

La negociación como herramienta para la solución de controversias comerciales

David Tamayo Castaño

Universidad Pontificia Bolivariana
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Facultad de Derecho
Medellín
Año de presentación
2021

La negociación como herramienta para la solución de controversias comercial

David Tamayo Castaño

Trabajo de grado para optar al título de abogado

Asesor

Néstor Raúl Londoño Sepúlveda

Doctor en Derecho

Universidad Pontificia Bolivariana

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Facultad de Derecho

Medellín

2021

Resumen

La negociación o transacción es un instrumento para ayudar en la solución de conflictos, constituyéndose en una de las herramientas que son útiles y eficientes para lograr los objetivos deseados y es mucho más económica que resolverlos a través de la vía judicial. Este aparece como un Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos con unos menores costos y mayor agilidad, y se caracteriza por encontrar un arreglo eficiente a los conflictos, teniendo un ahorro comparable de recursos frente a la vía judicial. Su utilización, pero que requiere de una preparación y el uso de unas herramientas que conduzca, con una mayor probabilidad, a una solución de la controversia.

Palabras claves: Derecho, Derecho Comercial, Negociación, Administración, Mediación, Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, Transacción, MAAN.

Introducción

Cuando la Organización Mundial de la Salud (OMS) decretó el estado de pandemia mundial el 11 de marzo de 2020 (OMS, 2020) y posteriormente cuando llegó a Colombia el SARS-Covid 19 (Covid 19), el gobierno colombiano declaró el estado de emergencia, causando que se cerrara el país y, por ende, la economía, ocasionando una gran incertidumbre.

Esto llegó al punto de lograr una economía debilitada; que las personas y las empresas se encuentren en una incertidumbre constante debido a las restricciones impuestas por los alcaldes, gobernadores y el presidente; la rama judicial se ajusta apresuradamente, siguiendo un esquema básico de implementación de la virtualidad mediante el Microsoft Teams con los recursos de los mismos funcionarios, con todos los problemas que ello conlleva como, por ejemplo, las conexiones a internet muchas veces poco confiables, entre otros.

En el sector privado tanto a nivel empresarial como personal, las personas y empresas se enfrentan en forma disímil a la situación: las empresas se quedan sin clientes porque sus locales tienen que cerrar y están forzados a (1) crear una empresa de domicilios (caso de Crepes & Waffles), (2) afiliarse a una plataforma de domicilios (como Rappi), (3) cerrar sus puertas (proceso de insolvencia y posterior liquidación) o (4) esperar a que puedan reiniciar actividades a medida que se “reactivan” y solo mediante la implementación de protocolos de bioseguridad, con su costo implícito para poder operar.

En el caso de las personas naturales, estas se enfrentan al no pago de sus compromisos económicos (como el caso de préstamos bancarios, cánones de arrendamiento, cuotas del leasing-habitacional o vehicular-, suscripciones, servicios públicos, telefonía celular etc.), y en algunos casos, someterse a un proceso de insolvencia de persona natural no comerciante.

Este trabajo pretende hacer una aproximación del tema y se enfocará en analizar por qué la negociación, cuyo resultado se plasma en un contrato de transacción en términos jurídicos, es una herramienta indispensable para evitar las complejidades que implica utilizar la teoría de la imprevisión en las negociaciones contractuales, así como evitar finalmente el uso del aparato jurisdiccional, logrando una solución a los conflictos de forma más eficiente a través del ahorro de recursos como tiempo y dinero.

Por lo anterior, se expondrán las razones por las que es muy positivo buscar una salida negociada a las controversias de tipo comercial. Según el informe general del Barómetro Interno del Consejo General de la Abogacía Española en 2015, el 90% de los abogados españoles está de acuerdo con la siguiente afirmación: “El papel del abogado debe consistir ante todo en propiciar un arreglo entre las partes que evite el recurso a los tribunales” (p. 16). Por lo anterior, se brindan algunas sugerencias para evitar ir a los tribunales y, de esta manera, evitar el desperdicio de recursos y sus respectivos costos, tanto en tiempo como en dinero.

