

EL USO ON-LINE DE LA MEDIACIÓN, SERVICIO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Un instrumento para las situaciones de crisis

MARÍA PÉREZ-UGENA

Colección Práctica de Mediación

Editorial Dykinson



Colección Práctica de Mediación

EL USO ON-LINE DE LA MEDIACIÓN,
SERVICIO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.
Un instrumento para las situaciones de crisis

Colección Práctica de Mediación

**EL USO ON-LINE DE LA MEDIACIÓN,
SERVICIO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.
Un instrumento para las situaciones de crisis**

María Pérez-Ugena

Profesora Titular de Derecho Constitucional

Universidad Rey Juan Carlos

Editorial Dykinson

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial

Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright del texto
María Pérez-Ugena
Madrid, 2020

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es>

<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1324-723-6

Preimpresión por:

Besing Servicios Gráficos S.L.

e-mail: besingsg@gmail.com

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	11
1. EL CONFLICTO COMO OBJETO DE LA MEDIACIÓN.....	15
1. Actores	17
2. Las causas del conflicto.....	21
3. Tiempo. Momento en que está el conflicto	23
2. PRINCIPIOS Y CARACTERES DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN	29
1. Voluntariedad	29
2. Libre disposición de la materia.....	31
3. Igualdad	34
4. Imparcialidad y neutralidad.....	34
5. Confidencialidad	35
3. EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN.....	39
1. Coste del procedimiento de mediación.....	39
2. Flexibilidad en el procedimiento	39
3. Inicio de la mediación	40
4. Sesión informativa	41

5.	Segunda fase: sesión constitutiva.....	42
6.	Terminación del procedimiento	44
7.	Acuerdo de mediación.....	45
8.	Ejecución del acuerdo de mediación.....	47
4.	LAS PARTES Y EL ROL DEL MEDIADOR EN EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN.....	53
1.	Las partes	53
2.	Terceros en el procedimiento de mediación.....	54
3.	El rol del mediador y las dificultades en el ejercicio de su función	55
5.	TÉCNICAS APLICABLES AL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN	71
1.	Cómo empezar a recibir la información. Resumen inicial	75
2.	Esquema y plan de trabajo.....	79
3.	Profundizamos en el problema.....	79
4.	El momento de la búsqueda de soluciones.....	91
5.	El cierre del proceso	93
6.	ASPECTOS ESPECÍFICOS DE LA MEDIACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS.....	95
7.	VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN.....	103
1.	Rapidez y agilidad	103
2.	Confidencialidad	103
3.	Flexibilidad.....	103

4. Interés mutuo	104
5. Mayor eficacia en la resolución del conflicto.....	104
6. Mejora de las relaciones	104
7. Conlleva una reducción de costes	105
8. Especialización.....	105
9. Facilidades en litigios transfronterizos	105
10. Posibilita la resolución online de conflictos.....	106
BIBLIOGRAFÍA	109

INTRODUCCIÓN

La mediación es un instrumento para resolver conflictos o trabajar en la mejora de las relaciones. Se relaciona con la idea de renuncia a la violencia en beneficio de la comunidad y con una apuesta por el diálogo como forma básica de la argumentación racional y del juicio. Forma parte, junto con el arbitraje¹, de los llamados “ADR’S” o sistemas alternativos de administración de justicia. De una manera general, entendido como sistema de resolución de conflictos, la mediación forma parte de la historia de la humanidad. Sin embargo, en cuanto un proceso regulado jurídicamente, se trata de algo relativamente reciente. Sus antecedentes más directos los encontramos en la década de los 60 del pasado siglo y en Estados Unidos.

Se trata de un proceso alternativo a la justicia tradicional, que utiliza ciertas técnicas, a la hora de buscar solución a determinados problemas, de una manera más rápida, simple y rentable. Además, permite tener en cuenta más aspectos, mas aristas y perfiles de los intereses de las partes. Ello aumenta las posibilidades de alcanzar

1 El arbitraje es un sistema heterocompositivo cuyo fundamento está en la capacidad de disposición de las partes para aceptar previamente la decisión que se tome en el procedimiento arbitral por un tercero, árbitros/s. El laudo resultante es un equivalente jurisdiccional. Las normas internacionales ratificadas por España han sido un impulso fundamental en el reconocimiento del arbitraje, así el Convenio de Ginebra sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales, ratificado en 1930 o la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras ratificado en 1977 y el Convenio de Ginebra de 1961 sobre Arbitraje Comercial Internacional. Respecto de la mediación, en el ámbito europeo la aprobación de la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 ha supuesto un impulso fundamental (DOL núm 136, de 24 de mayo). Está basada en el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil fue elaborado por la Comisión Europea en el mes de abril de 2002. disponible en: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2002/com2002_0196es01.pdf.

un acuerdo que respetarán voluntariamente, y contribuye a preservar una relación amistosa y sostenible entre ellos². La mediación facilita herramientas para lograr su principal objetivo: que sean los ciudadanos, y no los jueces y tribunales, quienes gestionen sus propios conflictos. Básicamente está referido a conflictos de naturaleza mercantil y civil, de ahí que venga regulado por la Ley 5/2012 sobre Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

De acuerdo con la Ley: *“se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”*

Lo que caracteriza a la mediación, frente a otras formas de resolver conflictos, es que la solución del problema se hace recaer en las partes, no en el mediador. La definición del rol del mediador es una cuestión fundamental para entender la justificación última de la mediación. De lo que se trata es de que sean las partes quienes resuelvan el conflicto, que éste no venga impuesto desde fuera. Lo que ayudará a su más fácil cumplimiento. De ahí que el mediador debe ocupar un papel determinado, dejar protagonismo a las partes y mantener una posición neutral.

Este proceso, al ser un equivalente jurisdiccional, como cualquier otro de este tipo, debe contar con ciertas garantías. Se debe desarrollar conforme a los principios comunes a cualquier proceso alternativo a la jurisdicción, como son la imparcialidad del tercero, sea árbitro o mediador, la audiencia de las partes, la voluntariedad y demás características típicas de los procesos de ADR. Esto es, que se asegure la legalidad y que se cumplan unos estándares mínimos necesarios para la validez de los procesos. Además, es preciso que se hayan desarrollado con carácter previo normas internas que den

2 Así se describe el proceso de mediación en la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre determinados aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

La Ley ha sido desarrollada por el RD 980/2013. Entre otros puede verse sobre el tema: ORDOÑEZ SOLOS, D. “La Directiva sobre mediación y sus efectos en el derecho español: fuera de los tribunales también hay justicia”, *Diario La Ley*, núm. 7165, 2009, pp. 1-30.

valor a las resoluciones resultantes de estos procesos. Las normas que permiten implementar estos procesos necesitan de coordinación interestatal así como de decisión clara de compromiso en dar fuerza vinculante a los acuerdos resultantes de procesos de mediación.

Todo el proceso, por lo tanto, está legalmente regulado y en caso de que se convenga un acuerdo, según lo que estipula la Ley, éste se convierte, siempre que se eleve a documento público ante notario, en un título ejecutivo. Esa ejecutividad de su resultado es lo que le convierte en un equivalente jurisdiccional. Su resultado se equipara a una sentencia dictada por un Tribunal. De ahí su especial relevancia.

Por lo tanto, la mediación es un procedimiento de naturaleza legal, pues se regula normativamente a través de la ley citada pero además incide irremediabilmente en el ámbito de la psicología. Es por tanto, una forma de gestión positiva de un conflicto a través de técnicas multidisciplinares³. Las técnicas que se utilizan para mediar provienen del campo de la psicología y la negociación. Aunque el mediador no actúa como psicólogo ni tampoco como abogado. Su pretensión es acercar la posturas de las partes para que lleguen a un acuerdo pero no ocupa un lugar de autoridad ni hace valer su superioridad profesional. Una mediación no es una terapia ni pretende buscar asesoramiento jurídico, por más que el mediador sea psicólogo o abogado

La Ley reguladora de la mediación prevé la mediación por medios electrónico siempre que cumpla con las suficientes garantías. Es preciso, como veremos más adelante, que las partes y el media-

3 Además, la mediación puede cumplir con otras funciones. Específicamente, puede hablarse de (i) funciones de carácter preventivo. La mediación permite conocer el estado de la conflictividad social y deviene, en sí misma, una herramienta de prevención"; (ii) de carácter educativo y (iii) de carácter reparador. se sitúa en el ámbito penal (y en el marco de la restorative justice), donde la mediación busca una actividad restauradora o de conciliación con la víctima por parte del menor. Libro Blanco de Mediación. págs 836 y ss. Puede verse en: http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Documents/Publicacions/lIbres%20fora%20colleccio/Libro_blanco_mediacion.pdf obtenido el 1 de abril de 2020

dor cuenten con la firma electrónica para acreditar su identidad, de una parte, y de otra, un buen funcionamiento de la mediación a través de sistemas que garanticen la privacidad, integridad, secreto de los documentos y las comunicaciones, confidencialidad, accesibilidad y de registro de actividad. Además, y de manera acorde con los requerimientos de la mediación, es preciso que los medios permitan el acercamiento y el diálogo entre las partes.

En situaciones de crisis que dificultan la movilidad y en muchos casos acrecientan los conflictos, la mediación por medios electrónicos se presenta como una alternativa posible y ventajosa a la hora de resolver los mismos de manera alternativa a la jurisdicción ordinaria. La situación producida como consecuencia del COVID-19, con la consecuente declaración del estado de alarma y el confinamiento al que nos ha llevado, nos obligan a plantearnos la necesidad de buscar opciones que permitan seguir realizando el mayor número de actividades posibles sin que sea preciso el desplazamiento. La situación creada por la pandemia y el consecuente aislamiento nos han obligado a adelantar lo que hubiera acontecido igualmente en el futuro, una forma de relación laboral y social con un grado mucho más alto de digitalización y virtualización. El teletrabajo se ha demostrado de extrema utilidad y ha permitido que muchos trabajadores puedan continuar con su actividad.

