

EL ROL DEL ABOGADO ¿NEGOCIADOR?

Ali Shakhtur Said

Abogado UGM

Master en Gestión - Universidad Alcalá de Henares

Master en Derecho

London School of Economics and Political Science

A la hora de negociar acuerdos comerciales -y lo podemos extender a muchas otras áreas- no es raro escuchar de parte de gerentes, profesionales y otros que se dicen negociadores frases como; *"que negocien solo los técnicos y llamemos a los abogados si hay problemas"* o, *"dejemos a los abogados afuera para poder avanzar"* y/o *"cuando veamos las materias netamente legales llamamos a los abogados"*. Pues bien, para cuando los abogados ingresan a la negociación por lo general hay que empezar a arreglar y ajustar cláusulas, conceptos y, muchas veces, deshacer lo hecho en beneficio de que el acuerdo sea claro y entendible logrando expresar así el "acuerdo real" que se pretendió alcanzar.

En esta oportunidad me referiré a tres conceptos importantes que se encuentran reflejados en las aseveraciones anteriores, a saber; a) la labor del abogado en la negociación, b) la errónea percepción que se tiene del aporte del abogado en los procesos negociadores y, c) la responsabilidad que tenemos como abogados de intervenir en los procesos de negociación desde un principio y de interiorizarnos de todos los aspectos del negocio o industria en el que ejercemos la profesión.

- a) **Equipo negociador**, *"que negocien los técnicos y llamemos a los abogados si hay problemas"*. Hoy por hoy se esta afianzando cada vez mas el concepto de "equipo negociador". Esto significa que una vez conformado un "team" multidisciplinario para llevar a cabo una negociación, éste debe

mantenerse y trabajar conjuntamente en cada una de las materias relevantes hasta su término. Constituye un gran error en estrategia negociadora recurrir a la "distribución por especialidades" de cláusulas o materias entre los miembros del equipo negociador (situación que los técnicos generalmente consideran de mayor conveniencia) pues se pierde así la visión general-macro del acuerdo y por ende la posibilidad real de "negociar", de ceder aquí y exprimir allá, de rankear en importancia las diversas disposiciones del acuerdo y saber cual es mi "*walk away point*" (punto de retiro de la negociación cuando el acuerdo ya no es conveniente) a la vez de tener clara una o mas propuestas alternativas en caso de no alcanzar el acuerdo en un determinado punto, lo que se suele llamar "*fall back position*". En efecto, si dividimos o seccionamos un acuerdo y lo distribuimos entre los diversos miembros del equipo, es muy probable que incluso una sola persona como contraparte sea capaz de dividir, confundir y obtener para su compañía beneficios "adicionales" derivados de esta negociación.

- b) ***El Abogado en el equipo negociador***, "dejemos a los abogados afuera para poder avanzar". Quien sugiera dejar al profesional legal fuera de una negociación *para avanzar* peca de ignorante. Probablemente esta misma persona será quien al momento de surgir problemas en la aplicación del acuerdo diga "*todos los problemas legales los ve el abogado, yo no tengo nada que ver*". El abogado no solo debe estar presente en la negociación sino que en lo posible debe liderarla. El abogado es, por formación -o por deformación dirán algunos- el profesional que puede llevar cuenta detallada de los puntos negociados, los puntos por negociar, los preacuerdos y conocer mejor que nadie las alcances que el cambio de una cláusula, frase o palabra produce en el todo objeto de negociación. El abogado, además, "debe" adquirir conocimientos técnicos de la industria en la que se desempeña y no solo ser redactor de cláusulas o corrector de ortografía. A modo ilustrativo, todo negocio es actualmente evaluado económicamente para determinar su viabilidad y conveniencia. Es así que cualquier cambio en los parámetros económicos afectara la viabilidad del proyecto y por ende el negociador debe entenderlos y estar atento. Un abogado de empresa debe saber lo que es el valor actual neto (VAN) de un proyecto o lo que significa la tasa interna de retorno (TIR) y sus variaciones. Si trabaja en una empresa de exploración minera

debe manejar conceptos fundamentales de geología y si trabaja en comercialización tendrá que conocer como funcionan los mercados de su área. Es así que existe en esto responsabilidad del propio abogado en desarrollar sus capacidades para poder aportar de manera apropiada al negocio o campo en que ejerce.

- c) ***El acuerdo o contrato en su real dimensión;*** " *cuando veamos las materias netamente legales llamamos a los abogados*". Un gerente o negociador que asegura que existen cláusulas estrictamente legales en las que necesitamos a los abogados y otras "netamente técnicas" en las que no, refleja una de dos; ignorancia o inexperiencia, pero en ambos casos, una falta de diligencia que puede acarrear consecuencias perniciosas de llevarse a la práctica. Obviamente el acuerdo o contrato constituye un todo que será aplicado e interpretado conforme a sus propias disposiciones y a la legislación aplicable, por lo que mal podría hablarse de cláusulas netamente técnicas. Pero existe un punto fundamental al momento de negociar y de "poner en el papel" estas cláusulas técnicas y en que la participación del abogado es fundamental, y en la que su conocimiento y comprensión del negocio junto con la relación con los demás miembros del equipo es esencial. Un ingeniero puede estar feliz al incluir en un contrato una fórmula de cálculo con sus letras, números y siglas. Sin embargo la definición de cada una de ellas, así como la abstracción que puede realizar el abogado poniéndose en cada uno de los casos posibles es fundamental para así cubrir y considerar todos los puntos de la manera deseada. De esta manera se evitan conflictos posteriores y se logra la claridad legal... y especialmente claridad técnica.

Los problemas que puede ocasionar la no participación temprana y oportuna del abogado en procesos de negociación saltan a la vista; imprecisión en el contenido y objeto del contrato, interpretaciones contradictorias, cláusulas ininteligibles, cláusulas simplemente inútiles o ineficaces, etc. todas situaciones que desde el punto de vista de la empresa o institución respectiva implican costos adicionales en tiempo y en recursos humanos que se traducen en tener que suscribir acuerdos aclaratorios y/o complementarios (si la intervención es medianamente oportuna), desarrollar el contenido de cláusulas y, en muchos casos, enfrentar un inevitable conflicto, sea en tribunales ordinarios o en sede arbitral. Si bien los eventuales costos y perjuicios de esta imprevisión son difíciles de cuantificar a priori, sus causas son

relativamente fáciles de identificar y por ello tales costos y perjuicios son previsibles y perfectamente evitables como hemos visto.

Como señalaba un profesor de arbitraje comercial internacional en un seminario, *"procuremos dejar el arbitraje para conflictos interesantes y no para resolver errores en la redacción de los acuerdos"*.

Este interesante tópico da para llenar muchas hojas y podríamos extendernos latamente, mas la finalidad de este artículo es destacar los tres puntos mencionados anteriormente y poner especial énfasis en que, en cierta medida, la responsabilidad de esta inacción radica en los propios abogados quienes deben asumir (y *"posesionarse"*) de un rol mas activo dentro de la empresa o institución en que ejercen su profesión.