastos del demandante, mientras que el abogado de un demandante puede no aceptar un acuerdo de transacción hasta que se haya satisfecho de que no haya alguna prueba determinante a su favor en los archivos del demandado.

Parte de ésta información puede ser de mayor utilidad si puede analizarse de antemano. Para identificar qué información debe ser intercambiada antes de la mediación, hágase dos preguntas:

- ¿Qué información necesita mi cliente para tomar una buena decisión transaccional?
- ¿Qué información persuadirá a mi oponente a aceptar los términos que yo quiero?

Es importante tener en cuenta que puede recurrir a la ayuda del mediador para obtener datos del adversario o incluso explicar a su propio cliente porqué sería de utilidad darle al oponente “información gratis” en su caso.

Un fabricante de ordenadores presentó una reclamación contra su proveedor de chips, sosteniendo que los chips tenían un grado de errores irrazonablemente alto, lo que obligaba al fabricante a hacer reparaciones costosas en los servidores por todo el mundo. Las partes reconocieron que el problema estaba causado por un elemento defectuoso que el proveedor del chip había adquirido de un proveedor asiático importante, y que el proveedor del chip no podía haber previsto el problema. A pesar de ello, el fabricante de ordenadores mantenía que el proveedor de chips estaba obligado a pagar sus costes, que estimaba en eur 36 millones.

Ambas compañías aceptaron mediar antes de iniciar un litigio, pero cuando intercambiaron las declaraciones, el proveedor de chips se dio cuenta de que la reclamación del fabricante de ordenadores no estaba clara – no podía entender como las pérdidas habían alcanzado tal nivel. La reclamación era, en todo caso, imposible de satisfacer – el proveedor de chips tendría que declararse en concurso de acreedores si tuviese que pagar incluso una fracción de los daños reclamados.

Con la ayuda del mediador, las partes acordaron posponer la sesión de mediación durante un mes e intercambiar datos. El fabricante entregó documentos explicando su estimación de daños y el proveedor de chips entregó información sobre su situación financiera. El proveedor también entregó datos sobre nuevos productos en desarrollo y sugirió al fabricante aceptar parte de la indemnización en descuentos en compras futuras.

(3) Discusiones privadas

Dependiendo de las reglas y costumbres locales, puede usted tener la opción de hablar con el mediador en privado antes del comienzo de la mediación. Estas discusiones pueden ser muy útiles, porque permiten a los abogados dar al mediador su perspectiva de la disputa mientras éste todavía está intentando entender el problema.

Los abogados suelen dedicar dichas llamadas pre-mediación principalmente a los argumentos sobre el caso legal. Esto es normalmente un error. Los mediadores tendrán dificultad en recordar una discusión oral prolongada, y sus argumentos generalmente estarán ya detallados con claridad en su declaración inicial. En las discusiones pre-mediación, considere dar al mediador sólo un esquema del caso legal y céntrese en obstáculos no legales y dinámicas personales que estén frustrando las negociaciones. Recuerde que generalmente podrá identificar todo o parte de lo que diga en dicha conversación como confidencial.

También puede querer que el mediador tenga una reunión con usted y su cliente antes de que comience el proceso. En un caso donde el cliente se encuentre en un estado de emoción intenso, por ejemplo, una reunión puede ayudar a la parte a comenzar a controlar sus sentimientos y a desarrollar una relación con el neutral. Tenga en cuenta, sin embargo, que el mediador probablemente solicite al abogado de la parte contraria permiso para tener este tipo de reuniones, y que reglas y costumbres locales en algunas jurisdicciones pueden prohibirlas.

d. Planee la estrategia y oriente al cliente

La mediación es un proceso de negociación asistida. Por este motivo, preparar la mediación es en muchos aspectos igual a la planificación de cualquier negociación seria. Ello no obstante, la mediación difiere sustancialmente de la negociación directa en diversos aspectos.

El primero es intensidad. La negociación ordinaria puede ocurrir de forma intermitente a lo largo de un periodo de meses o años, sin una estructura clara y a menudo por teléfono o email. La mediación, por el contrario, se establece usualmente como un “evento transaccional”: las partes acuerdan reunirse en una fecha determinada en la presencia de un tercero y negociar de forma continuada hasta llegar a una resolución. Aunque una mediación puede ser suspendida temporalmente, las partes normalmente entran en el proceso asumiendo que será un evento único, y que si no llegan a un acuerdo transaccional o, por lo menos, se hace progreso en la primera sesión, la mediación no continuará.

Tal vez sea por estas razones que el setenta y cinco por ciento o más de las mediaciones legales resultan en acuerdos transaccionales. El alto grado de acuerdos transaccionales quiere decir que la mediación será muy probablemente el evento decisivo en su caso. En consecuencia, deberá prepararla debidamente, cubriendo todo desde su primera oferta hasta los términos finales del acuerdo. Debería resaltarle a su cliente que es muy probable que esté entrando en el evento culminante del caso y que debería prepararse correspondientemente.

Adicionalmente, y a diferencia de la negociación directa, que suele realizarse por teléfono o email, los participantes en mediación casi siempre se reúnen en persona. En consecuencia, los decisores observarán e interactuarán – y estarán sujetos a observación por – el oponente y el mediador.

La diferencia más importante entre mediación y negociación directa, sin embargo, es la presencia del mediador. La presencia de un neutral tiene como resultado que el proceso a veces se asimila a una negociación entre dos partes facilitada por el mediador y otras veces a una interacción de tres, entre las partes y el mediador. Como abogado en la mediación, negociará con su oponente sobre los términos de acuerdo, pero puede también encontrarse negociando con el mediador sobre cómo debe conducirse el proceso.

Preparando el cliente. La naturaleza especial de la mediación requiere que el abogado cubra con su cliente, además de los puntos normalmente considerados en una negociación ordinaria, los siguientes.

- Las diferencias entre el formato de mediación y el de una negociación típica, incluyendo:
 - El proceso: por ejemplo, ¿habrá una sesión inicial de presentación?
 - Las reglas de confidencialidad aplicables y cualquier excepción.
- Como debería interactuar el cliente con el mediador y la parte contraria, incluyendo:
 - Los antecedentes, personalidad y estilo del mediador. Alerta al cliente que el mediador puede cambiar de estilo a medida que el proceso avance, por ejemplo, cambiando de una situación de escuchar con interés a una de evaluador legal.

- La distribución de roles entre usted y su cliente: por ejemplo, ¿hablará el cliente en la sesión de apertura? En discusiones privadas, ¿hablará usted mientras el cliente escucha, esperando a que el mediador deje la habitación para intercambiar impresiones? ¿Jugará el cliente de “policía bueno” mientras usted juega el de “malo”?
- El rol que usted jugará en el proceso. Explique que su objetivo general, conseguir el mejor resultado posible para su cliente, sigue siendo el mismo, pero que debe adaptar sus tácticas al hecho de que está en una sesión de negociación involucrando a un facilitador neutral.
 - Puede actuar más conciliadoramente en mediación de cómo habría actuado ante un tribunal.
 - Puede no mencionar pruebas o evidencia favorable, para no alertar a su adversario
- Como el cliente debe responder a preguntas.
 - Resalte que el cliente tiene libertad para negarse a contestar preguntas hechas por el oponente o incluso el mediador.
 - Avise al cliente de que puede usted discutir con el mediador.
 - Explique que puede usted solicitar al mediador que abandone la habitación para que pueda hablar con su cliente en privado.
 - Explique que el cliente puede ser invitado a reunirse en privado con la otra parte y el mediador sin su presencia, y que debería hablarlo con usted antes de aceptar esta propuesta.

4.- Estadios de la Mediación

a. La Sesión de Apertura

Una vez que la mediación comience sus oportunidades para influenciar el proceso continúan. Tal y como se ha señalado, la mayor parte de las mediaciones comerciales comienzan con una sesión de apertura, o conjunta. Los abogados ocasionalmente evitan la sesión de apertura, prefiriendo ir directamente a las reuniones privadas, o la tratan como un mero prelude al proceso transaccional “verdadero”. Ambas posiciones son erróneas. Una sesión de apertura efectiva puede ayudar a un abogado y su cliente a conseguir sus objetivos.

(1) ¿Que tiene de especial la sesión de apertura?

La sesión de apertura se asemeja a un juicio en el hecho de que los abogados presentan su caso en la presencia de un moderador neutral. Pero la mediación es un medio más “tranquilo” que un juzgado. Suele desarrollarse en una sala de reuniones con las partes sentadas a la mesa, y el mediador establece un tono informal similar al de una negociación comercial seria. Por ello, un estilo de defensa más tranquila es normalmente más efectivo en la mediación que el dramatismo de un juicio.

Realizar una presentación más tranquila, más informal es también adecuado dada la naturaleza de los asistentes. A diferencia de una sesión en el juzgado, la audiencia principal en la mediación es normalmente la parte oponente, más que el neutral; solo el oponente tiene, después de todo, el poder para aceptar los términos del acuerdo que usted busca. Desafortunadamente, su ponente no es neutral y probablemente no estará dispuesto a escuchar alegaciones estridentes. La sesión de apertura de una mediación puede ser en el único momento en todo el proceso litigioso cuando usted tendrá la oportunidad de hablar directamente con el principal decisor de la contraparte. Utilice este tiempo usando los argumentos y el tono más indicado para influenciar a su oponente.

(2) Estructurando la sesión para máximo impacto.

Cuando piense qué decir durante la sesión de apertura, considere los puntos siguientes:

Que tono debería utilizar. Su tono debería ser, nuevamente, consistente con los objetivos de su cliente. Si el cliente desea reparar una relación, adopte un tono relativamente cooperativo y céntrase en cuestiones personales o comerciales más que en puntos legales. Si su cliente desea focalizarse en obtener la mayor cantidad de dinero posible, puede ser apropiado resaltar la fortaleza de su caso legal y su determinación de perseverar con el caso hasta que se obtenga un resultado satisfactorio.

La naturaleza de la disputa también es importante: una reclamación por negligencia en la ejecución de un contrato, por ejemplo, es muy diferente a una alegación de haber tergiversado la verdad intencionadamente. La naturaleza de la audiencia también importa: usted querrá dirigirse a un ejecutivo de la parte contraria de manera distinta a como lo haría con una viuda.