El conflicto forma parte de la vida normal ordinaria de cualquier sociedad y está presente en ella, aún más en situaciones de crisis, incluso de manera positiva, así que es necesario prever y desarrollar opciones que nos permitan resolver posibles disputas de manera no presencial, especialmente después de la experiencia sufrida.

1. EL CONFLICTO COMO OBJETO DE LA MEDIACIÓN

La mediación se ocupa de la resolución de conflictos. De ahí que tratemos de dar una definición del conflicto y señalar sus elementos.

Nuestra pretensión no es elaborar una teoría del conflicto sino simplemente definirlo, desde sus rasgos más generales y señalar sus principales elementos. La alusión que hacemos al conflicto es a éste en general, sin detenernos en tipologías concretas, por razón del sector en que puedan clasificarse o la materia a que se refieran.

El conflicto forma parte intrínseca de las relaciones sociales y tiene su origen de manera frecuente en intereses incompatibles, lo que no implica que siempre los intereses incompatibles desemboquen en conflicto. De otra parte, es posible que lo que se presentan como intereses incompatibles no lo sean en realidad, sino que ocurra que las partes en conflicto los perciben como tal. Es frecuente que el conflicto se origine por la competencia entre las partes por incompatibilidad de objetivos, que puede ser real entre varias personas o grupos⁴, o bien, tratarse de una simple creencia de que las partes no pueden lograr sus objetivos de manera simultánea. Podemos estar ante una situación de recursos limitados de manera que las partes interfieren la una en la otra en la consecución de sus pretensiones. Lo que nos lleva a la creencia de que las aspiraciones actuales de las partes no pueden ser alcanzadas de forma simultánea. También es posible que el conflicto esté asociado a una situación de incompatibilidad de valores.

4 Podemos distinguir los conflictos interpersonales, que enfrentan a individuos, intergrupales, entre grupos, sociales, entre organizaciones e internacionales, entre naciones. OVEJERO, A. *Técnicas de negociación. Cómo negociar eficaz y exitosamente*. McGraw-Hill, 2004.

El conflicto se define como una situación en la que unos actores o bien persiguen metas diferentes, defienden valores contradictorios, tienen intereses opuestos o distintos, o bien persiguen simultánea y competitivamente la misma meta.

Existen distintas investigaciones sobre cuál es la causa o el origen de los conflictos, que pueden agruparse siguiendo a ENTELMAN en siete categorías⁵. La línea mayoritaria se inclina, a partir de los años 70 por entender el conflicto como como un fenómeno normal de todas las relaciones sociales, que permite análisis y regulaciones destinados a controlarlo y resolverlo⁶.

En todo caso, el conflicto es algo complejo, en donde intervienen seres humanos, con sus propias percepciones, con contextos diferentes, que pueden proceder de distintas culturas y que se desarrollan en un sistema que se rige por un ordenamiento jurídico, que regula ciertas conductas, e impone determinados límites que tratan de facilitar la convivencia. Sin embargo, se producen situaciones de enfrentamiento que son compatibles con el Derecho y que precisan soluciones⁷. En virtud de esta complejidad, ninguna disciplina o profesión puede considerarse como la única indicada para la conducción y resolución de los conflictos.

5 ENTELMAN, R. *Teoría de conflictos* Gedisa, Barcelona 2002. Pág. 35. Puede verse la recopilación de distintas investigaciones sobre cuál es la causa o el origen de los conflictos, que pueden agruparse siguiendo a ENTELMAN en siete categorías: teoría instintivas de la agresión (ARDREY 1966 LARENZ 1969); teorías de la coerción (WRIGHT MILLS, 1959; MARCUSE 1968 DAHRENDORF, 1957) que encuentran las causas en las estructuras de ciertas sociedades, teorías del conflicto como un proceso disfuncional (PARSON 1951 SMELSER 1962); teoría de la funcionalidad (COSER, LEWIS A.; BOURDIE 1962; OBERSCHALL 1973); teorías centradas en la incompatibilidad de los objetivos nacionales diferentes estados (KISSINGER 1964; KNORR 1966; MORGENTHAU 1967); teorías conductistas que centra en la mala percepción y la mala comunicación los orígenes del conflicto (NORTH, 1963; KELMAN, 1965; HALBERSTAN, 1972)

6 COLEMAN, 1957; BURTON, 1968; KRIESBERG 1973

7 En este sentido, ENTELMAN *ob cit.* Véase el estudio de relación entre Derecho y conflicto que hace este autor. Se refiere al “amplio universo de lo permitido” pues son muchas más las acciones permitidas que las conductas prohibidas pág. 58 y ss. Para este autor, el Derecho es un método institucionalizado de administración de conflictos (prevención y resolución) pág. 61

Aunque el conflicto se identifica con su aspecto más negativo y con términos como combate, lucha, pelea o situación desgraciada y de difícil salida, no debe ser entendido únicamente desde esta óptica negativa puesto que superar un conflicto ayuda al aprendizaje, promueve el cambio y nos obliga a encontrar instrumentos necesarios para la madurez y a conocernos mejor a nosotros mismo y a los demás. Desde esa óptica positiva, que generalmente solo es visible una vez el conflicto ha terminado o se ha reducido, es posible que éste nos haya ayudado a construir relaciones mejores y más duraderas. El conflicto tiene por tanto, también, una aproximación positiva, desde la psicología y, desde la sociología, puesto que evita el estancamiento, produce un incremento en el nivel de tensión del grupo y lo torna más constructivo y creativo. Y forma parte de las tensiones que necesariamente genera la integración de grupos en una estructura⁸.

Por lo demás, resulta complicado señalar lo que define a un conflicto sin antes determinar a qué tipo de conflicto nos estamos refiriendo. Pensemos que podríamos añadir elementos descriptivos mucho más claros si nos centramos un tipo o especie concreta. Ya sea, por ejemplo, un conflicto interno, internacional, político, individual o de grupo. Por lo demás, no especificar el tipo de conflicto que queremos definir, nos lleva a buscar unos elementos que para que sean comunes a todos ellos necesariamente tienen que ser muy básicos, referidos a aspectos esenciales del conflicto.

Podemos distinguir tres elementos básicos: actores, causas origen del conflicto y elemento temporal por el que atraviesa el conflicto.

1. ACTORES

Los actores en un conflicto, las personas involucradas en el mismo pueden ser de carácter individuales o colectivos⁹. En cada caso,

8 COSER, LEWIS A: *The Functions of Social Conflicts*, Glencoe IL., The Free Press, McMilian, 1956; También vid. DIEGO VALLEJO, R, GUILLEN GESTOSO, C. *Mediación: proceso, tácticas y técnicas*. Pirámide, 2016 pág. 37.

9 Sobre actores colectivos vid. ENTELMAN *ob cit.* Págs.. 78 a 87

la información sobre los actores del conflicto, nos da claves para mediar en la búsqueda de soluciones. El mediador debe permanecer atento a todos los detalles que le ayuden a conocer mejor a las personas implicadas en el conflicto. Acercarse a sus prioridades y necesidades, a sus percepciones sobre el conflicto, le ayudará a entender mejor sus motivos y comprender su posicionamiento en el proceso.

Pensemos que el conflicto va a ser percibido de manera subjetiva por cada individuo, que sus propios valores, creencias o experiencias previas, le van a llevar a vivir y asumir los hechos de una manera particular. Por eso, el conocimiento de cómo las partes perciben los hechos facilita la función del mediador. Lo que nos acerca a las necesidades psicológicas presentes en un conflicto y nos lleva a hacer una referencia obligada a la teoría sobre la jerarquía de las necesidades humanas de MASLOW¹⁰ (1943). Se trata de una teoría formulada desde la psicología humanista, sobre la motivación, según la cual, conforme satisfacemos las necesidades más básicas, tendemos a desarrollar necesidades y deseos más elevados en la búsqueda de nuestra autorrealización. La aportación de este autor ha sido ordenar por categorías y clasificar por niveles las diferentes necesidades humanas, según su importancia.

Esta jerarquía se suele representar como una pirámide de cinco niveles: en los inferiores se pueden ver agrupadas las necesidades más básicas o primordiales, conocidas como de déficit, y según vamos subiendo a niveles superiores, las necesidades son más elaboradas, hasta llegar al nivel superior en el que se sitúa la “auto-realización” o también denominado motivación de crecimiento.

Lo que caracteriza a las necesidades más elevadas es que nunca acaban de satisfacerse, lo que nos lleva a una búsqueda continua, al contrario que las primordiales.

En la base de la pirámide se encuentran las necesidades primarias, básicamente fisiológicas, como alimentarse o respirar. En el siguiente nivel, las necesidades secundarias incluyen otras como la seguridad tanto física, de empleo, de recursos, vivienda etc.; en un

10 MASLOW, A. *Una teoría sobre la motivación humana* Diez de Santos 1991. Edición original *Motivation and personality* (1943)

nivel superior las sociales, que implican sentimiento de pertenencia a un grupo social o familiar, en las que incluimos la amistad, afecto, intimidad, asociación, etc.; un nivel más alto lo ocupan las necesidades de estima o reconocimiento, que se manifiestan en respeto, éxito, independencia; en lo más alto de la pirámide está la autorrealización, que deviene de un impulso por convertirse en lo que uno es capaz de ser y nos lleva a buscar el crecimiento y desarrollo del potencial propio.