Lo que motivó la realización de este artículo fueron los temas abordados en la participación y experiencia que se obtuvo en el Concurso de Mediación Internacional de París 2016 que se llevó a cabo en la Cámara de Comercio Internacional con sede en París (ICC por sus siglas en inglés). Gracias a la mencionada experiencia, fueron fundamentales todas las herramientas que se otorgaron respecto de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, los temas vistos durante el pregrado en Derecho que cada vez más apuesta a los mecanismos de solución de controversias, junto con la práctica, la cual consistió en brindar asesorías jurídicas en conjunto con el área financiera de la empresa, así como revisar, redactar, negociar y renegociar contratos y sus términos comerciales. El enfoque de este trabajo es una

combinación entre las profesiones de negocios y leyes, por lo que las fuentes consultadas provienen de ambas ciencias.

Con el fin de facilitar la aproximación a los temas de la solución de controversias se hará un uso del lenguaje de la siguiente manera: se utiliza más la palabra negociar y negociación (del lenguaje de administración) que transar o transacción (del lenguaje legal), ya que así al lector le será más fácil la comprensión del artículo.

La transacción e imprevisión

Concepto

La transacción se define según como “Art. 2469, (...) un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual” (Código Civil, 1887). Esto también se aplica respecto del derecho comercial, el cual señala que los principios que gobiernan los actos y contratos de derecho civil serán aplicables al derecho comercial, salvo que la ley establezca otra cosa, artículo 822 (Codigo de Comercio, 1971). Por consiguiente, la viabilidad de la transacción como negocio jurídico comercial se da por virtud de este artículo, aplicando por remisión las reglas comprendidas para la transacción en el Código Civil y habrá una transacción comercial cuando las partes celebren un contrato en la que terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual en materia comercial.

El artículo 868 del Código de Comercio consagra la llamada teoría de la imprevisión, esta consiste que cuando por circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, que sean posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva o diferida, que agraven la prestación del futuro cumplimiento a cargo de una de las partes del contrato, en tal grado que le resulte excesivamente onerosa, podrá la parte afectada pedir la revisión de este.

Sin embargo, como lo señala el Abogado Luis Fernando Reyes Ramírez (2020):

Esta norma describe la llamada Teoría de la Imprevisión, que -vale la pena aclarar- no es igual a la fuerza mayor. Esta última supone una imposibilidad absoluta del cumplimiento del contrato, exonerando a las partes de su acatamiento.

...el llamado en este momento de profunda crisis, es a que, siguiendo los principios de la buena fe y de confianza legítima que deben primar en las relaciones contractuales, de

mutuo acuerdo y conscientes del nuevo escenario que nos impone la guerra contra el COVID 19, se revisen los contratos y se ajusten considerando los efectos de los hechos imprevistos que afectan su ejecución.

Ello supondrá asesorarse integralmente, analizar variables, llegar a acuerdos, transigir y conciliar, entendiendo que, en cualquier caso, es mejor convenir oportunamente que obviar la situación a la espera de que un juez -en un despacho plagado de expedientes y problemas- lo resuelva.

Por lo tanto, bajo las circunstancias actuales como es una pandemia y el cierre casi total de todas las industrias, excepto las que se consideran de primera necesidad según el decreto 457 de 2020 (hoy derogado), se generó un escenario de teoría de la imprevisión, y se abre la posibilidad de pedir ante el juez la revisión contractual; sin embargo, como consecuencia de la declaratoria de emergencia la justicia fue cerrada hasta el 4 de junio del 2020. Por ende, la solución a los conflictos durante ese período fue acudir a la negociación entre las partes para evitar detrimentos derivados del posible incumplimiento de las obligaciones.

Una dificultad que presenta utilizar la teoría de la imprevisión se concreta en que esta solamente está destinada para los contratos de tracto sucesivo, como los arrendamientos o leasing, y deja excluidos todos los demás contratos, como son las compraventas, las cesiones, etc. Teniendo en cuenta lo anterior, la negociación aparece como herramienta permite sortear este obstáculo y lograr que las partes resuelvan su conflicto de forma rápida y efectiva, evitando de la misma manera, un detrimento del posible incumplimiento de sus obligaciones.

Finalmente, según la jerga popular, la transacción se define con un refrán que indica que “es mejor un mal acuerdo que un buen pleito” (Refrán). Esto quiere decir que ancestralmente por

lo menos, algunas personas preferían no tener un conflicto o litigio, así los términos de este fueran menos favorables que lo esperado con el éxito de un proceso judicial. Se considera pertinente que siguiendo el postulado del filósofo Tácito (s.f.) “una mala paz es todavía peor que la guerra” o, para este caso, un mal acuerdo es todavía peor que un buen pleito, por lo que habrá que enfocarse en tener el mejor acuerdo posible para ambas partes y que se pueda cumplir por ambas para que la controversia termine apropiadamente.

