

## **El uso de los estándares objetivos en la mediación**

*Por Silvana Greco y Florencia Brandoni.*

### **I. Reseña de algunas opiniones de autores**

Mucho se ha escrito, especialmente en la escuela de Harvard), sobre la utilidad de los estándares objetivos en negociación y mediación. Así Fisher, Ury, Patton, en su clásico libro "Sí, de acuerdo, como negociar sin ceder", desarrollan todo un capítulo sobre el tema<sup>1</sup> planteando la distinción entre la negociación de posturas de la basada en principios.

De esta última afirman que producen "acuerdos prudentes", "mientras más criterios de equidad, eficiencia, o respaldo científico pueda aducir en su caso, más probable será que se logre un acuerdo final que sea prudente y equitativo" (pág.96). Si un contrato "contiene términos estandarizados o...se hace de acuerdo con prácticas usuales...habrá menos riesgo de que alguno de los negociadores se sienta defraudado o intente más tarde repudiar el acuerdo". La discusión sobre la base de criterios objetivos también "reduce el número de compromisos que debe contraer cada parte y de los que más tarde debe retractarse" en cambio en la negociación según posiciones, "los negociadores dedican mucho tiempo a defender su posición y a atacar la de la otra parte. Las personas que usan criterios objetivos tienden a utilizar su tiempo más eficientemente cuando hablan sobre posibles criterios y soluciones." En casos multipartes el ahorro de tiempo y su eficiencia son todavía mayores, ya que sostener posiciones implicará la necesidad de armar coaliciones entre partes, y será mucho más difícil plantearse un cambio cuando varias partes hayan logrado consensuar y defender hasta el cansancio una posición. Lo mismo cuando el cambio depende de una consulta con una autoridad superior o un público a quien el negociador representa.

Los citados autores destacan que para que un criterio sea objetivo y operativo

---

<sup>1</sup> Lo titulan "Insista en que los criterios sean objetivos", pag. 94 a 109, Grupo Editorial Norma, Segunda Edición, Colombia

en negociación<sup>2</sup>, debe ser independiente de la voluntad de las partes, legítimo y práctico, así como aplicable a todos los participantes, de modo que cuando una de las partes lo sugiere -supongamos para aplicar a la compra de un bien- debería estar dispuesto a utilizarlo también cuando vende dicho bien. Asimismo destacan algunas condiciones que deben darse para su aplicación efectiva<sup>3</sup> sosteniéndose su inoperancia cuando se los utiliza para argumentar en favor de la propia posición<sup>4</sup>.

Folberg y Taylor<sup>5</sup> también refieren la importancia de estos criterios a la hora de "evaluar opciones y tomar decisiones". Sostienen que "Es posible disipar los conflictos y los temores si se logra el objetivo común de aplicar un criterio que no sea amenazador. Por ejemplo, en una desavenencia sobre incumplimiento de contrato, en lugar de negociar sobre lo que cada una de las partes desea, el mediador puede ayudar a que los participantes convengan, bajo supervisión legal, en aplicar un criterio objetivo. Este criterio puede consistir en la restitución a ambos participantes de las posiciones económicas que tenían antes de celebrar el contrato, o bien en que la parte culpable del incumplimiento cubra los gastos devengados por al otra. Esta estrategia establece una norma justa,... para llegar a un acuerdo mutuamente aceptable, sin que haya un perdedor". Por último, destacan la posibilidad de que se constituyan en un acuerdo de procedimiento, cuando a veces no es posible conseguir un acuerdo sustantivo sobre el fondo del problema, por ej. que se haga un promedio entre 2 valuaciones del bien, en vez de discutir sobre cuál es el valor del mismo.

Otro autor<sup>6</sup> refiere la importancia de estos criterios a la hora de "moderar las expectativas excesivas" de alguna de las partes. En estos casos el mediador a modo de agente de la realidad a través de preguntas apelará a lo usual en casos semejantes, medidas, precedentes o normas de la comunidad, etc., provocando la reflexión del cliente sobre la irracionalidad de su pedido, oferta o postura. Podríamos también pensar en esta misma línea que, cuando el mediador desarrolla como estrategia la actividad de perfilar el MAAN con los participantes, utiliza también como tela de fondo los estándares y tan mentados criterios objetivos ajenos a la voluntad de los negociadores.