La idea principal de esta teoría es que sólo prestamos atención a las necesidades más altas cuando las básicas han sido satisfechas, al menos hasta cierto punto. Así como que sólo las necesidades no satisfechas influyen en el comportamiento; la necesidad satisfecha no genera comportamiento alguno. Puede haber momentos de regresión en los que nos centremos en conseguir los objetivos de la base de la pirámide y en otros momentos éstos están cubiertos y tratamos de lograr otros más elevados. Si bien, no todos sienten necesidades de autorrealización. Además, no siempre se está en el mismo punto, en la vida se evoluciona, de manera que, según la teoría citada, las fuerzas de crecimiento dan lugar a un movimiento ascendente en la jerarquía, mientras que las fuerzas regresivas empujan las necesidades prepotentes hacia abajo en la jerarquía.

Además de atender a los datos que le permitan conocer a las partes y sus percepciones y necesidades, en la mediación se deben tener presente los indicadores de la actitud inicial que presentan las partes en el conflicto, la forma en que se enfrentan al proceso, lo que también nos llevará a enfocar la mediación de una u otra forma. Pueden distinguirse varias orientaciones¹¹:

Evitación. No cooperativa y no asertivo. Podemos encontrarnos ante una situación inicial de dominación de una de las partes sobre la otra. Si es muy claro, se advierte fácilmente la posición de dominio de una parte y la acomodación o cesión de la otra que adopta una postura "evitativa". Quien cede, solo trata de satisfacer los deseos de la otra parte, reconoce sus propios errores, su objetivo primordial es tratar de apaciguar, evitar la confrontación y aceptar lo

11 DIEGO VALLEJO, R, GUILLEN GESTOSO, C. *ob. cit.* págs. 48 y ss.

que se le impone sin que sus necesidades queden satisfechas, porque da prioridad a los deseos de la otra parte frente a los propios.

La evitación del conflicto puede darse por ambas partes. Se presenta entonces una situación de conflicto latente al que las partes no se quieren enfrentar. Se reconoce que existe el conflicto pero se pospone o se demora la búsqueda de soluciones, se desvía la atención del conflicto y, en muchos casos, se trata de suprimir las emociones que conlleva, con los problemas que ello pueda derivar. En este caso no se afronta el problema. Un paso más es la negación del conflicto, de manera que no se reconoce su existencia del conflicto pese a que exista una tensión evidente.

Adecuación. Cooperación. No asertivo. De manera similar a la evitación, una de las partes en el conflicto, se enfrenta a la situación dejando de hacer, en una postura de dejar pasar que le lleva a permanecer en el conflicto desde la inactividad o bien a abandonar el proceso sin haber resuelto el conflicto, o al menos haber intentado.

Competencia. No cooperativo y asertivo. Una postura opuesta a la anterior es la competitiva, en la que las partes buscan su beneficio de manera directa y utilizando las armas con que cuente, sin tener en cuenta la posición o las circunstancias de la otra parte. Cada parte se centra en sus propios deseos y trata de hacer valer sus objetivos y metas. Puede conllevar una conducta agresiva y hostil o violenta; también posiciones arrogantes, insistiendo, resultando inaccesible, oponiéndose a todo lo que no sea una cesión clara de la otra parte, no dejando salida, en las que se trata de situar a la otra parte en posición de inferioridad.

Colaboración. Cooperativo y asertivo. La mediación será también muy distinta si las partes están en una posición de negociación o incluso de colaboración. Si las partes acuden con la intención de buscar una solución que beneficie a ambos. Es posible que mediante pactos, que impliquen la necesaria cesión o buscando formas colaborativas, que traten de orientar la solución de manera constructiva.

En la negociación se busca el acuerdo y las partes son conscientes de que es preciso ceder para llegar a un acuerdo. Las partes deben situarse en posturas flexibles, sabiendo que deben ceder e intentar

evitar la cesión en aquello que para cada parte es fundamental. Ambos ganan y pierden algo.

En los casos en que la actitud de las partes es de colaboración, cada una da tanta importancia al logro de sus objetivos como al de la otra parte. Precisa aceptar las diferencias, buscar información e intentar buscar la manera de que ambas partes sientan que han resuelto, a través de la mediación, el conflicto, de manera positiva, o que han logrado mantener, e incluso mejorar, una relación, personal o profesional. Evidentemente es la mejor de las disposiciones ante una mediación, también, quizá, la menos frecuente.

Por último, también puede resultar determinante o bien incidir en el conflicto, la posición de terceros. Aquellos que no son parte en el conflicto pero que tienen influencia relevante en el mismo. Conocer la influencia de terceros nos ayudará a saber más sobre cómo se ha originado el conflicto o cómo éste se ha desarrollado. Estos serían los también denominados protagonistas secundarios, frente a los principales o partes.

2. LAS CAUSAS DEL CONFLICTO

Es necesario saber cómo se originó el conflicto. Un conflicto puede tener unos orígenes complejos en el que las partes acumulen un historial de tensiones y malentendidos. El desencadenante libera la tensión acumulada, pero a veces da lugar a situaciones dramáticas. Con frecuencia, estas situaciones no están relacionadas con el problema básico subyacente. Por eso hay que indagar en qué ha ocurrido desde el inicio, qué problemas se añadieron con posterioridad y qué ha venido a atenuar el conflicto.

Después de saber qué ha ocurrido y a quién, es preciso centrar el problema para el que buscamos soluciones. Es fundamental no ir solo a lo que resulta aparente sino también al fondo, las causas subyacentes, esto es el motivo o razón, sea de carácter consciente o inconsciente que dio lugar e hizo surgir ese conflicto. En algunos casos, es evidente cuál es la causa del conflicto, pero en otros está velada de manera más o menos profunda. Para buscar soluciones

a los conflictos es preciso tener en cuenta el origen o causa de los mismos.

Con la pretensión de facilitar un acercamiento a las causas que dan lugar a los conflictos, intentamos a continuación clasificar los conflictos de acuerdo con su origen. Si bien las causas son inabarcables, podemos, siguiendo la clasificación de MOORE, distinguir ¹²

a. Conflictos de carácter estructural.

El origen del conflicto no está en ese caso en las partes sino que le viene dado, es producto o resultado de estructuras sociales o familiares que han situado a las partes en determinadas posiciones, generalmente asimétricas y no justificadas, y les ha atribuido ciertos roles. En algunos casos devienen de escasez de recursos o la desigualdad en su distribución, de la desigualdad en la autoridad y el poder, de condicionamientos geográficos (distancia o proximidad), tiempo (excesivo o escaso), estructuras organizativas, etc..., que promueven con frecuencia, en definitiva, conductas conflictivas.

b. Conflictos de información.

La falta de información para tomar decisiones correctas o la información errónea por una o ambas partes pueden dar lugar al conflicto. También es posible que se interprete de modo distinto qué puede ser importante o que el conflicto se origine en la percepción de la información por las partes. Puede que el conflicto se originara por este motivo y se haya ido complicando, porque hay diferentes interpretaciones de los datos, las partes no coinciden en entender lo relevante de una información o le otorgan unas consecuencias distintas.

c. Los conflictos de valores:

El conflicto es producto de los distintos modos de vida, ideología o religión. Aunque las distintos valores no tienen por qué producir un conflicto salvo que conlleven la imposición unos y la falta de respeto a los de los otros. Se trata por tanto

¹² MOORE, C. *El Proceso de Mediación: Métodos Prácticos Para la Resolución de Conflictos* Granica, 1995.

de creencias incompatibles o que se perciben como incompatibles porque se pretenden metas valiosas que son intrínsecamente excluyentes. Por lo que el resultado, y origen del conflicto, es que se pretende que tenga vigencia exclusiva un sistema de valores que no admite creencias divergentes. Resolver el conflicto no exige que las partes deban modificar sus valores. A veces ayuda a su solución reconocer que la otra parte entiende el mundo de manera diferente.

d. Los conflictos de relación:

En muchos casos son innecesarios y evitables puesto que se producen sin que exista limitación de recursos u objetos concluyentes. Su origen está en realidad en estereotipos o prejuicios, sin que se den las condiciones reales que hagan comprensible el conflicto. Son producto de emociones intensas y de un comportamiento negativo repetitivo.

Suelen ser producto de percepciones falsas o estereotipadas, producto en ocasiones de una insuficiente o mala comunicación, que pueden escalar hacia conflictos reales.

e. Problemas de intereses:

Son los que más frecuentemente nos representamos como conflicto, los que más fácilmente comprendemos. Se originan como consecuencia de necesidades incompatibles entre las partes. O que se perciben como tales, de tal manera que las partes entienden que solo encontraran satisfacción a sus necesidades a costa de las de los demás.

Pero independientemente de esta o cualquier otra clasificación genérica, se puede decir que cada conflicto es único, ya que siempre estarán determinados por una serie de variables específicas como: el tema central, los actores, su experiencia, sus sentimientos, cultura, momento, lugar y un largo etcétera de aspectos que influyen.

3. TIEMPO. MOMENTO EN QUE ESTÁ EL CONFLICTO

Al enfrentarnos a un conflicto, es determinante también conocer el momento en que éste está para determinar la forma de actuar. Los

conflictos son procesos dinámicos en el que todos sus elementos son susceptibles de alterarse, en el que los actores modifican sus percepciones, cambian sus estrategias y objetivos¹³. Tampoco el nivel de tensión es siempre el mismo porque los conflictos no son estáticos, aunque puedan atravesar un periodo de estancamiento. De manera, que posible que estemos ante un conflicto que ha permanecido latente pero se ha gestado durante años y se ha hecho evidente por un hecho concreto, o bien, que haya surgido hace solo unos días. Y que esté en su momento de mayor tensión o que atraviese una época de relativa calma. Así, como es obvio, es preferible acudir a mediación en los primeros momentos del conflicto, porque facilita la desescalada del mismo, pudiendo, incluso ser la mediación un proceso preventivo, cuyo objetivo sea la mejora de relaciones para evitar el conflicto que se intuye. En caso de que el conflicto no se haya producido, el objetivo de la mediación se sitúa en la pacificación, en la desescalada. Y el planteamiento es muy distinto en ambos casos.