¿Cómo estructurar la presentación? La naturaleza informal de la mediación ofrece gran libertad a la hora de personalizar su presentación. Usted puede:

- Limitarse a cuestiones legales o cubrir otros tópicos
- Realizar una presentación oral, con documentos o con imágenes de ordenador.

- Hacer que hable el cliente, o un experto, o una combinación de personas.
- Dentro de límites amplios, disponer del tiempo que considere conveniente.
-

Si planea no decir nada o utilizar una cantidad de tiempo no usual, o necesita equipo especial, o tiene elementos inesperados en su presentación, alerte al mediador sobre este hecho con antelación para que facilite su presentación y pueda avisarle de la existencia de cualquier obstáculo.

La presentación de pruebas puede tener más impacto en mediación que en juicio, porque los documentos pueden estar “sobre la mesa” durante horas. Las pruebas tampoco pueden ser excluidas; si un documento no es admisible en juicio, su oponente probablemente señalará este hecho, pero algo que no puede presentarse como prueba aún puede tener efecto, especialmente para aquellas personas que no sean abogados.

El abogado de un demandante identificó un email embarazoso mandado por el consejero delegado del demandado. Lo amplió a un poster de un metro y lo expuso detrás de sí mientras hablaba. Las palabras parecían llenar la sala de reuniones, para incomodidad del equipo del demandado.

Cuando acabó de hablar lo dejó apoyado contra el tablero. El abogado de los demandados cogió el poster con el email y lo puso en el suelo, de cara a la pared. Cuando la abogada del demandante comenzó su contestación, puso el cartel de nuevo a la vista, resaltando que las palabras volverían para afectar a la defensa.

Las personas o cosas físicamente presentes en la habitación de la mediación tienen más impacto que aquellos testigos o documentos a los que meramente se hace referencia, porque la mediación es propensa a tener:

- un efecto de “primacía”: la evidencia que las partes pueden ver o tocar tiene un impacto mucho mayor que la información de la que solo se oye por referencia.
- un efecto de “fusión”: si una parte o un mediador no puedan ver a un testigo, tienen que poner al testigo en la categoría general de “contable” o de “enfermera” y le aplica su imagen general de cómo es dicho tipo de persona. Si, por el contrario, una parte o el mediador observa a la persona directamente, tiene muchas más probabilidades de apreciar sus cualidades individuales.

Estos efectos son especialmente importantes porque la sesión de mediación será la primera oportunidad en la que el mediador y tal vez los representantes de la otra parte puedan observar al testigo.

La situación en cuanto a documentos es diferente. El mediador generalmente habrá revisado de antemano los documentos clave del caso, pero el decisor de la contraparte puede no haber visto el documento o comprendido porqué es significativo para el caso.

Si tiene un testigo o un documento que apoye fuertemente su caso, por lo tanto, considere traer a la persona o cosa a la mediación y enfoque la atención de la contraparte en ella durante la sesión de apertura. Las impresiones que el mediador o la contraparte reciben al comienzo del proceso pueden influir en ellos más adelante.

Tenga en cuenta que una vez que la sesión de mediación haya comenzado, el mediador no tendrá normalmente mucho tiempo libre para leer un documento complejo. Si está presentando un documento por primera vez, o si desea destacar una sección o aspecto particular del mismo, resalte las palabras o páginas con rotulador o pestañas. Si un documento es largo, por ejemplo, un contrato grueso, haga una copia separada de las secciones más importantes.

¿Quién debería hablar? No hay un formato fijo de sesión de apertura en mediación, y por ello puede incluir a diversas personas – abogados, partes, expertos o testigos. Aprovechese de esta libertad para involucrar a quien tenga mayor probabilidad de tener un impacto útil en la parte contraria y en el neutral.

Considere en particular dar un rol a su cliente en la sesión de apertura. Su oponente escuchará con mucha mayor atención a su cliente que a usted (al fin y al cabo, usted es un abogado contratado, mientras que su cliente es un decisor y tal vez su testigo principal). Una opción es que usted resuma los argumentos legales, y pida a su cliente que describa los hechos, o que usted cubra los aspectos de responsabilidad, y deje al cliente describir los efectos financieros de los eventos para su compañía. Alternativamente, deje que el cliente se centre en temas no legales del caso, tales como el impacto de las acciones del demandado en su familia o negocio.

Si quiere que la parte oponente hable durante la sesión de apertura, comente esto con el mediador de antemano, pidiéndole que anime a los principales a que hablen. Si, por el contrario, quiere que su cliente se mantenga en silencio, avíselo al mediador, para que éste no empuje a su cliente a que hable. Si su cliente no se expresa bien, es tímido, o no es un testigo atractivo, no tiene ninguna obligación de exhibirlo frente al mediador o su oponente.

Un turista mayor estaba en un tour en Europa organizado por una compañía alemana, y se cayó en la escalera de un castillo, golpeándose la cabeza. Bajo la mirada de su familia, la turista fue trasladada a un hospital local, donde murió aquella noche. La familia demandó al tour operador, alegando que había prometido ofrecer servicios especiales con protección para clientes mayores, y el guía se había ido a fumar en vez de estar al pie de la escalera mojada para cuidar de sus clientes.

Las partes acudieron a mediación. Dos días antes de la sesión de mediación el abogado del demandante anunció que la hija de la turista fallecida, que estaba a cargo del caso legal por la familia, no atendería la sesión porque le afectaba demasiado. El abogado del demandante dijo que la hija aceptaría sus recomendaciones sobre una transacción, pero que era probable que se “descontrolase” si tuviese que escuchar al tour operador presentar excusas por la muerte de su madre.

El mediador hizo comprobaciones con el abogado del demandado, que le dijo que la verdadera razón de porqué la hija estaría ausente se debía a que era muy irritante – “una plañidera”) - y que su presencia dañaría el caso del demandante. Se cuestionó si el proceso podría ser exitoso si ella no estaba presente.

Después de intentar convencer a la hija para que atendiese, sin éxito, el mediador decidió proceder sin la hija. Convenció al tour operador para mediar con el abogado que representaba la familia. Después de dos meses de discusión, el caso se resolvió.

- Revise con su cliente de antemano lo que dirá y como hará la presentación, de la misma manera que haría con un testigo en un juicio.
- Recuerde al cliente que hay libertad para tomar un descanso si fuese necesario. acuerde como interactuarán su cliente y usted, por ejemplo, como debería avisarle que necesita una interrupción en el proceso o que quiere hablar con usted.
- Alerta al cliente de que el mediador o la otra parte pueden hacer preguntas o invitarlo a hablar, pero que no tiene obligación alguna de hacerlo.
- Si no quiere que su cliente responda a una pregunta, respóndala usted mismo, o diga que preferiría discutir la cuestión con su cliente o el mediador en privado.

Obteniendo información. Si quiere obtener información durante la sesión de apertura, pida al mediador que suscite la cuestión o sugiera que las partes hagan preguntas o discuta el caso.

Un contratista fue demandado por el propietario de un edificio, que alegaba que el contratista había echado el cemento de los cimientos negligentemente. Antes de la mediación, el abogado le dijo al mediador: “No podemos determinar como el propietario llegó a la cifra de eur 650.000 para arreglar el problema –

nuestros expertos han estimado los costes de reparación en sólo eur 300.000. Esta diferencia es clave en el desacuerdo de las partes sobre el valor del caso. ¿Puede pedirle que nos dé los datos para su estimación, o sugerir que tengamos una discusión sobre cómo ha calculado el coste?”

Una compañía farmacéutica danesa resolvió un contrato con su distribuidor indio, alegando que las ventas eran decepcionantes y manteniendo que la compañía tenía un derecho legal a cancelar el contrato. El distribuidor presentó una demanda ante los tribunales daneses, alegando que la compañía había permitido que invirtiesen dos años de esfuerzos para obtener la aprobación estatal para sus productos y promocionar los mismos en los hospitales locales. Justo cuando el distribuidor estaba empezando a tener éxito, la compañía farmacéutica reclutó al jefe de ventas del distribuidor y le encargó que contactase con los clientes de la compañía india, incumpliendo el acuerdo de no competencia.

El abogado del distribuidor indio afirmó al mediador que su cliente tenía emails demostrando que los ejecutivos de la compañía danesa habían comenzado a hablar con el vendedor dos meses antes de que éste se fuera, de hecho conspirando con el vendedor para llevarse los clientes de la compañía india. Entendiendo que los ejecutivos daneses podrían ofenderse si se les acusaba de conspiración, los abogados del distribuidor pidieron al mediador que les ayudase a estructurar la discusión.

En sus comentarios en la sesión de apertura, el mediador dijo: “Le he pedido a cada abogado que explique su caso lo más claro que sea posible. Las partes pueden encontrar lo que dicen ofensivo, pero he pedido esto porque tenemos que tomar conocimiento de lo que pasará en este caso si no se llega a un acuerdo. Pido a ambas partes que escuchen con cortesía y tome nota de los puntos con los que no esté de acuerdo, y yo me aseguraré de que cada parte tenga plena oportunidad para responder”.

[

b. Reuniones privadas

En la mayoría de las mediaciones comerciales las partes pasan la mayor parte de su tiempo en reuniones privadas. Un abogado puede obtener la ayuda del mediador de muchas maneras distintas durante ésta fase de reuniones privadas. Comenzaremos describiendo las diferencias entre la fase de reuniones inicial y las posteriores.

(1) Fase de reuniones privadas inicial

Durante la primera reunión privada, un mediador tenderá a:

- Centrarse en escuchar y hacer preguntas más que dar consejo, intentando ayudar a cada parte a comprender la perspectiva del oponente y también a establecer una base para preguntas posteriores sobre argumentos legales. En esta fase un abogado puede incrementar la efectividad del

mediador con su oponente dándole al mediador “munición” para usar en la otra reunión privada.

- Usar un estilo de negociación basado en intereses. El neutral buscará persuadir a las partes de que no tomen posiciones extremas, preocupado por el hecho de que ello puede provocar animosidad. El neutral esperará que usted presente razones que justifiquen su posición, que exhiba por lo menos algo de cooperación, y si la otra parte fue la que presentó la última oferta, probablemente le pedirá que haga una concesión para comenzar el proceso de negociación. Si no está usted dispuesto a realizar concesión alguna, considere por lo menos darle al mediador una señal en privado de que está dispuesto a ser flexible una vez que la otra parte revele su intención de ceder, y explique por qué hacer una concesión en este momento no es apropiado. Las siguientes son preguntas que los abogados hacen frecuentemente sobre la fase inicial de reuniones en la mediación.