---

<sup>2</sup> Op. Cit. pág. 99

<sup>3</sup> Op. Cit. Pags. 102 a 105

<sup>4</sup> Op. Cit. Pag 103

<sup>5</sup> Mediación. Resolución de conflictos sin litigio, Limusa-Noriega editores, Méjico, 1992, pág.70-1

<sup>6</sup> Moore, Christopher; El proceso de Mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos. Granica, Barcelona, España, 1995, pág.358

Moore, también es coincidente con los autores antes citados en señalar la importancia de los "acuerdos de principios" a la hora de superar el impasse en que pueda entrar una negociación, estableciendo interesantes consideraciones sobre las condiciones que deben darse para que éstos sirvan como camino de salida al conflicto (6. pág.373 a 379). Entre los varios acuerdos sobre principios, incluye aquellos en que las partes delegan la decisión en un tercero, que puede funcionar como perito, previo compromiso a que se atenderán a la recomendación que éstos hagan.

Folberg y Taylor<sup>7</sup> también mencionan la utilización de los criterios objetivos por el mediador cuando éste pone sobre la mesa "cuales son los datos sociológicos y estadísticos, o los patrones que puedan rodear cada opción", aclarando que esta información no debe transformarse en un juicio ni en un modo de decirles a los participantes lo que deben hacer<sup>8</sup> ( 8,

Una vez hecha esta breve reseña, nos proponemos en este trabajo a través del relato de algunas situaciones de la práctica esbozar algunas ideas sobre la utilización de los estándares objetivos en mediación y dejar planteadas algunas cuestiones que su aplicación genera.

## II. Nuestras ideas sobre la práctica y la utilización de los estándares objetivos en mediación.

Son muchas y habituales las situaciones en que la práctica nos enfrenta con la posibilidad de utilizar algunos de estos estándares, entre los que se incluyen elementos de lo más variados. Así pericias, tasaciones inmobiliarias, criterios jurisprudenciales, legales, informes escolares, psicodiagnósticos, reglamento de copropiedad, son todos reconocidos en esta categoría.

Atento a que la realidad con la que se trabaja en mediación es la que la percepción de las partes recorta y considerando una de las condiciones definitorias de nuestro campo, cual es el protagonismo de los sujetos en la construcción de la salida al conflicto, sostenemos que **ningún elemento es por sé un estándar objetivo**. Lo será si y sólo si viene a cumplir esa función en el caso concreto.

---

<sup>7</sup> Op. Cit. Pag 73

<sup>8</sup> modo de uso muy cercano a la estandarización o normalización, técnica utilizada con mucha frecuencia en mediación familiar, ver Haynes, John....)

**La función de los estándares objetivos en mediación está referida al aporte de elementos que permita a los sujetos evaluar la viabilidad de sus expectativas, la razonabilidad de una opción, la legitimidad de una propuesta o alternativa, en función de su comparación con la realidad circundante. Redimensionando sus expectativas, ponderando las opciones y propuestas con los criterios de realidad, aumentarán su capacidad de tomar decisiones informadas acerca de cómo resolver su conflicto y negociar las diferencias.**

De este modo entendemos que una de las cuestiones a preguntarse por el mediador es si en el caso de que se trate, el estándar viene a cumplir esa función o alguna otra.

Algunas situaciones de nuestra práctica nos permitirá diferenciar algunos supuestos.