Pueden distinguirse las siguientes fases:

Una vez que el conflicto se ha iniciado, sino se trata convenientemente, suele pasar a una fase de escalada del conflicto, hacia mayores niveles de intensidad. Además del aumento de intensidad, es probable que se transforme. Suele conllevar un endurecimiento de las relaciones, en el que las partes polarizan sus posiciones, y hay un aumento de desconfianza que hace que los problemas aumenten.

Son comportamientos típicos de la fase de escalada, el que se evolucione a tácticas duras para el logro de objetivos, de promesas a amenazas y de intentos de persuasión a coacciones. Además suele ocurrir que se añaden asuntos nuevos al problema inicial, aparecen nuevas pretensiones y nuevos objetivos, lo que lleva a que el conflicto inicial se acreciente, así como que se pasa de problemas específicos, a problemas más genéricos.

Incluso, suele ocurrir que de un conflicto sobre un asunto se llegue a otro derivado del mismo o incluso se planteen nuevos conflictos sobre temas o cuestiones muy distintos y que no guardan

¹³ Sobre los cambios de nivel de intensidad en los conflictos vid. ENTELMAN *ob cit.* pág. 175 y ss.

relación entre sí, consecuencia de que se ha creado un ambiente de tensión que predispone a continuar en el mismo.

Este paso de generalizar el problema conlleva también la pérdida de la visión objetiva sobre el origen del problema, lo que lleva a deteriorar la relación y se acaba focalizando el conflicto en la persona con la que se desarrolla animadversión, y no en el hecho concreto que originó el conflicto. Se produce desconfianza y se producen una serie de reacciones típicas, como son: búsqueda de un culpable a las experiencias desagradable, las partes se consideran amenazantes, con la consiguiente escalada de movimientos defensivos, se tiende a mantener posiciones más agresivas hacia las partes, resulta difícil empatizar, se asume que lo que es bueno para una parte es malo para la otra y se incrementan, en definitiva, las percepciones negativas de la otra parte¹⁴

Las partes se sitúan en una posición de enemistad en la que se pasa de una dimensión centrada en el objeto, en la que se enfatizan los objetivos, metas y pretensiones de las partes, a otra en la que el acento se pone en la relación entre los actores, olvidando incluso las causas que dieron lugar al conflicto. El conflicto pasa a ser menos racional, se pasa de estar centrados en la búsqueda de los intereses propios, desde una posición individualista a adoptar una actitud más competitiva en la que nuestro interés sea ganar, vencer sobre la otra parte. Podemos llegar a anteponer el daño causado al adversario, por nuestro deseo de que éste pierda y no consiga sus intereses, incluso aún cuando esto nos cause un perjuicio objetivo. El denominado "calculo *affectio*", basado en una dimensión actoral, se antepone en estos casos al calculo objetivo marcado por la valoración del coste/beneficio¹⁵.

Por último, es posible que se incremente el número de personas implicadas. Cuando las partes perciben su impotencia para conseguir sus objetivos, comienzan a buscar aliados, introducen grupos de apoyo involucrando a las personas cercanas.

14 RUBIN, J. Z., PRUITT, D. G., & KIM, S. H. *Social conflict: Escalation, stalemate, and settlement (2nd ed.)*. McGraw-Hill 1994. Fuente: DIEGO VALLEJO, R, GUILLEN GESTOSO, C. *ob. cit.*

15 Sobre las dimensiones del conflicto, vid. ENTELMAN *ob cit.* págs. 179 y ss.

Si el conflicto ha continuado avanzando, llegará a su punto máximo de intensidad en el que las partes se encuentran superadas y son conscientes de las dificultades para vencerlo. Esta segunda fase conlleva un estancamiento de la situación que puede estar motivada por las siguientes razones¹⁶: el fracaso de las tácticas competitivas: pierden efectividad; El agotamiento de los recursos necesarios: energía, tiempo, dinero...; La pérdida de apoyo social; Inaceptabilidad de los costes: el coste será tan alto que debe ser evitado.

En este momento, una de las partes puede llegar a comprender que hay que hacer concesiones, pero no está dispuesta a ser la primera en realizarlas y se produce un estancamiento de la situación que se prolonga hasta que una de las partes, o un tercero, desactiva este mecanismo.

La siguiente fase es la de desescalada, o desplazamiento hacia niveles más bajos de intensidad. Las personas en conflicto toman conciencia de que deben restablecer la comunicación y que tienen necesidad de cooperar para poder conseguir lo que realmente necesitan. Se dan cuenta de que han llegado al límite y que tienen una interdependencia con el otro. Las dos partes necesitan una de la otra para avanzar en la solución del problema.

Hay una serie de estrategias que tanto una parte, las dos, o la intervención de un tercero pueden poner en marcha para facilitar el desbloqueo, que desarrollamos con mayor detenimiento en el apartado sobre técnicas de la mediación, y que intentan reducir la tensión a través de fórmulas, como resolución de problemas menores, realización de sesiones individuales, según la valoración que haga el mediador de su conveniencia, o búsqueda de metas que exijan colaboración de ambas partes, entre otras.

La última fase de la mediación, a la que se pretende llegar, es la finalización¹⁷. Se puede producir mediante la transformación: los conflictos se solucionan de manera constructiva y se producen cambios en la situación, o se avanza en la mejora de las relaciones,

16 RUBIN, J. Z., PRUITT, D. G., & KIM, S. H *ob. cit.*

17 Sobre las formas de terminación del conflicto, vid. ENTELMAN *ob cit.* págs. 195 y ss.

abriendo paso a contextos renovados. Sin embargo, no siempre se consigue el fin deseado. En todo caso, es difícil hablar de formas de la finalización del conflicto, puesto que nos exigiría tratar de manera unitaria a los distintos tipos de conflictos, cuando existen tantos modos y métodos de resolver los conflictos, como conflictos hay. Es posible que una parte haya logrado su objetivo pero la otra no lo haya conseguido y decida cesar, de manera definitiva por haber puesto fin a los recursos para seguir enfrentado o prefiera postergarlo, o bien, adopte una postura prudente pendiente y espera a decidir cómo actuar en las relaciones futuras. De ahí que nos encontremos con situaciones en las que la parte “ganadora” da por finalizado el conflicto y sin embargo aparecen nuevos enfrentamientos en el momento de hacerlo efectivo.

2. PRINCIPIOS Y CARACTERES DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

El sistema de mediación se basa en determinados principios informadores, que son de cumplimiento necesario, sin los cuales una mediación y su consecuente acuerdo serían nulos y vulnerarían las garantías propias de la tutela judicial efectiva. Tales principios están recogidos en la Ley 5/2012, son la voluntariedad y libre disposición de la materia, así como los de igualdad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad.¹⁸ A estos principios se añaden las reglas o directrices que han de guiar la actuación de las partes en la mediación, como son la buena fe y el respeto mutuo, así como su deber de colaboración y apoyo al mediador

Veámoslos separadamente:

1. VOLUNTARIEDAD

El respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, que tiene su base en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico y como derecho fundamental, es el eje en torno al que gira todo el procedimiento. La libertad de las partes se resume en la posibilidad inicial de elegir qué tipo de procedimiento utilizan para resolver sus controversias y en la de cómo se desarrolla, teniendo como límite la noción de orden público¹⁹.

¹⁸ Sobre los principios aplicables a la mediación véase: BARONA S. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*. Tirant Lo Blanch. 2013. págs. 180 y ss.

¹⁹ En desarrollo del principio dispositivo en los ADRs, el artículo 19 de la LEC establece: "Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero".

Al tratarse de un sistema autocompositivo, además, son las partes implicadas en la mediación las que han de encontrar una solución a su conflicto, no delegando en una tercera persona la decisión sobre el mismo. Por ello mismo, el mediador debe mantenerse en un plano neutral, imparcial y equidistante entre las partes. Es un mero canal de la comunicación que debe ayudar a las partes a negociar y alcanzar por ellas una solución²⁰.

La norma se limita a establecer aquellos requisitos imprescindibles para dar validez al acuerdo que las partes puedan alcanzar, siempre bajo la premisa de que conseguir una solución pactada no es algo obligatorio. De hecho, uno de los posibles objetivos de la mediación es simplemente mejorar las relaciones entre las partes en conflicto, sin buscar necesariamente un acuerdo de contenido concreto. En este sentido, como ha señalado el Libro Verde sobre mediación, si el acuerdo final no reflejara la voluntad real de las partes, el compromiso efectivo que las partes están dispuestas a aceptar, con todo lo que eso implica de renuncia con relación a sus expectativas anteriores, el ADR no habría conseguido sus objetivos fundamentales, es decir, la verdadera solución del conflicto y la consiguiente pacificación social. En tal caso, señala el Libro Verde, habrá que temer nuevos problemas, como la impugnación jurídica de la validez del acuerdo, el cuestionamiento de la responsabilidad del tercero por "arrancarle" a una de las partes un compromiso no equitativo, etc. Por lo que conviene hacer todo lo posible para garantizar la validez de los consentimientos²¹.

20 El principio de voluntariedad es común a los distintos sistemas de ADRs. Así lo ha señalado el TC en relación con al arbitraje. En STC 75/96 "*La autonomía de la voluntad de las partes constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial*". En un sentido similar (STC 174/1995). El principio dispositivo, como soporte legitimador del arbitraje, provoca que resulten nulos los denominados arbitrajes públicos obligatorios porque, como ha señalado el TC en STC 56/90, se carece del elemento de voluntariedad o éste se encuentra diluido en términos tales que no permiten apreciar un consentimiento expresamente manifestado de aceptar el convenio.