- Si tengo información confidencial que podría influenciar la visión que el mediador tiene sobre la fortaleza de mi caso ¿debería revelarla al principio o esperar hasta más adelante en el proceso?

Comentario: Normalmente es mejor presentar la evidencia al principio, mientras el mediador está enfocado en la obtención de información. En el caso del distribuidor indio descrito anteriormente, por ejemplo, el abogado del distribuidor podría decir: “Hemos identificado otro vendedor al que también intentaron contratar en violación de su contrato con nosotros. No saben que sabemos esto, pero les haría daño en juicio. En vista de esto, no podemos justificar una concesión significativa.”

Si espera hasta tarde en el proceso para presentar la evidencia, el mediador puede que no le otorgue la importancia debida, porque está concentrado en coordinar el proceso de negociación y puede pensar que está mencionando la evidencia simplemente para justificar su rechazo a llegar a hacer concesiones.

- ¿Debería hacer una oferta en esta primera reunión?

Comentario: Realizar una oferta en este momento puede ser o no la mejor estrategia, dependiendo del caso. Si no considera que hacer una oferta es sensato, no se vea obligado a hacerla. Diga en vez que prefiere esperar, por ejemplo porque quiere hablar sobre las cuestiones antes de tomar decisiones sobre la negociación.

- ¿Si solicito al mediador que comunique una posición extrema a la otra parte debería decirle en privado que estamos dispuestos a ceder en algún momento?

Comentario: Normalmente es buena idea decirle al mediador su estrategia en términos generales, para que pueda avisarle si ve algún problema y pueda considerar como presentar su posición a la otra parte.

- ¿Se ofenderá el mediador si le pido que se vaya para poder hablar en privado con mi cliente?

Comentario: No debe preocuparle pedirle al mediador que deje la habitación. Los mediadores esperan que los abogados deseen hablar confidencialmente con sus clientes. Usted podría decir: “Nos ha dado nuevas ideas para pensar. ¿Podemos tener unos minutos para hablar a solas? “

- ¿Se ofenderá el mediador si no revelo mi objetivo o estrategia final?

Comentario: Los mediadores también entienden que los abogados normalmente no les revelan toda su estrategia, porque el abogado y el neutral no tienen los mismos objetivos. Los mediadores esperan que si un abogado hace una declaración sobre un hecho, ésta sea certera, pero no que los abogados les digan todo.

(2) Reuniones privadas posteriores

A medida que las reuniones privadas progresan, el mediador suele tender a ser más activo, expresando sus puntos de vista y resaltando los costes y riesgos de un litigio, y las razones para hacer concesiones. Recuerde los siguientes aspectos:

- Prepárese para “contrastes de realidad” difíciles. Avise a su cliente que el mediador puede hacer preguntas duras sobre el caso y estar en desacuerdo con, o expresar dudas sobre, algunos de sus argumentos. Asegure al cliente que esto es una parte normal del proceso, y que el neutral está presentando sus argumentos y haciendo el mismo tipo de preguntas sobre el caso de su oponente en la otra sala.
- Si su cliente se desanima, considere pedirle al mediador una evaluación de cómo está progresando el proceso. Si su cliente se cansa o irrita o siente que le están presionando demasiado, pida al mediador una interrupción, o suspensión del proceso.
- Si pareciese que la mediación se dirige hacia un bloqueo, prepárese para negociar con el mediador sobre que tácticas utilizar para salvar el bloqueo, y cuando usarlas. Si el mediador parece desanimado o sin ideas, haga sugerencias. Más abajo consideramos como hacer esto.

(3) Sub-reuniones

Aunque la mediación comercial tiende a utilizar el formato de reunión privada, no existe regla alguna que lo requiera. Pregúntese si esta satisfecho con esta estructura o preferiría una variante. Si fuese así, sugiera el formato que preferiría.

La variante más común es la convocatoria a una reunión por el mediador de un sub-grupo de participantes. Por ejemplo, dos ejecutivos pueden reunirse en privado para discutir ciertos aspectos comerciales de una disputa, o expertos de cada parte pueden hablar sobre una cuestión técnica, o los abogados pueden considerar qué proceso seguir. Dichas reuniones pueden ocurrir en cualquier

momento, pueden durar el poco o mucho tiempo que los participantes consideren útil, y pueden repetirse tantas veces se considere necesario.

Cuando los decisores principales se reúnen sin abogados, los abogados insisten a menudo que participe el mediador para moderar la discusión y confirmar que la discusión es parte del proceso confidencial, pero no es esencial que el mediador esté presente en todo momento.

Un fabricante polaco y una compañía de transportes checa tuvieron una relación provechosa durante más de una década, con el transportista distribuyendo los productos del fabricante por todo el sur de Europa. Pero su relación se deterioró. El fabricante demandó a la compañía transportista, manteniendo que había inflado sus costes fraudulentamente, magnificando la distancia que los camiones viajaban, y exagerando los costes por reparaciones. Después de dos años de litigio las partes acordaron mediar.

El proceso comenzó de forma inusual: el abogado del demandante telefoneó al mediador con antelación para sugerir que las partes saltasen las declaraciones de apertura usuales de los abogados y, en su lugar, que los dos consejeros delegados se reuniesen en privado. El mediador consultó la cuestión con el abogado de la defensa, que estuvo de acuerdo con que el mediador estuviese presente durante la conversación.

Los dos ejecutivos y el mediador se retiraron a una sala dejando a los abogados. El consejero delegado del demandante abrió la discusión revisando la buena y larga relación de las compañías y los problemas recientes. Sugirió que la rotura fue provocada en parte por un directivo que había contratado de la compañía transportista. Dijo que había despedido al directivo por violaciones éticas.

El consejero delegado del demandante dijo que habían sufrido daños considerables por errores en las facturas de la compañía transportista, sin embargo, y necesitaba alcanzar una transacción razonable del conflicto. Hizo entonces una oferta. El consejero delegado del demandado se lo agradeció y dijo que tenía que discutir la propuesta con sus abogados.

Las partes mantuvieron diversas reuniones privadas y negociaron intensamente durante horas, reduciendo una diferencia de eur 900.000 a una de eur 30.000 – una demanda de eur 300.000 frente a una oferta de eur 270.000. En este punto, la defensa se negó a hacer mas ofertas, expresando su frustración por la falta de razonabilidad de la parte demandante.

Mientras que el mediador buscaba maneras de romper el bloqueo, el consejero delegado del demandado sacó repentinamente una moneda de su bolsillo: “¿Ves esto?”, le preguntó. “Compruébala, es una moneda verdadera. Te lo juego a cara o cruz” “¿Qué apostamos?” “Los 30”, contestó. “¡Veamos si tiene los *****s de jugárselo”!

El mediador miró al abogado del demandado: ¿hablaba en serio? El abogado levantó los hombros; “Por mi está bien. ¿Por qué no vas con Pavel y le presentas la propuesta? Pero deberías hablar tú; está bastante frustrado por

todo esto". Por qué no, pensó el mediador; no tenía una alternativa mejor para sugerir.

El mediador guió al consejero delegado del demandado a la sala del demandante y, con una sonrisa, dijo: "Pavel tiene una idea para romper el bloqueo. Es algo...inusual, pero tal vez querríais escucharla". Con voz tranquila y sin referencias anatómicas el consejero delegado repitió su oferta de jugar la diferencia a cara o cruz.

El directivo del demandado sonrió. "OK", dijo, "pero no me contestaste a la última oferta, así que la diferencia real es de 50, entre mis 320 (su última oferta antes de bajar a 300.000) y tus 270". Discutieron sobre los términos de lo que apostarían, exhibiendo exasperación pero también algo de humor. Cuando la discusión se bloqueó, el mediador hizo alguna sugerencia ("¿Por qué no dar los 20 a una obra de caridad?"), pero al final no pudieron ponerse de acuerdo, ambos se enfadaron, y el consejero delegado del demandado se fue de la habitación.

Al andar por el pasillo el mediador le preguntó "Imaginemos que consigo que baje a 290", "¿Salvaría el acuerdo?". El resultado fue que sí.

En esta mediación las iniciativas tomadas por cada uno de los abogados contribuyeron de manera relevante a llegar al acuerdo. La sugerencia del abogado del demandante de que el proceso comenzase con una reunión entre los consejeros delegados creó una conexión informal entre ambos que suavizó la negociación posterior. La sugerencia "espontánea" del consejero delegado del demandado (una táctica propuesta por su abogado, según conoció el mediador después) fue clave para mover a las partes de la situación de bloqueo.

Otra opción adicional es la de arreglar que una de las partes se encuentre con un consejero externo del oponente. Si cree que esto podría ser útil, pídale al mediador que arregle dicha reunión.

Una municipalidad de Bretaña se negó a pagar a un contratista por su trabajo en una escuela nueva, alegando que la construcción era defectuosa. El contratista demandó pidiendo el pago y el caso fue a mediación. Las partes hicieron algo de progreso pero eventualmente llegaron a una situación de bloqueo y tuvieron que posponer la reunión.

El abogado del contratista sospechaba que el equipo de negociación de la municipalidad había sido incapaz de llegar a una decisión debido a conflictos internos provocados por un funcionario local. El contratista dijo que había desarrollado una buena relación con el alcalde de la municipalidad en otro proyecto, y pensaba que si pudiese hablar en privado con él podría resolver el "problema de personalidad" y reabrir las negociaciones.

El abogado solicitó al mediador que pidiese al abogado del demandado si el contratista podría desayunar con el alcalde. La defensa estuvo de acuerdo, el desayuno se celebró y el funcionario que planteaba dificultades retiró sus objeciones.

Resumiendo:

- *Pida al mediador que varíe la estructura tradicional de mediación*
- *Sugiera que una persona, o parte del equipo, se reúna con su homólogo en la contraparte.*
- *Para facilitar la discusión y asegurar confidencialidad, pida al neutral que atienda dichas reuniones.*

5. Influencie el proceso

(a) Maneje el flujo de la información

(1) Centre la discusión en temas específicos

Una habilidad importante en un buen negociador es la habilidad de influir sobre cómo se discuten las cuestiones. Para conseguir esto, un abogado puede decirle a un mediador qué es lo que desea que se resalte al oponente, y de qué forma.