Los MASC como verdadera opción

La negociación como herramienta para solucionar las controversias comerciales en tiempos de pandemia (y sin pandemia) es una alternativa menos costosa y más eficiente que la vía ordinaria y arbitral. En Colombia, los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (o MASC por sus siglas en español / *Alternative Dispute Resolution* o ADR por sus siglas en inglés) son herramientas que permiten a dos o más partes (partes compuestas por una o más personas) solucionar una controversia o conflicto por sus propios medios (Lesmes, 2019), o con la ayuda de un tercero, que finalmente termina con un contrato de transacción. Así mismo, dicha solución del conflicto puede ser total o parcial.

Las normas que rigen los MASC son, fundamentalmente las siguientes: la ley 446 de 1998, la ley 1563 de 2012 y la ley 640 de 2001. Los podríamos clasificar como tipificados y no tipificados, siendo los tipificados la conciliación, el arbitraje y la amigable composición, mientras que como no tipificados se tiene la negociación, la mediación, la evaluación de un tercero y los dispute boards (Lesmes, 2019). Así mismo, el señor Lesmes define cada MASC no tipificado de la siguiente manera:

(i) *Negociación*: es un Masc que tiene como resultado la celebración de un contrato de transacción, lo que implica que la negociación no puede versar sobre asuntos que la Ley no determine como transigibles.

(ii) *Mediación*: es una figura del derecho anglosajón similar a la conciliación, más informal que ésta y en la que el tercero no propone fórmulas de acuerdo.

(iii) *Evaluación de un tercero*: en un contrato, las partes pueden acordar que un tercero neutral [experto] dé una opinión o evaluación no vinculante respecto de la manera en que determinada obligación debe cumplirse.

(iv) *Dispute boards*: es un Masc acordado por las partes en un contrato y consiste en la constitución de un panel que determine a quién es atribuible cada inconveniente que surja durante la ejecución del contrato. Este mecanismo es generalmente usado en contratos relacionados con proyectos de infraestructura para determinar problemas y atrasos de manera eficiente y eficaz.

Respecto de los Masc tipificados en la ley, las mismas normas se encargan de regular los efectos jurídicos de los acuerdos a los que las partes hayan llegado como producto de haber optado por hacer uso de alguna de esas herramientas. En los demás, el incumplimiento del acuerdo o de la decisión de un tercero constituirá un incumplimiento contractual y para hacerlo exigible es necesario acudir a los jueces o árbitros (*Mecanismos alternativos de solución de conflictos, 2019*).

No obstante lo anterior, el arbitraje no se debe tener en cuenta como un MASC porque tiene más en común con el sistema adversarial y tanto los árbitros como los jueces cuentan con

amplios poderes para manejar y gestionar el litigio (Gómez-Pinzón Abogados, 2021), como es el caso de la práctica de medidas cautelares (Lesmes, 2019).

Por lo tanto, la negociación al ser considerado como un MASC, será una herramienta con la que cuenta la persona para solucionar, de forma eficiente, alguna situación que le acontezca, y dependerá así mismo, de la habilidad que tenga la persona para lograr sus objetivos. En esta línea de pensamiento, para Henning (2009):

[N]egociar es una de las habilidades más importantes que una persona puede desarrollar, ya que significa el tiquete al éxito, a la felicidad y a la prosperidad. [La negociación es] cualquier situación en la que dos o más partes interactúan y por lo menos una de ellas busca ganar como resultado de esa interacción (pág. 9).

Por ende, la negociación es considerada un MASC, pero su eficacia depende, en principio, de la habilidad que la parte tenga para solucionar el conflicto; conflicto que según Vicenç Fisas (S.F.) cuando cita a Jhon Burton, forma parte de la naturaleza humana (p. 1). Así mismo, se debe negociar porque es la mejor estrategia que se tiene para solucionar los conflictos de forma eficiente, ahorrando recursos como tiempo y dinero, que de otra manera se desperdician ante el uso del aparato judicial

Análisis de los costos e incentivos para la negociación

La conclusión que deja el trabajo elaborado por el economista Ronald Coase es que todas las soluciones tienen unos costos (The problem of social cost, 1960). Debido a esto y con los costos adicionales generados por la pandemia, Alfredo Bullard nos muestra como:

*La pandemia genera costos de transacción: cierre de actividades, cumplimiento de protocolos (muchos de ellos absurdos), miedo al contagio, etc. Todo ello hace más costoso y difícil contratar y, con ello, reduce el número de transacciones. El **COVID-19** infecta así los contratos y, sin ellos, no hay razón para producir (Bullard, 2020).*

De lo anterior se deja entrever tácitamente que un costo de transacción son aquellos recursos que se tienen que invertir o sacrificar en algo, con la finalidad de obtener lo que se quiere frente a una controversia. Bullard (2020) pone como ejemplos que, si se quiere comprar un televisor, se tiene que buscar de tienda en tienda hasta encontrar la opción más adecuada, o si se quiere un préstamo (mutuo), se tiene que buscar a un prestamista, sea una persona o un banco (Ronald Coase y la Pandemia). Esto conlleva un sacrificio de recursos de tiempo y dinero. De esta forma, la pandemia solamente ayudó a incrementar los costos económicos que ya existían, haciendo que sea mucho más oneroso buscar una solución a través del aparato judicial y que sea mucho más eficiente, o por lo menos más barato, buscar una solución negociada a los problemas.

A pesar que los costos principales que existen para solucionar un conflicto son el tiempo y el dinero, estos se pueden incrementar cuando utilizamos la vía judicial, por lo que ya tendremos que tener un abogado, el cual aumenta los costos de dinero por el pago de los honorarios, agendar la reunión ante el centro de conciliación, que lleva a un incremento costo en el tiempo, el cumplimiento de las medidas de bioseguridad, la fiabilidad de la conexión a internet porque las audiencias son virtuales, la asistencia a las audiencias del juzgado, el lapso de mínimo un año para solucionar el conflicto y entre cinco y diez años cuando el litigio llega a las altas cortes (Gómez-Pinzón Abogados, 2021), entre otros; frente al sistema arbitral, los tiempos usualmente se

reducen a ser de 6 a 8 meses (Gómez-Pinzón Abogados S.A.S., 2021), pero el costo monetario de los árbitros más la restricción que solamente están disponibles estos servicios en el 4% del territorio es una gran limitante (Gómez-Pinzón Abogados S.A.S., 2021). Adicional a todo lo anterior, los laudos o sentencias arbitrales están a partir del 2019 sujetas al pago de un impuesto del 2% (ley 1955 de 2019, Art. 130) y también se tienen costos no asociados al tiempo y dinero, como es el estrés de estar en un litigio, la incertidumbre, el costo de obtención y reproducción de la prueba, la burocracia de los procesos legales, entre otros.

Por todo lo anterior, los procesos llevados a cabo por la vía de la negociación son mucho más cortos y menos costosos que los procesos llevados a cabo por la vía judicial, ya que no llevan inmersos los costos de tiempo de años, los costos asociados a la contratación de árbitros y de abogados especializados, así como la burocracia inherente; incluso, la negociación se puede llevar a cabo sin abogados y sin ningún tipo de asesores, reduciendo así los costos a su mínima expresión, aunque no es muy recomendable esta aproximación, a menos que se tenga cierta experiencia frente a los contratos de transacción.

Ahora, lo que se puede ver como un costo, de la misma manera se puede mirar como un incentivo para ir a la mesa de negociación. Los incentivos que ambas partes tienen para acercarse a la mesa de negociación son las reducciones substanciales de los recursos de tiempo y dinero, que de otra forma se sacrificarían si las partes decidieran utilizar la vía judicial. En suma, teniendo presente estas consideraciones económicas que tendrían las partes para buscar una solución al conflicto que no implique el uso de la vía judicial, también tendrán que tener presente que se debe tener a disposición las herramientas necesarias para obtener una negociación exitosa, así

como tener otras alternativas disponibles en caso de que la negociación fracase o no se logren todos los objetivos, que al fin de cuentas, será la solución total del conflicto.

Adquisición de la información

“La información es poder” Francis Bacon (s.f.). Esta frase también es disputada por Hobbes quien, según algunos autores, en su libro “Leviatán”, dijo (Martinez Alpanez, 2014). Sin importar quién es el autor de la frase, la frase guía a tener conocimiento de la importancia que tiene la información. En palabras de Sun Tzu (6 A.C.), si te conoces a ti mismo y al enemigo, en cien batallas nunca perderás; si te conoces a ti mismo, pero no a tu enemigo, por cada victoria tendrás una derrota; si no te conoces a ti mismo ni a tu enemigo, perderás cien batallas (p. 18).