21 Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil fue elaborado por la Comisión Europea en el mes de abril de 2002. *ob cit.*

2. LIBRE DISPOSICIÓN DE LA MATERIA

De una parte, la ley reguladora de la mediación excluye de manera expresa de su ámbito de aplicación tanto la mediación penal, como la mediación con las Administraciones públicas y la mediación laboral. Es evidente que la capacidad de disposición de las partes no puede ser absoluta ni contraria a los principios, valores y derechos fundamentales inderogables, ni puede afectar al estricto derecho de la persona. Lo que supone que quedarán excluidas todas aquellas cuestiones que afectan de manera directa o indirecta al estatuto de la persona y a sus derechos fundamentales a los que se refieren los artículos 14 a 29 CE. De esta forma, el orden público viene a determinar las materias que quedan fuera de la disponibilidad de las partes y que por tanto no son susceptibles de ser sometidas a mediación²². Se da así cumplimiento al mandato contenido en el artículo 24 de la Constitución²³

El derecho a la tutela judicial efectiva se refiere, como ha señalado el Tribunal Constitucional, a una potestad del Estado atribuida al poder judicial consistente en la prestación de la actividad jurisdiccional por Jueces y Tribunales, es decir, por los órganos jurisdiccionales del Estado integrados en el Poder judicial. Sin embargo, en el caso de los procedimientos alternativos, los ADRs, el Poder Judicial intervendrá, ya sea limitando los poderes del árbitro o mediador, o controlando que se han cumplido los principios básicos del procedimiento. Pero es determinante que frente al carácter universal de la tutela jurisdiccional del artículo 24.1, la intervención judicial

22 Sobre el ámbito de aplicación y materias disponibles en mediación vid. MARTÍN DÍZ, F.. *La mediación. Sistema complementario de la Administración de Justicia* CGPJ 2010. págs 87y ss. Señala que son disponibles las que lo sean legalmente por las partes o bien que sean en su caso susceptibles de ser homologadas judicialmente. En el ámbito familiar quedarían excluidas las referentes a materia de capacidad de las personas y reconocimiento o impugnación de la filiación. En el ámbito penal rige, como sabemos, de manera general la garantía jurisdiccional del derecho penal. A su juicio, la introducción de la mediación penal en España podría requerir una modificación constitucional de las atribuciones que en materia de Justicia penal otorga la Constitución a jueces y magistrados con carácter de exclusividad (artículo 117.3 CE y 2.1 LOPJ).. pág. 91.

23 Vid. MARTÍN MUÑOZ, A Y HIERRO ANIBARRO S. *Comentario a la Ley de arbitraje*. Marcial Pons, 2006, págs. 38 y ss.

se restringe a los supuestos tasados en la ley²⁴, que se concibe como excepción a la prohibición general de intervención. De aquí que la actividad judicial se interprete de forma restrictiva²⁵.

Lo que pretende lograr la aplicación de los principios de voluntariedad y libre disposición del procedimiento de mediación, es que éste sea efectivo para la partes, de tal forma que se consiga una *participación activa* de las mismas en el procedimiento y una *colaboración con el mediador*, a los efectos de lograr que el procedimiento de mediación sea efectivo y pueda ponerse fin a la controversia existente. Este principio lleva implícito el respeto de las partes a la decisión adoptada en el procedimiento de mediación, al que han acudido libre y voluntariamente e implica que cualquiera de ellas, pueda decidir, en cualquier momento, poner fin al procedimiento de mediación iniciado.

Por último, hay disposiciones legales, cláusulas compromisorias y resoluciones judiciales que imponen la mediación obligatoria como requisito necesario antes de la vía jurisdiccional²⁶. Ello implica que la voluntariedad no se contradice con la posibilidad de obligar a las partes a acudir a una sesión informativa, o con la fijación de

24 BARONA VILAR S. entiende que no es un supuesto de *numerus clausus*. “En la misma Ley de arbitraje existen otros supuestos como la remoción de los árbitros, competencia judicial, que no se encuentra delimitada en el elenco de supuestos del artículo 8 sin que pueda negarse su eficacia y realidad. Otras cuestiones podrían discutirse pero hay que ofrecer soluciones a la posibilidad, por ejemplo, de impugnar las costas por indebidas o excesivas y no existiendo mecanismo específico conformado para plantear esta pretensión, no queda mas posibilidad que entender abierta la intervención del juez y la aplicación de normas generales” en BARONA VILAR, s. (coord) *ob. cit.* pág. 70.

25 A esta cuestión hace referencia en el ámbito del arbitraje SENES MOTILLA, C. *La intervención judicial en el arbitraje*. Aranzadi, 2007 pág. 24. Si bien, tanto el arbitraje como otros sistemas de ADRs, véase la mediación, se fundamentan en la misma base: la autonomía de la voluntad de las partes. En este sentido, ese carácter limitado y excepcional de la intervención de los jueces y tribunales en el procedimiento arbitral es igualmente aplicable a la mediación.

26 A este respecto, se ha señalado que éstas (y hace referencia a modo de ejemplo a la Ley argentina 24573 de 1995, que introduce la mediación con carácter obligatorio previo a cualquier proceso, así como a la Sentencia de la AP de Baleares, 14 de enero de 2004, en que se remite a un procedimiento de mediación a los progenitores para someterse a un proceso psicológico) son inaceptables y de nulo valor jurídico porque contravienen el principio de voluntariedad que es esencial en la mediación. *Ibidem*.

medidas que induzcan a demandar la mediación, siempre que no impidan el acceso a la tutela judicial.²⁷

Por lo tanto, cuando existe un sometimiento expreso de las partes a la mediación, deberá intentarse antes esta, con carácter previo a la vía judicial o a otra vía extrajudicial. Así la Ley de Mediación en su artículo 6.2 hace referencia a esta posibilidad,

“Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste”

Hay que señalar, sobre el contenido de este precepto, que podría no tener mucho sentido obligar a alguien a participar en un procedimiento de mediación contra su voluntad, si el éxito del procedimiento depende, precisamente, de esta voluntad. De hecho, ese mismo artículo 6º de la Ley señala en su punto primero que la mediación es voluntaria y lo reitera en su punto tercero, al especificar que *“3. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo”*. Lo que la Ley pretende no es, sin embargo, la imposición forzosa del método mediador, sino que, una vez pactado, al menos se intente de buena fe, incluso a sabiendas de que una de las partes no desee hacerlo, pero como existió una cláusula firmada, la buena fe reclama al menos intentarlo, asumiendo que las partes pueden poner fin al procedimiento en cualquier momento²⁸

27 *Ibidem.* págs 72 y ss. entiende que se conculca el derecho a la tutela judicial efectiva en lo que afecta al acceso a los órganos jurisdiccionales porque limita de manera injustificada y desproporcionada el acceso a tal derecho. Alude en ese sentido a la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril, que considera abusivas la cláusulas que impongan la resolución de conflictos por mediación o cualquier otro medio extrajudicial.

28 El instrumento procesal del que dispone el demandado en estos casos para impedir el segundo proceso, es la llamada excepción de litispendencia, que debe ser alegada en la contestación a la demanda y será examinada en la audiencia previa, en el juicio ordinario civil o en el acto de la vista en el juicio verbal (art. 416 y 443 LEC). En el artículo 443 LEC apartado tercero, establece en su último párrafo que *“En atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que se intente un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso, a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa...”*

Por último, una vez tomado el acuerdo de acudir a un sistema de ADR, el artículo 39 de la LEC, establece que *“el demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje o mediación la controversia*

3. IGUALDAD

La Ley reguladora de la mediación recoge el principio de igualdad en el procedimiento:

“En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas”.

De esta forma, una posición dominante o la existencia de cualquier traza de violencia, amenaza o intimidación impide que se celebre una mediación. De ahí que podamos entender que no es posible la mediación en casos de violencia de género, precisamente porque se rompe el principio de igualdad entre las partes

4. IMPARCIALIDAD Y NEUTRALIDAD

Junto con la imparcialidad, el principio de neutralidad trata de resaltar que la solución por vía de mediación sólo puede llegar a través de un acuerdo voluntariamente consentido por ambas partes, por sí mismas, sin que el mediador esté facultado para decidir ni pueda imponer a las partes ninguna clase de solución o medida concreta.

“Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13”.

El mediador no debe imponer decisiones a las partes, al contrario, debe trabajar de conformidad con el principio de neutralidad para que sean éstas las que lleguen a un acuerdo y tomen sus propias decisiones.

Este principio no sólo implica que la mediación es una figura autocompositiva, sino que los valores, criterios y posibles soluciones que el mediador tiene ante los problemas que se le presentan no han de condicionar la decisión a que lleguen las partes, siendo estas las únicas facultadas para alcanzar una solución sobre la controversia existente.

Este principio de neutralidad implica, por último, no solo una actuación negativa, en el sentido de no tomar partido, sino que va mas allá, tratando de situar a las partes en una posición equilibrada desde la que defender sus intereses.

Ambos principios están muy relacionados, si bien podemos entender que la diferencia entre ambos reside en que el mediador es imparcial en sus relaciones con las partes y neutral con respecto al resultado de la mediación. Es propio únicamente de la mediación, no de otro tipo de sistemas, como el arbitraje.