Una compañía de construcción demandó a un proveedor, alegando que el proveedor le había vendido anticongelante defectuoso que dañó severamente los sistemas de refrigeración de sus vehículos. Durante esta mediación se filmó a los abogados y a las partes.

El demandante no podía identificar ningún contaminante en el anticongelante, pero sostuvo que la responsabilidad del proveedor era obvia: la compañía había puesto el anticongelante en 70 vehículos de su flota de 150, y en el espacio de días el sistema de refrigeración de varios de los vehículos sufrió una fuerte corrosión. Sólo aquellas partes de los motores que habían estado en contacto con el anticongelante del demandado exhibían síntomas de corrosión, y los vehículos que no recibieron el anticongelante no tuvieron ningún problema.

El demandado replicó que un científico de una universidad respetada había testado el anticongelante sin encontrar anomalía alguna. Adicionalmente, ningún otro de los restantes clientes del demandado había protestado por daños derivados del anticongelante. El demandado estaba convencido de que la causa estaba en los camiones, no en su producto.

El abogado de la defensa pensó que la incapacidad del demandante para encontrar contaminante alguno en el anticongelante, o explicar qué es lo que había causado el daño sería fatal para su reclamación, y utilizó al mediador para presionar a la otra parte con este hecho.

Abogado demandado: Esperamos que les comente que consideramos como punto crucial del caso el hecho de que no vemos ninguna evidencia que apoye su caso en el tema de causalidad.

Mediador: Pero si tiene pruebas, ¿eso afectaría vuestra posición de negociación?

Abogado (sonriendo): Si, y si no la tiene, esperamos que les afecte a ellos y lleve a reducir su reclamación.

El mediador suscitó este punto durante su reunión privada con el equipo del demandante:

Mediador: Supongamos que un experto externo reporta que no hay ninguna sustancia extraña en el anticongelante y el experto es creíble... ¿Cómo afectaría esto vuestro caso?

Abogado del demandante: Bueno, es un problema, sin lugar a dudas. Reconocemos que es nuestro punto más débil en éste caso.

Mediador: ¿Qué porcentaje de riesgo le daríais a la cuestión de responsabilidad?

Abogado: cincuenta por ciento

Al final de la reunión privada, el equipo del demandante reconoció en privado que su posibilidad de éxito en el tema de responsabilidad era del 30 o cuarenta por ciento.

En este ejemplo, el abogado de la defensa persuadió al mediador a centrarse con la contraparte en su punto, y con ello se aprovechó del hecho de que el demandante estaba más dispuesto a escuchar al mediador de lo que hubiese estado si la defensa hubiese manifestado el punto directamente.

A veces puede desear evitar una cuestión completamente. Esto es muy difícil si la otra parte está determinada en perseguir la cuestión, pero si puede convencer al mediador que discutir un punto puede frustrar un acuerdo, es posible que esté de acuerdo en retrasar la discusión o manejarla de manera que su impacto se minimice.

Asuma, por ejemplo, que su cliente está muy irritado por el presunto fraude de la otra parte. Usted ve que la evidencia es débil, pero su cliente se niega a abandonar la reclamación por fraude; la mera discusión del tema le enfada. Usted podría hacer una llamada pre-mediación al mediador, alertándole de que discutir el tema inflamará a su cliente y frustrará progreso en otros puntos. Podría pedirle que desincentive a la otra parte de discutir la cuestión del fraude hasta más tarde en el día, cuando su cliente pueda estar más calmado.

Resumiendo:

- *Utilice la capacidad del mediador para influir en la agenda a discutir.*
- *Pida al mediador que centre la discusión en un punto clave, o evite uno sensible.*

(2) Recoja y suministre información

Recogiendo información. En el caso del anticongelante, el abogado defensor tenía un doble propósito: utilizó el mediador para impulsar un punto favorable para su cliente, y simultáneamente le pidió que “pescara” información: si los demandantes tuviesen datos que probasen causalidad, quería aprovechar la mediación para conocer lo que tenían.

Las partes normalmente están más abiertas a entregar información en una mediación que en una negociación tradicional. Saben que tiene más probabilidades de llegar a un acuerdo a través de mediación, y por tanto esperan

recibir algo a cambio. También tienden a confiar que el mediador les protegerá que no se aprovechen de ellos. Si una parte objeta a dar “información gratis” a la otra parte, el mediador puede sugerir que compartirla puede ser también beneficioso para ella (“Mi experiencia es que para obtener la autoridad necesaria para pagar lo que pide, el representante de la compañía de seguros necesitará documentos para enseñar a su supervisor. Creo que es de su interés darle la información”).

Los problemas de información surgen más frecuentemente entre las partes contendientes, pero no es este el único caso; los abogados a veces tienen dificultad en obtener datos de su propio cliente, por ejemplo porque alguien en la organización siente que pueden ser culpados por el problema. Co-defensores a veces también ocultan datos entre sí, en un esfuerzo por minimizar su parte de responsabilidad en la pérdida. Los mediadores pueden ocasionalmente ayudar a un abogado a persuadir a su cliente que le suministre los datos, o a que un defensor comparta información con el otro.

Suministrando información. También es posible utilizar la mediación para transmitir datos más efectivamente. Suponga, por ejemplo, que tiene evidencia sólida de que un testigo de la oposición está mintiendo, pero está preocupado de que si suscita el punto directamente con su oponente éste se enfadará. Una opción es dar la evidencia al mediador y pedirle que lo discuta con la otra parte. Pruebas presentadas de ésta forma son menos susceptibles de ser rechazadas sumariamente, e incluso aunque la información no tenga impacto en la otra parte, el hecho de que usted la presenta centrará la atención del mediador en la cuestión.

Otra forma de información se refiere a las intenciones de negociación de la parte. Imagine, por ejemplo, que un demandante ha decidido hacer su oferta final. Está preocupado, no obstante, de que su oponente se ofenda, sintiendo que la oferta equivale a un ultimátum. El abogado puede transmitir la oferta más efectivamente a través de un mediador (“Diles que lo hemos pensado y 900 es nuestra última y definitiva oferta”). Como mínimo el mediador puede suavizar el mensaje, reduciendo el riesgo de que la otra parte reaccione con enfado (“Han acordado hacer una concesión mas, - dicen que ya no pueden ir más lejos...”). Si el neutral cree que la oferta es verdaderamente definitiva, puedo decirlo, asegurando al recipiente que no es meramente un farol. (“He estado hablando con ellos durante horas. Uno nunca sabe con total seguridad, pero creo que verdaderamente no pueden ir por debajo de 900”).

(3) Explore el estado mental/emocional de la otra parte

Los abogados también pueden preguntarle al mediador sobre el estado mental/emocional de la otra parte. Si, por ejemplo, una parte parece agitada durante la sesión de apertura, el abogado contrario puede luego preguntar al mediador: “¿Se ha calmado Smith ya?”. El abogado puede también preguntar sobre el proceso decisorio de la otra parte: “Si su abogado recomienda un

acuerdo, ¿crees que le escuchará?” o “¿Necesitamos traer al vicepresidente de la compañía de seguros en persona?”

Los abogados también pueden preguntar al mediador que explore la reacción del oponente a una oferta o táctica específica: “¿Podría ver si bajarían a un número de seis cifras?” o “¿Cree usted que pueden llegar a 125.000 eur?”

Las preguntas a un mediador sobre lo que está pensando el otro lado generan al mediador cuestiones éticas y prácticas, porque el mediador tiene dos roles un tanto contradictorios: debe preservar la confidencialidad de lo que cada parte dice, y simultáneamente facilitar la comunicación entre ambas. Pero el hecho de que una pregunta sea difícil de contestar para un neutral no significa que un abogado no debe plantearla.

Tenga en cuenta, sin embargo, que si pide información sobre su oponente al mediador, el neutral puede sentir que tiene permiso para darle a la otra parte la misma información sobre usted. Si está preocupado por la información que pueda “filtrarse” a la otra sala, comente con el mediador lo que va a decir a la otra parte. Si le preocupa que algo sensible pueda llegar a revelarse, deje bien claro lo que quiere que se diga. En general es más fácil no revelar un hecho en absoluto que controlar como el mediador presenta hechos que discute con la contraparte. Esto no quiere decir, sin embargo, que hacer preguntas sobre la otra parte no es de utilidad, y la estructura de mediación puede potenciar su capacidad para hacerlo.

Para aprovechar la capacidad del mediador de manejar el flujo de información:

- *Pida al mediador que obtenga información o la suministre al oponente.*
- *Pregunte sobre el estado mental/emocional de la otra parte.*
- *Analice con el mediador lo que dirá de usted a su oponente.*

(4) Utilice la confidencialidad para manejar el flujo de información

La mediación es, naturalmente, un proceso confidencial. A los efectos del abogado, es importante entender que la confidencialidad no sólo es una capa de protección, sino también una herramienta para hacer la negociación más efectiva. Una manera de conseguir esto es darle al mediador la información y prohibirle que la revele a la otra parte, o permitir la revelación sólo bajo determinadas condiciones.

Revelar la información al mediador solo. La táctica más común es describir la evidencia al mediador pero prohibirle que lo revele a la parte contraria. De esta manera el abogado puede revelar evidencia para persuadir al mediador de la fuerza de su caso legal sin revelar la información a la otra parte (“Mire la información que hemos obtenido sobre cuánto dinero ha hecho ésta “pobre” compañía en los últimos tres años. Pueden pagar toda la cantidad que estamos pidiendo – pero no puede decirles que sabemos esto”), o (“No mandaron la notificación requerida en nuestro contrato antes de presentar la demanda y en

un mes será demasiado tarde. Si el caso no se resuelve hoy les echaremos del pleito”).

Que un abogado aporte evidencia “decisiva” pero prohíba al mediador discutirla coloca al mediador en una posición difícil, obligándole a predecir como un adversario podría reaccionar ante la información. Por esta razón los mediadores suele descontar la evidencia que una parte no permite discutir con el oponente. En todo caso, no hay mucha desventaja en presentar información “solo para los ojos del mediador” siempre que confíe que el mediador la mantendrá secreta.