La información que obtenga la parte antes de afrontar la negociación es de suma importancia, ya que ayuda a tener una mejor posición en la negociación de la que se tendría si no se cuenta con esta, tal como saber la posición-o tener una idea de la posición-de la otra parte, qué es lo que está buscando la otra parte, saber cuánto está dispuesto a ceder y lo más importante, saber cuál es el estado de la relación entre las partes, sea porque se es un tercero que entra a negociar en favor de una de ellas o porque uno se encuentra sumergido en la situación. Como dice Navarro en el 2008, “the best predictor of future behavior is past behavior” (p. 12). De la misma manera, la parte deberá tener presente cuales otras alternativas u opciones tiene frente a un eventual fracaso en la mesa de negociación e, inclusive, frente a un acuerdo parcial.

Es de trascendental importancia saber cuál es el estado de la relación entre las partes, ya que “cuando la relación está bien los pormenores no se interponen en el camino. Cuando la relación no está bien, ni la habilidad más experimentada para negociar, logra el acuerdo” (Henning,

2009, pág. 64). Esta información es una de las variables que más peso tiene, ya que como se dejó vislumbrar anteriormente, de esto depende el éxito (o fracaso) de la negociación. La información de la otra parte se centra en quien es, su experiencia, su legitimidad o credibilidad (reputación), sus estudios, el estilo personal, su comportamiento, hábitos, gustos, aversiones, la cultura, entre otros, y lo más importante, que tan buena o mala la relación entre las partes esta, ya que esto acentuará más la posición respectiva en la que se encuentre o dejará como única vía la terminación de la relación. Adicionalmente frente a esto, la información de la relación se concentra en saber cuál es el límite propio y de la otra parte, generando lo que se conoce como el valor de reserva.

El MAAN y el valor de reserva

El Mejor Acuerdo Alternativo a la Negociación (de ahora en adelante, MAAN o BATNA-Best Alternative to a Negotiated agreement-por sus siglas en inglés) según Henning (2009) son las opciones o alternativas que cada parte tiene en caso de que no se logre un acuerdo con la otra parte (p. 82). Así mismo, la ICC (International Chamber of Commerce) define el MAAN como *“the best thing a Party can do, without the consent of the other Party, if the Parties fail to reach an agreement”* (ICC, 2017).

Todo lo anterior indica que en el caso que pudiese o eventualmente fracase la negociación, cuales son las alternativas que tiene cada parte ante dicha situación. Esto brindará las opciones que tiene cada parte para estimar que es más conveniente y que no, pero teniendo presente que el fracaso de la negociación tendrá el costo de asumir, no solamente todos los costos asociados a lo que involucra el uso del aparato judicial, sino que los costos de ejercer cualquiera de las otras alternativas u opciones que tiene a su disposición.

De acuerdo con el *Program of Negotiation of Harvard University* (PON por sus siglas en inglés) el MAAN es otro de los pilares esenciales que una persona que esté negociando debe tener, ya que este no solamente le dirá que opciones tiene frente a la negociación, sino que, combinado con el valor de reserva, dictaminará cual es la oferta mínima que está dispuesto a recibir, ya que durante una negociación es importante tener altas aspiraciones y pensar en un resultado favorable, pero también es crítico establecer un mínimo o una base realista que, de no cumplirse, sirva para rechazar una oferta o levantarse de la mesa (Harvard Law School, 2012).

El valor de reserva normalmente arroja como resultado un número, pero no necesariamente terminara en esto (Successful Negotiators Club, 2017), ya que se puede tratar de intereses no económicos como, por ejemplo, términos más favorables en un contrato o un plazo de garantía, entre otros. Por ende, la combinación de estas dos herramientas tendrá el efecto de cimentar una toma de decisiones mucho más consciente de los costos que estas puedan generar, así como sus posibles efectos o consecuencias.

Finalmente, para ser aún más asertivos, se debe pensar en el posible MAAN y valor de reserva que la otra parte pueda tener, siendo lo más objetivo y sincero que se pueda, ya que de no hacerlo o no tenerlo en cuenta, causará que se pueda cometer un error costoso, así como asentar la posición propia de forma mucho más realista.