#### II.a. Primer caso.

El actual administrador de un consorcio demandó al administrador saliente por rendición de cuentas. Se le reclamaba que restituyera al fondo del edificio una suma de dinero por expensas recaudadas que se habían cobrado pero no ingresado en la contabilidad. El segundo explicaba que dichos importes habían sido invertidos en anticipos de gastos para reparaciones realizadas en los meses anteriores a su partida. Los operarios a quienes les había pagado trabajaban en parte en negro para abaratar costos, de modo que no tenía comprobantes. Afirmaba que en realidad el Consorcio le debía a él dinero que había puesto de su propio peculio y que además se le adeudaban honorarios de administración. Discutían acaloradamente y planteaban sus diferencias ofendidos. Los abogados de ambos sostenían cada uno a su tiempo que con una pericia contable el tema se resolvería fácilmente. Planteada por la mediadora la cuestión sobre el valor que le darían a la pericia, apareció ya una primer diferencia en cuanto a cuáles serían los puntos que someterían a ella. Cada parte estaba interesada en plantear los que probarían su postura. En cuanto a si se admitirían impugnaciones a lo que el experto opinara en relación a dichos puntos, se generó una larga y minuciosa discusión acerca de los tipos de desacuerdos que resultarían atendibles y cuales no, en función a algunos grandes criterios admitidos habitualmente en las impugnaciones judiciales, como error de técnica, y otros. Los abogados se reconocieron limitados para preveer todos los supuestos que podrían

plantearse. Con relación a la pregunta del mediador sobre cómo zanjarían las diferencias de interpretación del dictamen si las tuvieran, no pudo pensarse en un proceso que fuera aceptable para ambos. En lo que sí coincidieron era en que no adoptarían las conclusiones del perito si no concordaban con ellas. Al no poderse consensuar un proceso que permitiera dirimir dichas impugnaciones, como en un juicio en que el juez previo cumplimiento de los actos procesales fija la interpretación aplicable, la propuesta de encontrarle una salida al problema en la mediación a través del dictamen del experto, se transformaba a esa altura en inoperante. Es más, hubiera generado un dispendio de recursos y resultaría desgastante al desplazar la discusión del problema que provocó la demanda de mediación a la discusión sobre el valor del estándar.

El análisis de la situación planteada, nos muestra que la introducción de la pericia era pensada por sus protagonistas en este caso como un instrumento para probar la razón de lo reclamado por una de las partes y de la consecuente sin-razón de lo que el otro solicitaba.

La pericia que en el campo de lo teórico tiene el potencial de constituirse en criterio objetivo, estaría haciendo aquí las veces de un laudo que decide por las partes. Estas se estarían sometiendo a un criterio externo que instala una verdad única, los desapodera y los ubica asimétricamente, en tanto desde el lugar de cada uno será vivido como justo e injusto según se acerque o aleje de lo que esperaban.

Cuando esto sucede en mediación no estamos en presencia de una negociación colaborativa, sino ante un campo de trabajo adversarial donde uno gana y el otro pierde, a través de la introducción de un criterio-tercero representado por un método en vez de un juez o árbitro. La práctica nos muestra que las situaciones más frecuentes en que las partes proponen introducir un estándar objetivo, son en aquellas en las que esperan que éste defina la cuestión conflictiva. La metodología de recurrir a una pauta, ajena a la voluntad de las partes, para que arbitre sobre la materia en disputa es una elección posible acerca de cómo resolver un conflicto. No abriremos juicio de valor al respecto. Sí deseamos advertir que cuando se emplea un elemento con esta finalidad, no estamos en presencia de lo que denominamos estándar objetivo.

Recordemos que existe un campo para la negociación colaborativa cuando los protagonistas del conflicto están disponibles para participar de un proceso en el que se ven implicados subjetivamente, y en el que se juega el reconocimiento de lo propio

y de lo del otro. Cada uno se dispone a conseguir algo de lo que busca y a dar o contribuir a su vez con algo de lo que tiene. Sólo así manteniendo el poder de decidir por sí mismos el intercambio adecuado para ellos, podrán construir una salida que los represente y dé cuenta del ámbito de una negociación.