Adicionalmente, el hecho de que prohíba a un mediador revelar la información en un momento de la mediación no impide que le autorice a revelarla posteriormente.

Los abogados ocasionalmente permiten que se revele información sujeto a condiciones (“puede enseñarles la declaración, pero solo si cree que con ello se cerrará el acuerdo”).

Revelar información a un oponente, sujeto a confidencialidad. Los abogados también pueden autorizar que se suministre la evidencia al oponente, pero pueden usar las reglas especiales de confidencialidad aplicables a la mediación para limitar cómo puede ser utilizada la información si el caso no se cierra con una transacción.

Un consultor francés demandó a una compañía americana de software por incumplimiento en el pago de servicios que había prestado. La compañía de software se negó a realizar una oferta significativa, manteniendo que apenas tenía dinero disponible. El consultor se mostraba escéptico, pero su abogado no quería insistir en este punto, porque sabía que si la compañía de software solicitaba la declaración de concurso, su cliente no recuperaría nada. Le pidió al mediador si podía obtener más información sobre las finanzas de la compañía.

Cuando se le preguntó al abogado del demandado al respecto, éste contestó al mediador que el director financiero de la compañía, que estaba presente en la mediación, tenía una hoja de cálculo financiera en su ordenador portátil que había entregado a unos inversores privados dos semanas antes. El mediador sugirió que podría ayudar a acelerar el acuerdo si la defensa autorizase a un miembro del equipo del demandante a examinar los datos.

El abogado de la compañía aceptó con la condición de que el visitante podría examinar la información del ordenador portátil y formular preguntas al director financiero, pero siempre que no tomase notas. El abogado del demandante entró con el mediador en la sala ocupada por la compañía de software, miró las hojas de cálculo, hizo preguntas al director financiero y volvió a hablar con su cliente. Media hora después, el equipo del demandante indicó que estaba dispuesto a aceptar pagos reducidos y escalonados, siempre que el pago estuviese garantizado por los derechos de propiedad intelectual de la compañía, y el caso se transó en éstos términos.

Autorice una revelación parcial. La mayoría de los abogados esperan que el mediador revele por lo menos parte de lo que ocurre en las discusiones mantenidas en reuniones privadas. Los abogados experimentados saben, en otras palabras, que mientras el mediador no revelará información sensible, suele sentirse autorizado a ir más allá de la mera repetición de lo dicho por una parte, interpretando el mensaje, siempre que ello no perjudique a la parte correspondiente. El abogado de un demandante puede decirle al mediador, por ejemplo, “800.000 es lo más bajo que podemos en este momento. Puede decirles 800”. El abogado sabe que el neutral lo interpretará en el sentido de que puede decirle a la otra parte que el demandante está reduciendo su reclamación a eur 800.000 y que el demandante probablemente pueda estar dispuesto a bajar más si el demandado retorna con una respuesta adecuada.

Puede solicitar al mediador que transmita una interpretación de su posición, presentándolo como su evaluación de la situación, sin atribuirle a usted específicamente sus comentarios. Comunicar intenciones de ésta manera tiene dos ventajas. En primer lugar, el receptor del mensaje no estará totalmente seguro de si usted le está enviando la señal, dándole la libertad de ampliarla o abandonarla, dependiendo de la respuesta, de forma muy parecida a los “globos sonda” generados en la prensa por funcionarios gubernamentales. En segundo lugar, el hecho de que es el mediador el que ofrece la interpretación la hace parecer menos manipuladora, y por lo tanto menos susceptible de ser devaluada por el receptor, que si usted hubiese enviado la señal directamente.

b. Influencie el proceso de negociación

Los abogados también pueden usar la mediación para mejorar su efectividad en el toma y da de la negociación. Esto puede hacerse tanto si uno negocia de forma competitiva por una suma de dinero o cooperativamente, centrándose en opciones creativas. Puede aprovecharse de la ayuda del mediador para:

- *Apoyar una estrategia de negociación competitiva*
- *Explorar cuestiones ocultas y opciones creativas*
- *Recibir consejo sobre tácticas*
- *Tomar pasos poco ortodoxos para superar obstáculos*
- *Potenciar sus ofertas.*

(1) Apoyar una estrategia de negociación competitiva

Los libros sobre mediación raramente mencionan un efecto importante del proceso: permite a los negociadores utilizar tácticas más duras que las que podría aplicar en una negociación directa. Hay varias razones para ello. Primero, mientras que las partes pueden romper negociaciones y luego retomarlas, la mayor parte de las partes creen que si una mediación fracasa es improbable que se pueda retomar el proceso. Por ello, los participantes en una mediación son

reacios a abandonar la misma incluso cuando su oponente hace una oferta “insultante”.

En segundo lugar, el mediador está presente para amortiguar el impacto de tácticas de negociación abrasivas, calmando a la parte que está enfadada con lo hecho por el oponente. Los abogados ocasionalmente se aprovechan de esto para jugar “policía malo”, sabiendo que el mediador jugará instintivamente el rol de “policía bueno” para mantener el proceso vivo.

Un transportista marítimo tenía una disputa con su aseguradora por su negativa a pagar casi mil millones de euros en costes que el transportista había incurrido debido a un gran derrame de petróleo. Las partes acordaron ir a mediación. El consejero delegado de la aseguradora se preparó intensamente para el proceso, con la intención de entrar con los abogados del transportista en una discusión punto por punto de las defensas de la aseguradora frente a la reclamación.

Cuando las partes se reunieron y el consejero delegado intentó discutir el caso, sin embargo, el abogado del transportista dijo que no estaba interesado. Había escuchado el análisis de su equipo, dijo, y no veía utilidad alguna en tener un debate con el consejero delegado. El abogado siguió diciendo que no haría ninguna concesión hasta que la aseguradora no aceptase pagar en su totalidad la cantidad debida bajo lo que denominó la sección “incontestable” de la póliza. Dicha cuantía, dijo el abogado, era de 135 millones eur.

La mediación se celebró en el centro de conferencias del aeropuerto, y en una negociación directa el equipo de la aseguradora muy probablemente habría tomado el vuelo siguiente. El abogado del transportista confiaba, sin embargo, que el mediador respondería a su táctica sugiriendo, incluso rogando, que el consejero delegado ignorase la actitud odiosa del transportista, mirando “el conjunto”, examinare los riesgos legales y ofreciera una cuantía de dinero muy grande. Y eso es exactamente lo que ocurrió.

Después de varias horas discutiendo, el consejero delegado entró en la sala ocupada por el transportista, escribió “100” en el tablero, y salió. Ahora le tocaba al mediador convencer a la parte demandante de que, si bien cien millones de euros podía parecer muy poco a la luz de su reclamación, desde el punto de vista de la aseguradora era un paso adelante importante. El mediador sugirió que la manera de analizar la oferta era contar desde cero hacia arriba en vez de desde la demanda original del transportista. Después de una hora de discusión, el transportista aceptó a regañadientes continuar con el proceso.

El caso no llegó a una transacción hasta meses después. El momento clave fue cuando el abogado del transportista (el mismo abogado que se había negado a discutir los puntos con el consejero delegado de la aseguradora) le pidió al mediador que invitase al consejero delegado a una reunión a solas en el bar del hotel donde la mediación se estaba celebrando. Mientras el mediador y los abogados esperaban en las salas de reuniones preguntándose qué estaba pasando, los dos negociadores llegaron a un acuerdo.

En este caso, el abogado del demandante contó con la presencia del mediador y el hecho de que ambas partes se habían comprometido a mediar para imponer una pre-condición alta a la otra, combinando su táctica de negociación con un gesto descortés – negarse a escuchar la presentación del consejero delegado – para enfatizar su voluntad de irse si no conseguía lo que quería. El abogado sabía, sin embargo, que el mediador haría un esfuerzo para suavizar el enfrentamiento, consiguiendo que su táctica tuviese éxito.

Al final del proceso, el abogado del transportista cambió radicalmente su planteamiento, utilizando al mediador para que le ayudase a concertar una reunión privada con la misma persona que había desairado anteriormente, una reunión que hubiese sido más difícil de arreglar sin la ayuda del neutral.

Para potenciar su estrategia en una negociación competitiva:

- *Utilice al mediador para suavizar el impacto de tácticas duras de negociación.*
- *Permita, o pida, al mediador que persuada a su propio cliente que abandone una posición no realista.*

(2) Explorar cuestiones ocultas y opciones creativas

Los mediadores también pueden ser utilizados para ayudar a identificar cuestiones no legales y para apoyar enfoques a la negociación creativos. Las personas a menudo pierden su habilidad de pensar imaginativamente una vez están en conflicto. A los demandantes en particular les preocupar que si mencionan cualquier interés que no sea de dinero, implicará que no están totalmente comprometidos con sus peticiones monetarias. La mediación permite a los abogados las dos cosas: pueden continuar presionando con sus argumentos legales, buscando el mejor acuerdo monetario posible, y simultáneamente pedir al mediador que explore intereses subyacentes y términos creativos para un acuerdo de las partes. El efecto es tener una negociación a dos niveles, uno involucrando un intercambio de dinero y otros las prioridades de las partes.

Una consultora británica de inversiones, Continental Advisors, demandó a una importante compañía de servicios financieros parisina, Continental Financial SA, que había comenzado a comercializar servicios de inversión en Londres bajo el nombre de Continental Financial. La compañía británica argumentaba que el uso por la compañía francesa de la palabra “Continental” violaba la marca de la compañía británica y causaba confusión a los clientes, particularmente, dijo, porque la comunidad financiera se refería informalmente a ambas como “Continental”. La firma solicitaba al tribunal que prohibiese a la compañía francesa la utilización del nombre Continental en el Reino Unido. El juez remitió el asunto a mediación.

Aunque el caso legal se centraba en el uso del nombre en Inglaterra, los intereses en juego eran mayores. La firma británica había diseñado planes secretos para expandir sus servicios a países de la Unión Europea donde la compañía francesa ya estaba activa. En otras palabras, el demandante estaba en peligro de ganar una victoria en el caso británico que la compañía francesa utilizaría como arma allí donde la compañía británica fuese la recién llegada.