Por ejemplo, suponga que A (contratista) tiene un contrato de asesoría con B (contratante). Así mismo, la relación entre estos es cordial y tienen que renegociar las condiciones contractuales. El valor de reserva de A se vuelve el valor mínimo de la oferta que A está dispuesto a recibir, por lo que, si B ofrece algo por debajo del valor de reserva de A, este no aceptará, pero si ofrece algo que sea igual o superior, A si aceptara; el valor de reserva de B

es la oferta máxima que este está dispuesto a ofrecer a A, por lo que sí es un valor superior a este, B no estará dispuesto a pagarlo, pero si es igual o inferior, si estará dispuesto a pagarlo. El rango de negociación entre A y B es el valor de reserva de cada uno de ellos, y la existencia de un estado de la relación cordial entre A y B hará que se tenga un rango de negociación amplio, mientras que el MAAN no es muy relevante.

Ahora con el mismo ejemplo, suponga que la relación entre A y B es de animadversión (enemistad): la única variable que cambia es el rango de negociación, el cual será mucho más estrecho, y el MAAN se vuelve una opción mucho más cercana.

Recomendaciones al momento de adelantar la negociación

Parte de las recomendaciones a la hora de utilizar la negociación como herramienta para solucionar las controversias comerciales es que la finalidad de la negociación, en la mayoría de los casos, es buscar un escenario de ganar-ganar, ya que es importante preservar y ayudar a la otra parte, pero conservando los intereses propios. Así mismo, estas recomendaciones se deben cambiar de acuerdo con las circunstancias (Tzu, 6 A.C, p. 6).

Recomendación I: buscar el beneficio mutuo

Se debe buscar el beneficio mutuo y no abusar de la posición de que se tiene, es generar empatía porque la otra persona va a recordar que le tendieron la mano y, en caso de presentarse un abuso, la “víctima” siempre estará presta a buscar cualquier excusa para poderse salir de tal situación. De esta forma, es mucho mejor lograr una negociación que beneficie a ambas partes a que solamente beneficie a una de ellas.

Recomendación II: no perdonar o condonar dinero debido o que se pueda llegar a deber

La definición de condonación o remitir, de acuerdo con el Código Civil en el artículo 1625, es una de las formas en que se extinguen las obligaciones. Así mismo:

La remisión es la convención gratuita que tiene por objeto la renuncia que hace el acreedor de su derecho a exigir en todo o en parte el pago del crédito. En estricto se entiende por ella el perdón o abandono gratuito del crédito hecho por el acreedor (Cubides Camacho (s.f.) citado por (Jiménez Bonivento , 2017, p. 460).

No se debe condonar parte o la totalidad de la deuda porque el deudor lo toma como una manifestación de debilidad por parte del acreedor, ya que este supone erróneamente que el acreedor no necesita el dinero para poder subsistir, o que el dinero no le importa y, por lo tanto, lo usara como una forma de presionar aún más al acreedor para lograr una rebaja mucho más substancial. Fuera de esto, genera un incentivo (en el caso que se esté frente a una persona inescrupulosa) para no cumplir su obligación, lo cual puede o generará un impacto fuerte en las finanzas del acreedor, quien no tiene como acudir al aparato jurisdiccional para el incumplimiento contractual (aunque posteriormente si lo pudiera hacer, pero se demore por todos los trámites judiciales necesarios).

Recomendación III: tener claros los términos comerciales o el objeto del contrato

Tener claro los términos comerciales significa que ambas partes saben cuál es su rol y que se quiere lograr de la negociación (por esto es importante el MAAN y el valor de reserva), ya que este será el criterio delimitador para, no solamente orientar la negociación, sino el resultado

de la misma, que terminará en un contrato (de transacción) o un acta de conciliación. Los términos comerciales dan una guía sobre lo que quiere el cliente o uno mismo, así como la otra parte dentro de la relación comercial. De esto se debe tener la mayor claridad posible al momento, no solamente de llegar a la mesa de negociación, sino al momento de la redacción del contrato. El desempeño de la parte en la renegociación del contrato así como su posterior ejecución, evitarán tener que estar aclarando nuevamente los términos ya negociados.

La claridad de los términos comerciales al momento de la negociación y redacción del contrato evitarán que se tenga un nuevo conflicto entre las partes.