El mediador está obligado a no iniciar o abandonar la mediación cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad, así como revelar cualquier circunstancia que pudiera afectarle a la hora de conducir el proceso con imparcialidad. Incluso, como señala el Código de conducta europeo para mediadores, el mediador no debería solo actuar imparcialmente con las partes en todo momento, sino también esforzarse en demostrar su imparcialidad.²⁹

5. CONFIDENCIALIDAD

Este principio asegura la mayor confianza de las partes y contribuye a un mejor desarrollo del proceso. El principio de confidencialidad es aplicable como un equivalente a reserva sobre la información obtenida a lo largo del procedimiento. Esta obligación incluye la de no revelar ningún dato del que se haya tenido conocimiento a través de la mediación, durante la misma y una vez ésta haya finalizado con o sin acuerdo. Se refiere al mediador, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes. En este sentido, el me-

²⁹ El Código de conducta europeo para mediadores fue aprobado en julio de 2004. Puede verse en ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf

diador o los mediadores no podrán ser citados como testigos antes, durante o después de la mediación, en ningún procedimiento administrativo o judicial relacionado con la disputa. Tampoco se le podrá requerir información sobre los hechos, datos, contenido de las entrevistas, acuerdos provisionales o cualquier otro dato derivado del proceso de mediación. No rige en aquellas mediaciones o cuestiones respecto de las cuales las partes expresamente lo acuerden así, y tampoco en aquéllas donde la mediación sea pública porque la ley lo exija³⁰

“El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.

2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto:

a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad.

b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

3. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico”.

A estos principios se suman ciertas reglas o directrices. La buena fe, como un elemento fundamental para la resolución o interpretación del conflicto y la superación de la desconfianza, incluso si no se llega a acuerdos. Dado que nadie obliga a ninguna de las partes a participar en la mediación, se entiende que si acuden voluntariamente es por el deseo expreso de las partes de poner fin a la situación conflictiva y esto implica la aceptación de las características del procedimiento de mediación. Otras directrices, como el respeto mutuo, así como el deber de colaboración y apoyo al mediador, son consecuencia del anterior y persiguen el mismo fin: que el procedi-

30 Sobre esta cuestión vid. BARONA S. *ob. cit.* págs. 180 y ss.

miento de mediación sea efectivo y pueda ponerse fin a la controversia existente³¹.

Por último, hacemos referencia a la flexibilidad del proceso, como elemento rector del proceso y que es parte consustancial a la mediación. El proceso de mediación debe ser un proceso adaptado a cada caso particular. Pensemos que no existen dos mediaciones iguales, que cada situación es única y cada persona tiene unas peculiaridades que la diferencian del resto. Por tanto, el mediador tiene que tener una actitud flexible que le permita adaptarse a las necesidades de cada mediación.

31 Destacamos la buena fe, como un elemento fundamental para la resolución o interpretación del conflicto y la superación de la desconfianza, incluso si no se llega a acuerdos. Así como otros principios, no menos importantes, que están en alguna regulación autonómica, como el de protección a los menores, a los discapacitados y a las personas mayores, previsto en las LMF Madrid, Castilla-León y Andalucía. También la legislación gallega habla del bienestar y el interés superior del menor. Y es interesante el artículo 10 LMF País Vasco, que identifica diez principios: (a) voluntariedad; (b) confidencialidad; (c) transparencia; (d) respeto al Derecho; (e) imparcialidad; (f) neutralidad; (g) flexibilidad; (h) debate contradictorio; (i) inmediatez; (j) buena fe, colaboración y mantenimiento del respeto entre las partes. En Derecho comparado muestra que los ordenamientos también incluyen otros principios, como los de transparencia, flexibilidad, oportunidad o el principio de economía procesal. Libro Blanco de Mediación.

3. EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

Estamos ante un procedimiento complementario a la jurisdicción, no antagónico ni excluyente de la misma; extrajudicial, por el hecho de que se administra por sujetos no integrados en el Poder Judicial y alternativo, por cuanto no permite la utilización simultánea de la resolución judicial.

1. COSTE DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

Respecto al coste de la mediación, la Ley establece únicamente que se divida entre las partes y prevé que se haga una provisión de fondos (art. 15)

“1. El coste de la mediación, haya concluido o no con el resultado de un acuerdo, se dividirá por igual entre las partes, salvo pacto en contrario.

2. Tanto los mediadores como la institución de mediación podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender el coste de la mediación.

Si las partes o alguna de ellas no realizaran en plazo la provisión de fondos solicitada, el mediador o la institución, podrán dar por concluida la mediación. No obstante, si alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, el mediador o la institución, antes de acordar la conclusión, lo comunicará a las demás partes, por si tuvieren interés en suplirla dentro del plazo que hubiera sido fijado”

2. FLEXIBILIDAD EN EL PROCEDIMIENTO

Se trata de un procedimiento flexible que pertenece a las partes puesto que aunque se conforme mediante una sucesión de actos las partes tienen, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, un amplio margen para decidir. Esta flexibilidad, además, permite

al mediador organizar las sesiones y el conjunto del procedimiento de la forma que se adapte a las necesidades de cada caso. Así, cambiarán las técnicas y la organización de las sesiones. Es posible que sean distintas la manera en que se organiza la participación de los terceros en la mediación e incluso la estrategia que se siga, pues tiene una cuenta cada conflicto.

3. INICIO DE LA MEDIACIÓN

De manera coherente con el principio de voluntariedad, que le es aplicable, es preciso que se inicie instancia de parte

De acuerdo con la Ley de mediación (art. 16) el procedimiento de mediación podrá iniciarse:

a) De común acuerdo entre las partes. En este caso la solicitud incluirá la designación del mediador o la institución de mediación en la que llevarán a cabo la mediación, así como el acuerdo sobre el lugar en el que se desarrollarán las sesiones y la lengua o lenguas de las actuaciones.

b) Por una de las partes en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre aquéllas.

2. La solicitud se formulará ante las instituciones de mediación o ante el mediador propuesto por una de las partes a las demás o ya designado por ellas.

El efecto que produce el inicio de la mediación en relación a un proceso judicial, es que permite que las partes soliciten su suspensión. (art. 16.3)

“Cuando de manera voluntaria se inicie una mediación estando en curso un proceso judicial, las partes de común acuerdo podrán solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal”.

Tengamos en cuenta que la mediación se plantea como sistema alternativo de solución de conflictos pero de ninguna manera puede suponer un impedimento para que las partes acudan posteriormente, en caso de que sea necesario, a los órganos jurisdiccionales.

Para garantizar esta posibilidad y evitar la caducidad de la acción, el artículo 4 de la Ley establece que la solicitud de inicio de

mediación traerá consigo de forma automática la suspensión de la prescripción o caducidad de las acciones desde que dicha solicitud sea recibida por el mediador o desde que se deposite ante la institución de mediación, en su caso.

La suspensión es por plazo cierto y determinado, ya que se levantará en caso de que no se firme al acta de la sesión constitutiva de la mediación en el plazo máximo de los quince días siguientes a la recepción -o depósito- de la solicitud de inicio. Como cautela para evitar actuaciones dilatorias. Ratificada la suspensión con la referida firma, las acciones permanecerán en suspenso hasta que finalice el procedimiento de mediación, bien mediante acuerdo firmado, bien por acta final sin acuerdo o terminación por otra causa legal.

Volviendo al procedimiento, veamos las fases que se pueden destacar, desde la idea de que es un proceso sencillo: iniciación, desarrollo y redacción del acuerdo y acta final³².

4. SESIÓN INFORMATIVA

En primer lugar, es preciso que el mediador cite a las partes, a la sesión informativa.

“Recibida la solicitud y salvo pacto en contrario de las partes, el mediador o la institución de mediación citará a las partes para la celebración de la sesión informativa. En caso de inasistencia injustificada de cualquiera de las partes a la sesión informativa se entenderá que desisten de la mediación solicitada. La información de qué parte o partes no asistieron a la sesión no será confidencial” (art. 17)

De celebrarse la sesión informativa, en ésta se identifican las partes y se designa al mediador o mediadores, -ya que conforme al artículo 18 es posible una pluralidad de mediadores-. El mediador puede haber sido designado por una institución de mediación, o se

32 Existen distintos modelos de mediación. Nos estamos refiriendo al mas utilizado entre nosotros, y que tiene un mayor reflejo en la Ley, es el modelo Harvard. Utiliza técnicas objetivas, cuyo objetivo primordial es alcanzar el acuerdo. También es conocido como modelo de solución de problemas o modelo directivo. Se trata de reducir las causas de la discrepancia y acercar los objetivos de las partes. La mediación está dirigida a los resultados, y no a las causas internas del conflicto. Es la escuela que cuenta con una mayor aceptación

acepta al propuesto por una de las partes, quién deberá informar sobre posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad. Asimismo, se determina el objeto de conflicto que se somete a mediación, el programa de actuaciones y duración máxima prevista del procedimiento. También se da información sobre el coste de la mediación. Es preciso que se recoja una declaración de que las partes aceptan de manera voluntaria la mediación. Por último, en esta fase inicial se determinan el lugar de celebración de la mediación y la lengua del procedimiento.

“En esa sesión el mediador informará a las partes de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia; así como de las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar, así como del plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva” (art. 17)

En esta primera fase, se trata, en definitiva, de informar acerca de los aspectos básicos, de las líneas elementales sobre cómo va a ser el proceso, el objetivo perseguido, y cualquier otra cuestión que el mediador considere conveniente teniendo cuenta cada caso. Deberá trasladarse esta información y el mediador debe asegurarse de que las partes lo han comprendido, para lo que la manera de informar del mediador se tratará de adaptar al perfil de quienes intervienen en la mediación

5. SEGUNDA FASE: SESIÓN CONSTITUTIVA

En una segunda fase, una vez constituida la mediación, se deberá firmar el acta de iniciación y comienzo lo que es el desarrollo en sentido estricto de la mediación a través de un proceso que se caracteriza por su flexibilidad. En esta fase se va a tratar de definir el problema, centrar el objeto del conflicto. Se recoge información de las partes de la forma más amplia posible para entender el asunto en toda su complejidad y se van a poner en marcha los planes de actuación necesarios según vaya avanzando el proceso.