#### II.b. Segundo caso:

La solicitante de una mediación pide una indemnización por los daños y perjuicios que le provocó el convocado al atropellarla con su moto en un cruce de calles. Los abogados de la requirente y el de la compañía de seguros, centran la diferencia en el monto de la indemnización que correspondería pagar. Producida una breve discusión se llega al punto que sustenta la diferencia. La abogada de la señora sostiene que el porcentaje de incapacidad es del 30% y el de la aseguradora que es quizás lo ubica entre el 10 y el 15%, como mucho. Este último agrega que si se ponen de acuerdo en este punto su compañía haría una oferta sobre la base de \$1500 por punto de incapacidad. La abogada de la damnificada se vio sorprendida gratamente atento a que había pensado que la oferta sería \$ 1000 por cada punto de incapacidad.

El mediador les preguntó de qué manera pensaban ellos que era posible achicar la diferencia en los puntos de incapacidad atribuidos por los médicos contratados por cada parte que habían examinado a la señora. Cada abogado planteaba la cuestión como una distorsión de los parámetros que seguían los distintos consultores técnicos médicos según trabajaran para el mercado asegurador o para las víctimas. El mediador planteó entonces una pregunta acerca de las condiciones que debería tener un experto para que tuviera suficiente confiabilidad y confianza para ambos. Aparecieron algunas ideas hasta que acordaron pedir en forma conjunta al Juzgado interviniente, el sorteo de un perito de oficio que hiciera una pericia anticipada, que además les serviría en caso de no acuerdo como prueba para el juicio. Producida la pericia y decididas judicialmente las impugnaciones, una vez consentida, volvieron a mediación en donde se hizo un acuerdo en el que la cía de seguros pagó \$15.000, a razón de \$1500 por el 10% de incapacidad que había determinado el técnico sorteado por el Juzgado.

Entendemos que un criterio o estándar adquiere el rango de objetivo cuando tiene **legitimidad social**, en el sentido de que además de **reiteración y habitualidad**

suficiente, es respetado como criterio por su **credibilidad y consenso de validez** entre quienes construyen el campo.

Será menester además, que sean las partes protagonistas de la diferencia quienes deben otorgarle validez y legitimidad para hacerlo jugar en su conflicto y utilizarlo en su negociación. Todas y cada una deberán ponerse de acuerdo y consensuar de antemano que valor le darán valor para dirimir su diferencia.

### III. Conclusiones

De la experiencia hemos aprendido la importancia que tiene para el mediador, explorar en cada caso si se dan las condiciones necesarias para que la utilización de los estándares objetivos, que aumentan la capacidad de las partes para tomar una decisión informada en la negociación. La clave de su trabajo será distinguir cuando se los quiere utilizar como laudo, prueba o justificación de la posición, de cuando los participantes los seleccionan y le otorgan valor para resignificar la propia expectativa, ponderar alguna opción o propuesta a fin de tomar una decisión más informada, más analizada y por lo tanto más sustentable.

En este sentido el mediador deberá ocuparse especialmente de trabajar acerca de cual es un criterio válido para todos y cada uno; cómo debe ser producido para que se mantenga el valor que le reconocen y qué van a hacer con la información en caso de que no convalide la expectativa, se aleje de la opción o de la propuesta más beneficiosa para quien la evalúa.

Sostenemos que introducir mayor información a través de los estándares objetivos, una vez que éstos han sido elegidos y consensuados por los participantes, les permite a los sujetos aumentar la visión sesgada del conflicto y a través de su resignificación, modificar la construcción individualista tanto del conflicto como del campo de su resolución. El sujeto se ve contrastado por criterios que cuentan con legitimidad social y trascienden su discrecionalidad, decidiendo utilizar parámetros que los incluye a cada uno como parte de otra racionalidad.

Sólo si el mediador se asegura que vendrá a cumplir esta función, podrá evitar los dos riesgos del uso de los criterios objetivos: que en el caso, la discusión sobre el

conflicto se desplace al valor que los participantes le dan al resultado de la aplicación del estándar objetivo, con un alto costo negativo para el procedimiento y para la relación entre los protagonistas y que se los emplee como elementos que laude o arbitre la diferencia sin que se haya tomado esa decisión.