Recomendación IV: saber el momento de levantarse de la mesa

De la misma manera en la que hay que dejar a esas personas que no tienen una influencia positiva en la vida, uno de los momentos más cruciales a la hora de estar en la mesa de negociación es saber cuándo hay que pararse de la mesa. Saber el momento en que se debe dejar de negociar y partir de la mesa de negociación es de las decisiones más difíciles y trascendentales que una parte puede tomar. En palabras de Deepak Malhotra, “sometimes the hardest part of a negotiation is knowing when to walk away” (Malhotra, 2004).

Por esto antes de llegar a la mesa de negociación es muy importante haber separado un tiempo y haber definido cuál es el MAAN, así como el valor de reserva (la oferta mínima) que se está dispuesto a recibir (o la oferta máxima a presentarle a la contraparte).

Recomendación V: conocer el marco jurídico de lo que se está negociando

El marco jurídico de lo que se está negociando consiste en ser consciente de lo referente al objeto del conflicto, ya que de esto depende que se pueda utilizar o no la negociación como solución a la controversia comercial, así como que tan amplio o restringido es el rango para negociar.

Por consiguiente, para solucionar este impase, es recomendable buscar respuestas o consultar directamente con un abogado, y así se puede evitar que el acuerdo negociado tenga algún vicio de validez o de existencia como la ineficacia, inexistencia, la anulabilidad, nulidad parcial, nulidad absoluta e inoponibilidad, es decir, que al final el acuerdo resultante entre las partes sea ilegal o no tenga validez jurídica y, en caso de un incumplimiento, no se pueda ejecutar su cumplimiento.

Conclusiones

La negociación como herramienta para solucionar las controversias comerciales es una de las tantas herramientas que las personas tienen a su disposición para la solución efectiva de los conflictos, ya que permite ajustarse a cualquier evento, sea la vida cotidiana o un caso extraordinario como el de la pandemia. Así mismo, es una forma en que las partes pueden encontrar una solución apropiada y ajustada a sus necesidades, sin que les sea impuesta por un tercero.

Como se expuso en el contenido del artículo, esta herramienta no solamente resulta ser más eficiente que la vía judicial, ya que hay una disminución substancial de los costos asociados al tiempo y al dinero que se tendría que sacrificar, sino que permite lograr un acuerdo que se ajuste más a las necesidades de las partes porque parte del estado de la relación entre las partes. Para llegar a esta solución, se usarán herramientas tales como el MAAN y el valor de reserva, así como otras recomendaciones, como saber cuándo levantarse de la mesa o pensar bajo la posición de la otra parte (tener empatía) para lograr una solución duradera en tiempo, buscando siempre el ganar-ganar para ambas partes.

Finalmente, se debe conocer el marco jurídico de lo que se está negociando para evitar contrariar una norma imperativa y garantizar la efectividad del contrato de transacción, así como identificar adecuadamente la posición en la que uno y la contraparte se encuentran y tener en cuenta los costos asociados a levantarse de la mesa e iniciar un proceso por la vía judicial.

Referencias bibliográficas

Abogacía Española. (2015). *Barómetro Interno del Consejo General de la Abogacía Española*. Metroscopia.

Bullard, A. (2020). *Ronald Coase y la Pandemia*. Obtenido de elcato.org:
<https://www.elcato.org/ronald-coase-y-la-pandemia>

Coase, R. H. (1960). The problem of social cost. *The Journal of Law & Economics*, 44.

Congreso de la Republica de Colombia. (1887). *Código Civil*. Bogotá.

Fisas, V. (s.f.). *UN POCO DE HISTORIA SOBRE LA*. Obtenido de mercops.org:
http://www.mercops.org/Vigentes/64.Historia_resolucion_conflictos.pdf

Gómez-Pinzón Abogados. (2021). *Litigation and enforcement in Colombia: overview*. Obtenido de content.next.westlaw.com:

[https://content.next.westlaw.com/Document/1e90debbb279611e89bf099c0ee06c731/View/FullText.html?ppcid=19fd775fa3e64d758974ed34ac4b2425&originationContext=knowHow&transitionType=KnowHowItem&contextData=\(sc.DocLink\)&firstPage=true](https://content.next.westlaw.com/Document/1e90debbb279611e89bf099c0ee06c731/View/FullText.html?ppcid=19fd775fa3e64d758974ed34ac4b2425&originationContext=knowHow&transitionType=KnowHowItem&contextData=(sc.DocLink)&firstPage=true)

Gómez-Pinzón Abogados S.A.S. (2021). *Arbitration procedures and practice in Colombia: overview*.