En su declaración para la mediación la firma británica sostuvo que los únicos puntos relevantes eran como podía usarse el nombre en el Reino Unido y la cuantía de los daños que debería recibir en compensación. El abogado interno de la firma llamó al mediador antes del proceso, sin embargo, para solicitarle que explorase un acuerdo que cubriese el uso del nombre Continental en toda la UE. Después de tres meses de discusiones intensas las partes llegaron a un acuerdo amplio que evitaba conflictos por el nombre en toda Europa.

Para potenciar su capacidad para negociar soluciones basadas en el interés de las partes, pida al mediador que:

- *Explore cuestiones comerciales, personales y otras de carácter no legal, además de las legales.*
- *Busque opciones imaginativas mientras se centra en argumentos legales y peticiones monetarias.*

(3) Recibir consejo sobre tácticas

Los mediadores pasan típicamente muchas horas hablando con las partes, lo que les da una perspectiva única sobre el estilo de negociación y prioridades para llegar a un acuerdo de transacción de cada parte. Utilizando al mediador como un consultor de negociación los abogados pueden tener acceso a esta información.

Recuerde el caso descrito anteriormente involucrando a la turista mayor que se cayó en la escalera de un castillo y murió a consecuencia de la caída. La primera oferta del tour operador fue de eur 20.000 El abogado del demandante contestó que hasta que el demandado no llegase a las “seis cifras o cerca” no consideraría renunciar a su petición inicial de eur 650.000. La mediación se pospuso sin progreso alguno.

El abogado de la defensa le pidió al mediador que participase en una discusión con el representante de la compañía de seguros del tour operador, que no había estado presente en la primera sesión de mediación. El mediador dio su opinión del caso y explicó por qué pensaba que sería sensato que la compañía pagara más de eur 100.000 para llegar a una transacción. Después de varias conversaciones, el abogado de la defensa llamó al mediador y dijo que tenía autorización para elevar su oferta inicial y llegar a un acuerdo en el rango de 150.000 a 175.000. No estaba seguro, sin embargo, cual debía ser su oferta

siguiente; quería contestar a la solicitud del demandante pero no quería inflar sus expectativas.

El abogado de la defensa le pidió al mediador que participase en una conversación con el representante de la compañía aseguradora y discutieron el caso. El mediador dijo que veía dos opciones: bien ofrecer de eur 70.000 a 80.000, sobre la base de que esto estaría “cerca” de los eur 100.000, u ofrecer directamente 100.000, pero hacer la siguiente concesión modesta, para que el demandante entendiese que la defensa estaba contemplando un número de seis cifras bajo.

El mediador sugirió empezar con 100 y se ofreció para decir que la defensa estaba inclinada a comenzar por debajo de dicha cifra pero accedió reaciosamente a ofrecer una cuantía mayor a solicitud del mediador. Si la oferta fuese inferior, resaltaría que aunque la cifra fuese inferior a eur 100.000 el mediador pensaba que había bastante más dinero si el demandante redujese su reclamación. El abogado decidió ofrecer eur 100.000 como una señal de buena fe y el caso se cerró en eur 190.000.

El problema en este caso era que el caso había sido recientemente reasignado por la compañía de seguros a un empleado nuevo que no apreciaba el riesgo legal que incurría el tour operador, ni la dinámica de la negociación. El abogado de la defensa apoyaba elevar la oferta de la compañía a eur 100.000, pero no pudo convencer al representante de la aseguradora para que le autorizase a hacerlo. En una negociación directa, la aseguradora probablemente hubiese rechazado hacer la segunda oferta hasta que el demandante hiciese una concesión, llevando a un bloqueo. En mediación, sin embargo, el abogado pudo utilizar la ayuda del mediador primero para convencer a su cliente a que autorizase una oferta mayor y en segundo lugar para estructurar la nueva oferta de manera que protegiese la posición negociadora de la aseguradora.

(4) Potenciar sus ofertas

Autoría. Los abogados experimentados instintivamente entienden “devaluación reactiva”- el concepto de que cualquier oferta por un oponente se contempla con sospecha, pero que la misma oferta realizada por un mediador neutral tiene probabilidades de ser considerada respetuosamente. Para aprovecharse de ello, los buenos abogados a veces buscan convencer al mediador para que “adopte” su oferta como si fuera la del mediador, o cuando menos avale la oferta del abogado como razonable. Por ejemplo:

En el experimento filmado descrito con anterioridad involucrando la reclamación por una compañía constructora de que un proveedor había dañado sus camiones con anticongelante defectuoso, el abogado de la defensa deseaba evitar hacer una oferta monetaria, proponiendo en vez que el demandado diese al demandante un descuento sobre compras de diesel para los camiones, sosteniendo que esto tendría gran valor para el demandante.

El problema de éste planteamiento era que el demandante había reclamado eur 1.5 millones y el demandado en su contestación no estaba ofreciendo dinero en sí. El mediador señaló que el demandante muy probablemente se enfadaría mucho si el demandado hiciese una oferta “sin dinero”.

Mediador: Le he dicho que el demandante está dispuesto a moverse significativamente de su demanda inicial. Me han dado permiso expresamente para decirle esto...pero si ahora vuelvo y digo “están dispuestos a dar un descuento... pero eso es todo” van a disgustarse mucho, creo yo....

Abogado externo: No creo que sea si como debería expresarlo. ¿Por qué no dice que ha decidido que no era productivo hablar en términos de cuantos euros pagaríamos para transar – que usted sugirió la idea del programa de descuento?

Mediador: Bueno... necesito pensar como lo voy a expresar...

En este final, el mediador se negó a decir que había desarrollado la idea para un descuento sobre compras futuras de diesel, probablemente preocupado de que ello dañaría su credibilidad con el demandante. Pero el abogado de la defensa no tuvo ningún reparo en pedirle al mediador que asumiese la responsabilidad de su oferta y posteriormente, añadiendo una pequeña cantidad de dinero al programa de descuento, obtuvo un acuerdo de transacción excelente para su cliente.

Aval. Si no puede persuadir al mediador que asuma la autoría de una propuesta, otra alternativa es pedirle que la avale. Usted podría, por ejemplo, pedir al neutral que diga a su oponente que ve su última oferta como “un paso adelante razonable”.

Alternativamente puede ofrecer incrementar la concesión si el mediador avala su razonabilidad y pide a la otra parte que recíproque (“Si yo pudiese convencer a mi cliente a llegar a “X”, ¿estaría usted dispuesto a decirle al demandante que cree que es un paso significativo y pedirles que ellos “lleguen a “Y”?”)

Para aprovecharse de la neutralidad del mediador:

- *Pida al mediador que asuma la autoría de un argumento o propuesta.*
- *Pida al mediador que avale una idea u oferta como digna de consideración*
- *Sugiera que su cliente hará una oferta mejor si el mediador la avala.*

(5)Aprovéchese de la flexibilidad del mediador

Los mediadores no tienen que preocuparse de mantener la dignidad de un juez o demostrar la dureza de un procesalista. Por ello, tienen más libertad para tomar medidas inusuales para alcanzar un acuerdo. Los mediadores, no obstante, no siempre conocen los obstáculos que están bloqueando un acuerdo. Cuando los abogados encuentran barreras ocultas para un acuerdo, por lo tanto,

deberían informar al mediador y si fuese necesario empujar al neutral a asumir un rol poco usual, desde “embajador” a “chivo expiatorio”.

Un hermano y su hermana, Silvio y Liana, se encontraban peleando por el imperio empresarial de un tío fallecido. Silvio frustró a todos durante el primer día de mediación realizando ofertas y, después de que el mediador las hubiera trasladado a los representantes de Liana, anunciando que había reconsiderado y no podía hacer la concesión. Esto enfureció a Liana y dejó perplejo al mediador.

El abogado de Liana consideró que lo que estaba pasando era que Silvio llamaba a su esposa, una contable en una tienda local, cada vez que el mediador abandonaba la habitación y la mujer le había estado diciendo que era estúpido hacer concesiones. Después de que el primer día acabase con frustración, el abogado sugirió que el mediador hablase con la esposa antes de que el proceso continuase al día siguiente.

Temprano a la mañana siguiente, el mediador visitó a la esposa de Silvio en su oficina. Escuchó mientras le describió lacrimosamente como ella y su marido habían sido “excluidos” del negocio familiar por su cuñada. Una vez la mujer se calmó, el mediador resaltó la importancia de que ella fuera parte de la mediación, ya que podría afectar profundamente a la familia. La invitó a acompañarle al centro de mediación.

Con su mujer presente para aconsejarle, Silvio fue mucho más decisivo. El caso se resolvió con un acuerdo plurianual, bajo el cual la pareja permitía a Liana comprarles sus acciones durante un período de cinco años, y Liana aceptó garantizar el pago con acciones de la sociedad.

El acuerdo tentativo casi encalló, sin embargo, porque la mujer de Silvio desconfiaba de que Liana fuese a cumplir el acuerdo. Para resolver este aspecto, el abogado de Silvio sugirió que, si surgiese alguna disputa sobre la ejecución del acuerdo, el mediador sería designado como árbitro, utilizando su conocimiento de las intenciones de las partes. El abogado de Liana aceptó y el acuerdo de transacción se formalizó.

[Box ends]

La mediación de ésta disputa casi seguro hubiera fracasado si el abogado de Liana no hubiese alertado al mediador sobre el problema causado por la ausencia de la mujer de Silvio y hubiese hecho la sugerencia poco usual que hizo para resolverlo.

Al final del caso, fue la sugerencia del abogado de Silvio de que el mediador tomase el rol de árbitro lo que hizo posible la formalización del acuerdo de transacción.

También se puede solicitar a los mediadores que asuman roles poco atractivos, por ejemplo como “chivo expiatorio” para decisiones difíciles.

El abogado del demandado recriminó a un mediador delante de su cliente por comunicar “equivocadamente” una concesión a la otra parte. De hecho le había dicho en privado al mediador que hiciera la oferta, pero su cliente estaba

ahora disgustado por ello. El neutral se disculpó por la confusión y aceptó decirle a la otra parte que había comunicado la concesión por error.

Haciendo la oferta y exigiendo al mediador que la retirase, sin embargo, el abogado de la defensa mandó una señal a la otra parte de que su cliente podría ser flexible. El movimiento rompió el bloqueo y el caso se resolvió con un acuerdo. Algunos meses más tarde, el mismo abogado que había criticado al mediador le pidió que le ayudara en otro caso.