De la sesión constitutiva (art. 19) se levantará un acta que será firmada tanto por las partes como por el mediador o mediadores

en que las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación y dejarán constancia de los siguientes aspectos:

- a) La identificación de las partes.
- b) La designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes.
- c) El objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación.
- d) El programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación.
- e) La información del coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos.
- f) La declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas.
- g) El lugar de celebración y la lengua del procedimiento”.

Esta fase se lleva a cabo a través de las sesiones de mediación. Si bien no hay limitaciones respecto del mínimo o máximo número de sesiones, La ley establece (art. 20) que:

“La duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones”.

Sobre el desarrollo de las sesiones (art. 21), la Ley señala que el mediador deberá facilitar a las partes la exposición de sus posiciones de modo igual y equilibrado:

“el mediador convocará a las partes para cada sesión con la antelación necesaria, dirigirá las sesiones y facilitará la exposición de sus posiciones y su comunicación de modo igual y equilibrado”.

El equilibrio entre las posiciones de las partes no se refiere solo al reparto de tiempos entre ambos sino que va más allá y exige utilizar una técnica propia de la mediación, con la que se equilibran las posiciones. Supongamos que, por ejemplo, una de las partes posee menos conocimientos técnicos sobre la cuestión, el mediador debe hacer un esfuerzo para que esa parte se pueda equilibrar a efectos de llegar a un acuerdo válido para ambos.

Las sesiones pueden ser simultáneas o no. La Ley se refiere a los llamados “caucus”, que deberá obligatoriamente comunicarse a la otra parte.

“ Además, las comunicaciones entre el mediador y las personas en conflicto podrán ser o no simultáneas. Por último, el mediador comunicará a todas las partes la celebración de las reuniones que tengan lugar por separado con alguna de ellas, sin perjuicio de la confidencialidad sobre lo tratado”.

Los “caucus” son un recurso a disposición del mediador, que podrá decidir sobre su utilización, teniendo en cuenta que presenta ventajas. Así, en algún momento puede ayudar a desbloquear situaciones, pero también puede hacer desconfiar a las partes y producir la sensación de que el mediador crea alianzas con la otra parte.

Por último, la Ley reitera la obligación de guardar el principio de confidencialidad, aplicable a todas las fases de la mediación, referido en concreto a las sesiones.

“El mediador no podrá ni comunicar ni distribuir la información o documentación que la parte le hubiera aportado, salvo autorización expresa de esta”

6. TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

La última fase, la terminación del procedimiento puede producirse con o sin acuerdo. (art. 22)

“1. El procedimiento de mediación puede concluir en acuerdo o finalizar sin alcanzar dicho acuerdo,

La Ley recoge las distintas opciones, que pueden tener su origen en la decisión de las partes, en el transcurso del plazo máximo previsto o en el propio mediador:

“bien sea porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándoselo al mediador, bien porque haya transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento, así como cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión.

La Ley contempla también en su artículo 22 el destino que se dará a los documentos que las partes han aportado al proceso:

“Con la terminación del procedimiento se devolverán a cada parte los documentos que hubiere aportado. Con los documentos que no hubieren de devolverse a las partes, se formará un expediente que deberá conservar y custodiar el mediador o, en su caso, la institución de mediación, una vez terminado el procedimiento, por un plazo de cuatro meses”.

Se advierte, por último que la no conformidad con el mediador no conlleva el fin del procedimiento. Ni porque las partes rechacen al mediador ni porque éste renuncie.

22.2 La renuncia del mediador a continuar el procedimiento o el rechazo de las partes a su mediador sólo producirá la terminación del procedimiento cuando no se llegue a nombrar un nuevo mediador”.

El documento en que se recoge el fin del procedimiento es el acta final. La Ley prevé lo que se hace constar en la misma, la forma de finalización, sea o no por acuerdo. Debe ir firmada y en caso de que no se firme por alguna de las partes, el mediador deberá hacer constar también esta circunstancia.

22.3. El acta final determinará la conclusión del procedimiento y, en su caso, reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o su finalización por cualquier otra causa. El acta deberá ir firmada por todas las partes y por el mediador o mediadores y se entregará un ejemplar original a cada una de ellas. En caso de que alguna de las partes no quisiera firmar el acta, el mediador hará constar en la misma esta circunstancia, entregando un ejemplar a las partes que lo deseen.

7. ACUERDO DE MEDIACIÓN

Para el supuesto de que la mediación haya concluido en acuerdo, la Ley desarrolla el contenido de dicho acuerdo y sus requisitos (art. 23).

En primer lugar, caben acuerdos parciales o sobre parte de las materias sometidas a mediación.

“1. El acuerdo de mediación puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a la mediación”.

En relación a qué información debe contenerse en el acuerdo de mediación, la Ley señala:

“En el acuerdo de mediación deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta Ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento”

El acuerdo deberá estar firmado y se entregará a las partes, debiendo el mediador custodiar una copia:

“2. El acuerdo de mediación deberá firmarse por las partes o sus representantes. Del acuerdo de mediación se entregará un ejemplar a cada una de las partes, reservándose otro el mediador para su conservación”.

Y por último, el mediador debe informar a las partes del carácter vinculante del acuerdo y de la posibilidad de convertirlo en un título ejecutivo mediante la elevación a escritura pública.

“3. El mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo”.

El acuerdo resultante de la mediación y que cumple con los requisitos señalados es válido, y la nulidad podrá ejercitarse por las mismas causas que invalidan los contratos. Por lo que, en general, hay que señalar que no se aprobarán aquellos acuerdos que resulten contrarios a derecho, contravengan la moral, las disposiciones de orden público, afecten a derechos irrenunciables o de terceros o vulneren el principio de equidad en perjuicio de una de las partes³³

33 Los requisitos de los contratos, la validez de los mismos, las causas de nulidad, eficacia, interpretación etc., se regulan en los artículos 1254 y siguientes del Código Civil. En cuanto al consentimiento, el artículo 1265 del Código Civil regula las causas de nulidad del consentimiento. Por lo que respecta al objeto de los contratos nos referimos al artículo 1271 del Código Civil, Por lo que respecta a la causa de los contratos, los artículos 1274 a 1277 del Código Civil. En cuanto a la acción de nulidad se regula en los artículos 1301 y siguientes del Código Civil. Se establece un plazo de duración de la acción de nulidad de cuatro años.

“4. Contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.”

8. EJECUCIÓN DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN

La última cuestión, cierre del proceso, o más bien consecuencia del mismo, tiene que ver con la ejecución que, como sabemos, está destinada a la realización judicial del derecho del acreedor reconocido en un título que puede ser una sentencia firme, un laudo arbitral, una escritura pública o cualquiera de los títulos que según el artículo 517 LEC, lleva aparejada la ejecución. Vemos cómo para formalizar el título ejecutivo deberá presentarse ante un notario, que verificará el cumplimiento de los requisitos legales exigidos y que su contenido no es contrario a Derecho. Por lo tanto, si se quiere convertir en título ejecutivo, debe elevarse a escritura pública. De acuerdo con lo que establece el artículo 25,

“1. Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación. El acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador.

2. Para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho”.

Podría no haber sido necesaria la elevación a público, de la misma forma que hoy no es exigible que los laudos arbitrales se protocolicen. Pero esta diferencia deriva de la distinta naturaleza de los institutos en cuestión: en el arbitraje las partes someten y aceptan la decisión de un tercero; en la mediación son ellas, y solo ellas, las que alcanzan el acuerdo, de modo que su decisión asume naturaleza contractual o convencional, y de ahí la exigencia de elevación a público para alcanzar la consideración procesal de título ejecutivo. Ya que el mediador no soluciona, no adopta decisión.

En realidad, los acuerdos de mediación son títulos ejecutivos extrajudiciales, a los que corresponde un procedimiento ordinario de ejecución singular en el que el control que se realiza de los acuerdos

de mediación es similar al que se lleva a cabo para la ejecución de una sentencia. Esto es, que concurren los requisitos procesales y que sean conformes con la naturaleza y contenido del título. Por tanto estamos ante el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente ejecutiva. El Tribunal Constitucional ha considerado que la acción ejecutiva forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, de forma que resulta contrario al artículo 24 CE la inexecución de la sentencia en sus propios términos (STC 189/1990)

La ejecución forzosa de los convenios de mediación es competencia exclusiva e indelegable de los tribunales de Justicia. Si esta conexión no existe, tales procesos no tienen mas que un valor testimonial. Es por tanto preciso asegurar esa conexión y para ello la legislación debe ser muy clara y la práctica judicial facilitar con su actuación la ejecución de los títulos resultantes de los procedimientos de arbitraje y mediación³⁴.

En el caso de que el acuerdo debe ejecutarse en otro Estado, deberán cumplirse los requisitos que sean exigibles.

“Cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea”.

Por último, se pone en relación la ejecución con procesos judiciales ya iniciados. Para estos casos, se puede solicitar la homologación del acuerdo frente a la jurisdicción

“Cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

A lo largo del proceso, la mediación puede requerir también el auxilio del Poder Judicial, además de que los Jueces y Tribunales están obligados a llevar a cabo ciertas acciones de control o fiscali-

34 Si bien es en alguna medida cierto, que por la naturaleza de la mediación la ejecución forzosa del acuerdo contradice el fundamento mismo de la mediación. BARONA S. *Mediación... ob cit.* . págs. 503 y ss.

zación en determinadas situaciones, por ejemplo, a la hora de determinar las materias indisponibles. Por lo tanto, la actuación que pone en relación al Poder Judicial con los mediadores es tanto de asistencia como de control o fiscalización. La naturaleza de una y otra es bien distinta si bien algunas acciones pueden englobar ambas. La Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se ha modificado con la redacción dada con los artículos modificados por la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles para facilitar la aplicación de la mediación dentro del proceso civil³⁵.