Obtenido de content.next.westlaw.com:
[https://content.next.westlaw.com/Document/1e90debbb279611e89bf099c0ee06c731/View/FullText.html?ppcid=19fd775fa3e64d758974ed34ac4b2425&originationContext=knowHow&transitionType=KnowHowItem&contextData=\(sc.DocLink\)&firstPage=true](https://content.next.westlaw.com/Document/1e90debbb279611e89bf099c0ee06c731/View/FullText.html?ppcid=19fd775fa3e64d758974ed34ac4b2425&originationContext=knowHow&transitionType=KnowHowItem&contextData=(sc.DocLink)&firstPage=true)

Harvard Law School. (2012). *BATNA Basics: Boost Your Power at the Bargaining Table*. Boston: Harvard.

Henning, J. (2009). *Negociando para Ganar*. Sunrise: Taller del Exito, Inc.

ICC. (2017). *13th ICC International commercial mediation competition rules*. Paris: International Chamber of Commerce (ICC).

Jiménez Bonivento , J. A. (2017). *Obligaciones*. Legis Editores S.A.

Lesmes, A. N. (2019). *Mecanismos alternativos de solución de conflictos*. Obtenido de asuntoslegales.com.co: <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/mecanismos-alternativos-de-solucion-de-conflictos-2834963>

Lesmes, A. N. (2019). *Mecanismos alternativos de solución de conflictos*. Obtenido de asuntoslegales.com.co: <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/mecanismos-alternativos-de-solucion-de-conflictos-2834963>

Malhotra, D. (2004). *Accept or Reject? Sometimes the Hardest Part of Negotiation Is Knowing When to Walk*. *Negotiation*.

Martinez Alpanez, R. (26 de marzo de 2014). *La informacion es poder*. Recuperado el marzo de 2021, de La opinion de murcia: <https://www.laopiniondemurcia.es/opinion/2014/03/26/informacion-32409134.html#:~:text=Al%20parecer%20fue%20Hobbes%2C%20en,informaci%C3%B3n%2C%20tiene%20el%20poder%C2%BB.&text=La%20frase%20de%20Hobbes%20remite%20a%20la%20informaci%C3%B3n%2C%20no%20al%20con>

Navarro, J. (2008). *What every Body is saying: An Ex-FBI agent's guide to Speed-Reading People*. New York: Harper-Collins Publishers.

Nieto, C. (2015). *La Tercera Vía*. Obtenido de informacion.es: <https://www.informacion.es/opinion/2015/04/14/tercera-via-5562713.html>

OMS. (11 de marzo de 2020). *Organizacion Mundial de la Salud*. Obtenido de World Health

Organization : <https://www.who.int/es/news/item/27-04-2020-who-timeline---covid-19>

Presidencia de la Republica de Colombia. (1971). *Codigo de Comercio*. Bogota: Diario oficial.

Refrán. (s.f.).

Reyes Ramírez, L. F. (25 de junio de 2020). *Covid-19 y la teoría de la imprevisión*. Obtenido de

asuntos:legales: [https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/luis-fernando-reyes-ramirez-](https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/luis-fernando-reyes-ramirez-3010945/covid-19-y-la-teoria-de-la-imprevision-3022483)

[3010945/covid-19-y-la-teoria-de-la-imprevision-3022483](https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/luis-fernando-reyes-ramirez-3010945/covid-19-y-la-teoria-de-la-imprevision-3022483)

Segal, T. (13 de noviembre de 2020). *Price Ceiling*. (S. Anderson, Editor, & T. Segal, Productor)

Obtenido de Investopedia: <https://www.investopedia.com/terms/p/price-ceiling.asp>

Successful Negotiators Club. (2017). *BASIC NEGOTIATION TERMINOLOGY: BATNA, RESERVATION*

VALUE, ZOPA. Obtenido de [successfulnegotiators.com](http://www.successfulnegotiators.com):

[http://www.successfulnegotiators.com/negotiators-blog/2017/1/16/basic-negotiation-](http://www.successfulnegotiators.com/negotiators-blog/2017/1/16/basic-negotiation-terminology-batna-reservation-value-zopa)

[terminology-batna-reservation-value-zopa](http://www.successfulnegotiators.com/negotiators-blog/2017/1/16/basic-negotiation-terminology-batna-reservation-value-zopa)

Tzu, S. (6 A.C). *The art of War*.