Asumiendo la culpa, incluso injustamente, es parte de la tarea del mediador. Para explotar esta flexibilidad:

- *Alerte al mediador sobre la existencia de cuestiones ocultas y si fuere necesario sugiera que el neutral use técnicas poco ortodoxas para resolverlas.*
- *Si fuere necesario convierta al mediador en chivo expiatorio para llegar a un acuerdo difícil.*

c. Supere bloqueos

Un mediador también puede ayudar a superar bloqueos:

- *Comenzando de nuevo la negociación*
- *Educando a un oponente o cliente no realista.*
- *Tomando control del proceso*
- *Proponiendo un método mas efectivo de resolución de conflicto*

(1) Comenzando de nuevo la negociación

La cualidad más importante en un mediador cuando se enfrenta a una situación de bloqueo es simplemente la determinación – su voluntad de continuar. El mediador correcto demostrará esta cualidad ante el semblante del desánimo. Si el neutral no lo hace, entonces tal vez tenga usted que empujarle a perseverar; más adelante se realizan varias sugerencias de cómo hacerlo. Aparte de la pura determinación, los mediadores pueden aplicar una variedad de técnicas cuando las partes caen en un bloqueo.

La mayor parte de las técnicas de desbloqueo requieren que las partes estén de acuerdo en participar en ellas. Esto le permite negociar con el mediador la utilización del método que más le puede convenir a su cliente. Nos centraremos en tres técnicas que un mediador puede usar: preguntas “¿y si?”, “cambio de formato” y “oyente confidencial”.

¿Y si? (“¿Y si pudiese conseguir que lleguen a un millón?”) es una táctica atractiva para un mediador porque anima a la partes a pensar en un acuerdo, y a la vez ofrece al mediador información nueva. Y si una pregunta falla, el mediador

puede probar otra vez (“Si un millón no es suficiente, ¿y si consigo llevarles a 1.2 millones?”). Si un mediador hace “y si” preguntas:

- Decida primero si quiere que el mediador utilice esta técnica en general.
- Si la respuesta es afirmativa, tome la iniciativa y sugiera un número favorable a usted (“Si consigue 1.5 millones entonces estaremos abiertos a movernos...”)
- Si el mediador propone el número, considere negociar dicho número (“1.2 millones no es suficiente. Deberían llegar por lo menos a 1.5 millones”)
- Alternativamente puede usted sondear al mediador sobre cómo está de seguro que la otra parte se moverá- en otras palabras, como de hipotético es el número “y si”.

Cambio de formato. Confrontado con un bloqueo, el mediador puede declarar un receso temporal, posponer a la sesión a otro día o “arrimar los pies de las partes al fuego” pidiéndoles que se queden hasta tarde (por supuesto que las partes pueden irse en cualquier momento, pero si lo hacen corren el riesgo de que el proceso finalice). Alternativamente, un mediador puede cambiar la mezcla de personas en la discusión, por ejemplo situando a personas de cada parte juntas (consejero delegado con consejero delegado, etc.)

La cuestión que debe considerar el abogado es: ¿Cuál es la mejor opción de proceso para mi cliente en este momento? ¿Posponer o continuar? ¿Mantener las reuniones privadas o reunirnos con la otra parte? En éste último caso, ¿Quién debería reunirse? Abogue por la opción que usted crea que beneficiará más a su cliente, la haya sugerido el mediador o no. Si no cree que una táctica será útil, hágalo saber al mediador con claridad.

Estimar la distancia de separación. Si las partes se han atascado, porque han asumido posiciones negociales no realistas, un mediador puede intentar estimar la distancia real a través de un proceso denominado “oyente confidencial”. Un mediador utilizando esta técnica diría algo similar a lo siguiente:

“Sus ofertas tiene una separación de un millón de euros, pero yo creo que de hecho están considerablemente más cerca. Probemos esto. Le preguntaré a cada uno de ustedes que me digan lo que yo llamo su “penúltimo número” – una oferta a un paso de lo máximo a lo que ustedes estarían dispuestos a aceptar para resolver este caso.

No revelaré a ninguna de las partes el número de la otra parte. En su lugar, llamaré a los abogados y les daré oralmente una evaluación de la distancia entre sus posiciones – una estimación que no vincula ninguna de las partes. Volveré en unos minutos para pedirles la cifra.”

Si las partes están de acuerdo con el proceso, al escuchar las cifras, el mediador podrá decir, por ejemplo, “están más cerca que el coste de litigar este caso, así que vale la pena continuar la discusión” o “están muy alejados. Salvo que alguien cambie su visión de lo que su caso vale en juicio, va a ser muy difícil que lleguen a un acuerdo.”

Recuerde cuando esté tratando con la técnica del “oyente confidencial” que los mediadores normalmente no esperan que esta táctica lleve a un acuerdo. El objetivo es dar a las partes una estimación mejor de la separación real entre ellas, y qué es lo que debe hacerse a continuación. ¿Qué debería decirle a un mediador usando el oyente confidencial? Normalmente querrá darle una cifra que sea suficientemente optimista como para llegar a un acuerdo favorable, pero suficientemente razonable como para motivar a la otra parte a continuar.

Salvo que se encuentre en la situación poco usual en la que el mediador dice que quiere su oferta definitiva y usted cree que verdaderamente eso es lo que quiere- esto es, a no ser que las dos ofertas definitivas se toquen o crucen, la mediación finalizará – no dé al mediador su última cifra. Hacerlo le pondrá en una situación de desventaja en el proceso más adelante cuando se solicite a las partes que cedan más, y puede llevar a su cliente a atrincherarse prematuramente.

Una opción es pedirle al mediador una evaluación franca sobre lo que debe hacer para mantener el proceso en marcha, pero solo debería hacer esto si confía en el neutral, puesto que el interés del mediador es conseguir que cada parte haga una concesión significativa.

(2) Eduque a un oponente - o cliente- no realista.

Las partes también pueden acabar en un bloqueo porque no son realistas con respecto a la solidez de su caso. Los procesalistas generalmente tienen mayor capacidad que sus clientes para predecir lo que va a decir un tribunal, porque son profesionales y hay menor probabilidad de que estén personalmente involucrados en la disputa. Pero incluso cuando el abogado es realista con respecto al caso, a menudo encuentra que es difícil cuestionar una visión excesivamente optimista de su cliente sin parecer desleal. Una manera de evitar esto es solicitar al mediador que evalúe el caso.

Un mediador puede transmitir malas noticias – que el caso no es tan bueno como la parte cree que es, o incluso como había sugerido el abogado en el pasado. Al tener a un mediador asumiendo el rol de “abogado del diablo”, los abogados pueden continuar actuando como el campeón del cliente, a veces incluso discutiendo con el mediador sabiendo que éste tiene razón.

Los abogados pueden utilizar evaluaciones del mediador como protección para evitar críticas o como chivos expiatorios para la toma de decisiones difíciles (“Una vez que el mediador situó los daños a ese nivel, ¡era imposible convencer a la defensa que hiciese una oferta más alta!”). Siempre que un abogado se dirija a un mediador durante una discusión y pregunte “¿Cuál es su visión de este caso?” o pare a un neutral en el pasillo para sugerir que dé a su cliente una perspectiva sobre un aspecto legal, el mediador debería saber que le están reclutando para la difícil tarea de manejo y educación del cliente.

Incluso cuando los abogados no piden una evaluación, sin embargo, los mediadores comerciales pueden tomar la iniciativa y ofrecer una. Esto puede ocurrir en cualquier etapa del proceso, pero si las partes se bloquean, hay mayor

probabilidad de que el mediador presente una evaluación firme o “global”. El neutral puede expresar un porcentaje específico de posibilidades de éxito en una cuestión (“de un 50 a un 60 por ciento de probar responsabilidad” o un valor general para el caso (“ante este panel arbitral en particular, es probable que el laudo oscile entre eur 500.000 y eur 700.000”)

¿Debería obtener una evaluación? Al tratar la cuestión de la evaluación del mediador, su primer reto es nuevamente decidir si quiere una o no. Hágase dos preguntas:

- ¿Es un desacuerdo sobre los aspectos legales el obstáculo principal para llegar a un acuerdo? ¿O el verdadero problema está en emociones extremas, desacuerdos entre abogado-cliente u otra cosa? Si el problema no es de una naturaleza legal, una evaluación será inútil.
- Si el mediador hace la evaluación, ¿está usted seguro que será útil? Si no está seguro, considere sondear al neutral en privado antes de que emita una opinión.

Una vez que haya decidido pedir una evaluación, la siguiente cuestión es como estructurar el proceso. Las cuestiones a preguntar son similares a aquellas que un mediador debe considerar, pero hay diferencias derivadas de sus roles: el mediador está centrado en romper el bloqueo, mientras que usted quiere terminar el bloqueo pero también obtener el mejor resultado posible.

¿Utilizar un evaluador externo? Una cuestión es si la evaluación debe realizarla el mediador o un externo. En teoría hay ventajas en la utilización de un externo, pero en la práctica los abogados raramente optan por involucrar a nadie más que al mediador excepto en los casos más grandes, más complejos. A fin de obtener la opinión externa, las partes tienen que suspender la sesión, acordar la designación de la nueva persona e informarle, implicando una mayor inversión en tiempo y coste, así como el riesgo de que las partes no se pongan de acuerdo sobre quién ha de ser el evaluador. Por estos motivos, los abogados casi siempre piden al mediador que efectúe la evaluación.

¿Qué debería evaluarse? Los abogados deben pensar qué cuestiones son las que deben evaluarse. Resista la tentación de decir “el caso”. A menudo no es necesario tener una evaluación global (“esta reclamación vale eur 500.000”) y hay serias desventajas en tomar ésta alternativa. Por ejemplo, cuando un mediador dice que un caso vale “x”, las partes son reacias a ofrecer o recibir menos que dicha cifra, convirtiendo la evaluación en algo equivalente a una oferta final por ambas partes.

El propósito de una evaluación de mediador, debemos recordar, es simplemente romper un bloqueo. Si piensa que un bloqueo es el equivalente a caer con el coche en una zanja, la evaluación del mediador es como el camión que saca al coche de la zanja tirando, pero no va a llevar al coche a su destino final. Un “tirón” evaluativo debería ser por lo tanto lo más breve posible. Si lo que está causando el bloqueo es un desacuerdo sobre una cuestión en particular, entonces la evaluación sobre dicho aspecto específico es probablemente suficiente para colocar a las partes en el camino de un acuerdo.

La cuestión es la siguiente: ¿Qué aspecto del caso quiere que sea evaluado? La respuesta está en su diagnóstico de lo que está causando el bloqueo. Puede ser, por ejemplo, que el desacuerdo se encuentre en un argumento que un abogado sabe que perderá pero que ha mantenido para satisfacer a su cliente. Si usted está suscitando una cuestión por razones que no son de carácter legal, normalmente no querrá que la cuestión sea evaluada y debería hacérselo saber claramente al neutral.

¿Cómo de específica debe ser la opinión? Los buenos mediadores ven la evaluación como un espectro de intervenciones más que un único evento. Utilizan su tono de voz y elección de palabras para transmitir pensamientos más a menudo que declaraciones expresas. Usted probablemente sabrá mejor que el mediador que nivel de especificidad y énfasis su cliente necesita en un determinado momento del proceso. Si, por ejemplo, su cliente no está listo para escuchar toda la verdad, pida al mediador que sea diplomático y tal vez que evite determinadas cuestiones. Alternativamente, algún litigante puede necesitar que le golpeen con el equivalente en mediación de un bate; si ese fuese el caso, dígaselo al mediador. Se podría pensar que conseguir la evaluación correcta es parecido a pedir una comida. Su posibilidad de conseguir el primer plato correcto es más alta si especifica lo que quiere que si deja la elección al chef.

¿Qué información debería ver el mediador? La siguiente cuestión es que información debería revisar el mediador al realizar la evaluación. Tenga en cuenta que, tal y como se mencionó anteriormente, los mediadores tienen que formular su visión en base a las declaraciones escritas y documentos que lean, en su observación de la gente en la mediación y en su conocimiento y experiencia general; consecuentemente la evidencia y gente que el mediador observa personalmente suelen tener mayor impacto en sus opiniones que aquella evidencia de la que sólo oiga hablar. Si usted quiere que un mediador otorgue pleno peso a un documento o un testigo, por lo tanto, entréguele el documento y deje que observe a la persona directamente.

Asegúrese de que el mediador considera plenamente su evidencia clave antes de llegar a una conclusión. Un mediador puede no leer todos los documentos que le mandan las partes; los mediadores a menudo reciben pilas gruesas de documento de forma anticipada a la mediación y no pueden predecir que será importante a medida que el caso progrese. Mediadores ocupados leen por encima el material voluminoso, esperando que en el proceso de mediación se identifique qué es importante. Los mediadores también son reacios a tomar recesos en medio de la mediación para leer documentos largos por miedo a perder velocidad.

Organice la evidencia que entrega al mediador en la misma medida en que lo haría si fuese a presentarla ante un juez. Si tiene documentos o decisiones importantes, traiga copias a la mediación y resalte las palabras clave. Si quiere que el mediador vea a un testigo, traiga al testigo a su sala de reuniones privada. Si se le ayuda al neutral, habrá menos probabilidades de que llegue a una conclusión errónea.

Para utilizar la evaluación efectivamente:

- *Antes de solicitar una evaluación, analice si la causa principal del bloqueo es un desacuerdo sobre cuestiones legales.*
- *Identifique las cuestiones y el nivel de especificidad que desea en la evaluación.*
- *Dirija al mediador a la evidencia clave y hágala fácil de asimilar.*
- *Seleccione un mediador que use la evaluación con moderación, pero que está dispuesto a dar un comentario específico si fuera necesario.*

(3) Promueva una decisión

Cuando el proceso de negociación ha finalizado y no puede revivirse, todavía puede ser posible llegar a un acuerdo a través de una “última y definitiva” oferta. Hay dos maneras en las que un abogado puede establecer dicho escenario. Una es estructurar la oferta él mismo; la otra es pedir al mediador que haga él la oferta.

Última y definitiva oferta por una parte. Si alguna de las partes emite una última-y-definitiva oferta corre el riesgo de que la otra parte la rechace, bien por el enfado de estar siendo “chuleados” o por pura devaluación. Puede evitar algunas de las reacciones negativas a dicha oferta si le pide al mediador que la comunique.

- Pida al mediador que explique que honestamente cree que su oferta es razonable (la parte contraria no tiene que estar de acuerdo con usted; simplemente el hecho de que usted piensa que es razonable lo hará parecer menos como un ultimátum).
- Sugiera que el mediador resalte a la otra parte que la oferta ha surgido solo después de que el neutral le ha empujado a ir a su máximo posible – en otras palabras, que la oferta no es un ultimátum suyo, sino más bien una respuesta suya a un ultimátum del mediador.
- Deje que el mediador establezca el plazo para la consideración de su oferta.

Propuesta del mediador. Otra opción es dejar que el neutral haga una “propuesta de mediador” para ambas partes. En este caso,

- El mediador sugiere términos específicos del acuerdo transaccional.
- Cada litigante debe decirle al mediador en privado si puede aceptar la propuesta, asumiendo que la otra parte la acepte.
- Los términos deben aceptarse incondicionalmente, las partes no pueden “mordisquear” cambiando algunos términos y entonces aceptando. Por ejemplo, “Aceptaremos pero la garantía tiene que ser de tres años, no de dos” se consideraría un rechazo.
- Cada parte debe responder sin conocer la respuesta de la otra parte.

- Si un parte rechaza la propuesta nunca conocerá que su oponente estaba dispuesto a aceptarla.

Las propuestas de mediador tienen la desventaja de que el neutral, en vez de las partes, decide los términos del acuerdo. Por otro lado, dichas propuestas dan a las partes la posibilidad de alcanzar paz total con una única concesión. También tiene la seguridad de que si el esfuerzo fracasa, la otra parte nunca sabrá que estaban dispuestos a ceder. La propuesta del mediador también libera a las partes de la “tortura del agua”, esto es, hacer una concesión después de otra sin saber si algún movimiento traerá la solución, y con el miedo de que su relativa razonabilidad sea aprovechada por su oponente.

Finalmente, las propuestas del mediador permiten a las partes situar la responsabilidad de un acuerdo difícil en un tercero (“Esto no fue nuestra idea, ¡fue del mediador!”), nuevamente usando el mediador como chivo expiatorio. En la experiencia del autor, por lo menos dos tercios de las propuestas de mediador son exitosas.

Los abogados pueden a veces influir en el contenido de la propuesta. Suponga, por ejemplo, que un abogado percibe que el mediador está a punto de hacer una propuesta. Puede tomar la iniciativa y sugerir que si la propuesta contiene ciertos términos su cliente puede aceptarla (“Rechazamos su oferta de eur 400.000 pero si usted hiciese una propuesta de eur 450.000 intentaría convencer a mi cliente que la aceptase”). Un neutral no debería conceder una influencia especial a ninguna de las partes cuando formula una propuesta, pero la idea de comenzar con un voto “si” en el bolsillo puede ser atractiva y el mediador pudiera estar dispuesto a modificar su propuesta ligeramente si el abogado señalase que con ello se aseguraría la aceptación por su lado.

Incluso si una propuesta de mediador fracasa, no es el fin del proceso. Los buenos neutrales simplemente continúan (“si no aceptan esto, ¿qué querrían?” o “¿Qué información tendría que ver para cambiar su posición?”). Tenga esto en cuenta, independientemente de si responde con un sí o un no.

Para utilizar de la mejor manera las técnicas de superación de bloqueo del mediador:

- *Si un mediador parece que va a parar, anímele a continuar.*
- *Pida al mediador que use, o evite, tácticas específicas.*
- *Antes de responder a una táctica, considere como su respuesta afectará la negociación posteriormente.*

(4) Exija esfuerzos adicionales

Suponga que su caso no llega a una transacción en la sesión de mediación. Un buen mediador contactará las partes con posterioridad para intentar continuar el proceso de transacción. Algunos neutrales, sin embargo, no toman esta iniciativa, bien porque no crean que sea apropiada, bien porque están ocupados con otros asuntos. Si un esfuerzo adicional para llegar a la transacción

fuese beneficioso para su cliente y el mediador no toma la iniciativa, empújelo a hacerlo.

Un inventor demandó a una compañía por infracción de patente. La compañía contrató a un despacho de abogados para que la representara, pero era consciente de que los costes de expertos impondrían costes de litigación altos, y mientras tanto no tendría una titularidad clara de su propiedad intelectual. Los abogados de la compañía sugirieron una mediación antes de pleitear, el inventor aceptó, y las partes nombraron un juez retirado como mediador.

Al final del primer día la defensa ofreció casi cuatro millones de euros, pero el demandante se negó a aceptar la oferta. El mediador dijo que las partes estaban demasiado alejadas y que era el momento de aceptar el fracaso. El abogado de la compañía sugirió, sin embargo, otro planteamiento. Le pidió al mediador que propusiese a las partes suspender la sesión y reconvenirla en una semana. Asimismo, le pidió al mediador que sugiriera al demandante que pensase que haría con cuatro millones de euros si se depositasen en su cuenta bancaria.

El caso se resolvió con acuerdo la semana siguiente, a una cifra cercana a la oferta de la compañía.

Algunas veces el acuerdo es no es alcanzable a pesar de los esfuerzos del mediador. Incluso entonces un mediador puede ser de utilidad, ayudando a los abogados a establecer un proceso de resolución más eficiente. El mediador podría, por ejemplo, facilitar negociaciones para establecer un plan para el proceso judicial o arbitral eficiente. Para aprovecharse de las capacidades de un mediador cuando no se alcanza un acuerdo:

- *Sugiera que el mediador contacto de nuevo a las partes y explore si es posible progresar mas.*
- *Pida al mediador que facilite un proceso eficiente de resolución del conflicto.*

En conclusión

La mediación es un proceso activo susceptible de variaciones casi infinitas. Los buenos abogados saben que un mediador puede ayudarles a negociar con más efectividad y toman la iniciativa de pedirle ayuda. Con ello, son capaces de obtener mejores resultados para sus clientes.