El poder judicial actúa como poder de homologación del acuerdo de mediación a solicitud de las partes, como juez de la ejecución y de las medidas cautelares que soliciten, en su caso, tras el acuerdo. Además ejerce una función fundamental en los supuestos de la “mediación intrajudicial” en los que actúa al inicio, como impulsor de la mediación. Adicionalmente, tanto en las mediaciones intrajudiciales como en las que no tienen esa naturaleza, el poder judicial desarrolla funciones concretas y fundamentales, como asegurar la protección de derechos de menores o incapacitados a lo largo del procedimiento. La acción jurisdiccional, pese a ser necesaria, está sometida a límites. El Tribunal Constitucional ha sido muy claro al respecto en la jurisprudencia que se ha dictado en relación con el arbitraje³⁶.

35 Se regula así la facultad de las partes para disponer del objeto del juicio y someterse a mediación, así como la posibilidad de que sea el juez el que invite a las partes a llegar a un acuerdo y, a tal fin, se informen de la posibilidad de recurrir a la mediación. Se trata de una novedad que, dentro del respeto a la voluntad de las partes, trata de promover la mediación y las soluciones amistosas de los litigios. Por otro lado, se prevé la declinatoria como remedio frente al incumplimiento de los pactos de sometimiento a mediación o frente a la presentación de una demanda estando en curso la misma.

La modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil comprende, por último, la de los preceptos necesarios para la inclusión del acuerdo de mediación dentro de los títulos que dan derecho al despacho de la ejecución.

Con estas modificaciones se articula la adecuada interrelación entre la mediación y el proceso civil, reforzando la eficacia de esta institución.

36 Así, en STC 176/1966 señala en relación a una solicitud de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva una vez utilizada la vía de arbitraje, que *“el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende el de obtener una decisión acorde con las pretensiones formuladas (STC 9/1981 y 52/1992, entre otras) ni ampara una determinada interpretación de las normas aplicables al caso (STC 33/1988) pero si a recibir una respuesta judicial*

En concreto, el Tribunal competente para la ejecución de los acuerdos de mediación variará según esté o no en curso un proceso.

“La ejecución de los acuerdos resultado de una mediación iniciada estando en curso un proceso se instará ante el tribunal que homologó el acuerdo. Si se trata-se de acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”

Por último, hacemos referencia a la ejecución de acuerdos transfronterizos prevista en la Ley. En primer lugar, cuando estamos ante la ejecución de acuerdos transfronterizos, debemos tener en cuenta, con carácter previo, lo siguiente:

Conforme al artículo 3 de la Ley 5/2012 de mediación:

“1. Un conflicto es transfronterizo cuando al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquél en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable. También tendrán esta consideración los conflictos previstos o resueltos por acuerdo de mediación, cualquiera que sea el lugar en el que se haya realizado, cuando, como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o algunas de sus consecuencias se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto. 2. En los litigios transfronterizos entre partes que residen en distintos Estados miembros de la Unión Europea, el domicilio se determinará de conformidad con los artículos 59 y 60 del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

a sus pretensiones, motivada y fundada en Derecho (STC 133/1989, 18/1990 y 11/1995, entre otras muchas) como ha ocurrido en este caso, no cabe estimar en modo alguno que el recurrente fuera privado de su derecho de acceso a la jurisdicción.... tal planteamiento, sin embargo, no puede ser compartido, ya que supondría privar al arbitraje, cuya litud constitucional hemos declarado reiteradamente (SSTC 43/1988, 15/1989, 288/1993 y 174/1995) de su función como medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados: lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE)” Lo mismo es aplicable a la mediación, de manera que no sería válido plantear vulneración de derecho a la tutela efectiva tras haber aceptado voluntariamente la participación en un proceso de mediación con todas las garantías y de haber aceptado libremente los términos del acuerdo a que se haya llegado en el proceso de mediación.

Dicho Reglamento establece en su artículo 59 que *“Para determinar si una parte está domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conocieren del asunto, el tribunal aplicará su ley interna. 2.- Cuando una parte no estuviere domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conocieren del asunto, el tribunal para determinar si dicha parte lo está en otro Estado miembro, aplicará la Ley de dicho estado miembro”*

A su vez el artículo 60 del citado Reglamento establece que se entenderá que una sociedad u otra persona jurídica está domiciliada en el lugar en que se encuentre: a) Su sede estatutaria. b) Su administración central. c) Su centro de actividad principal. En defecto de sometimiento expreso o tácito a esta ley, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español.

Esta es la base para determinar el carácter transfronterizo del conflicto que a su vez conlleva ciertas consecuencias, entre ellas, la que tiene que ver con las previsiones sobre su ejecución.

Por tanto la clave para la determinación de la ley la establece el domicilio. En nuestro ordenamiento jurídico son diversas las normas que regulan el domicilio, así, tenemos para las personas físicas el artículo 40 del Código Civil, pero hay otras normas que regulan el tema del domicilio, normas tales como la Ley de Enjuiciamiento Civil y normas fiscales (Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, residencia), etc.

Pues bien, una vez que hemos podido determinar conforme a los criterios normativos señalados, en qué casos estamos ante acuerdos de mediación transfronterizos, vemos que la Ley señala respecto de su ejecución lo siguiente en su artículo 27:

De una parte, que se seguirá lo dispuesto en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil:

1. Sin perjuicio de lo que dispongan la normativa de la Unión Europea y los convenios internacionales vigentes en España, el reconocimiento y ejecución de un acuerdo de mediación se producirá en la forma prevista en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil.

Además, es preciso que una autoridad extranjera lo haya declarado ejecutable o que se eleve a escritura pública por notario español:

2. Un acuerdo de mediación que no haya sido declarado ejecutable por una autoridad extranjera sólo podrá ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás.

De esta forma, el procedimiento de ejecución de los acuerdos, se prevé que se ajuste a las previsiones que ya existen en el Derecho español y sin establecer diferencias con el régimen de ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos cuyo cumplimiento haya de producirse en otro Estado; para ello se requerirá su elevación a escritura pública como condición necesaria para su consideración como título ejecutivo. Además de la opción de crear el título ejecutivo gracias a la actuación del notario, el acuerdo puede ser homologado por el juez³⁷ Ese documento estará sujeto a los límites del orden público español.

3. El documento extranjero no podrá ser ejecutado cuando resulte contrario al orden público español.”

³⁷ En este caso la ley no innova puesto que la posibilidad de dar fuerza ejecutiva a un acuerdo sobre el que existía un conflicto ya está prevista en la LECiv tal y como señala BONET NAVARRO A. *Proceso Civil y Mediación.*, Aranzadi, 2013. pág. 25.

4. LAS PARTES Y EL ROL DEL MEDIADOR EN EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

Para una comprensión profunda del proceso de mediación es fundamental entender cuál es la posición de las partes en el proceso de mediación así como el rol del mediador. Vemos a continuación ambas cuestiones con detenimiento.

1. LAS PARTES

Al tratarse de un sistema autocompositivo, son las partes implicadas en la mediación las que han de encontrar una solución a su conflicto, no delegando en una tercera persona la decisión sobre el mismo. Por ello mismo, el mediador debe mantenerse en un plano neutral, imparcial y equidistante entre las partes. Es un mero canal de la comunicación que debe ayudar a las partes a negociar y alcanzar ellas mismas una solución.

Las partes son, por tanto, los protagonistas del desarrollo de la mediación y su voluntad, o autonomía de decisión, el principio eje de todo el procedimiento, de tal forma que el mediador queda obligado a la búsqueda de soluciones, a trazar puentes de comunicación e intentar que las partes lleguen a un acuerdo desde una posición neutral y sin que en ningún momento, pueda variar su función imponiendo soluciones, sino que el proceso gira en torno al acuerdo y capacidad de disposición de las partes. En este sentido la ley señala que la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente.

Además, las partes están sometidas a ciertas obligaciones en relación con el proceso. Se entiende que las partes sujetas a mediación actuarán entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y

respeto mutuo. Durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos.

Lo que es coherente con el hecho de que el compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.

Por último, las partes deberán prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad.

Las partes son, por tanto, los protagonistas del desarrollo de la mediación y su voluntad, o autonomía de decisión, el principio eje de todo el procedimiento, de tal forma que el mediador queda obligado a la búsqueda de soluciones, a trazar puentes de comunicación e intentar que las partes lleguen a un acuerdo desde una posición neutral y sin que en ningún momento, al contrario de lo que ocurre con el arbitraje, pueda variar su función imponiendo soluciones, sino que el proceso gira en torno al acuerdo y capacidad de disposición de las partes.

2. TERCEROS EN EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

Además de a las partes, debemos referirnos a los terceros puesto que es algo bastante frecuente que en una mediación participen terceros. Es decir, aquellas que no son parte de la misma pero que pueden intervenir en alguna sesión o incluso durante todo el proceso. Puede tratarse de familiares, por ejemplo, por su conexión con el conflicto, o bien, de expertos, por sus conocimientos sobre la materia. En relación al conflicto, los terceros pueden no estar implicados pero ser aliados de una de las partes, protector de uno de los cam-

pos, o bien pueden tener un interés en el conflicto porque le suponga obtener un beneficio³⁸.

La participación de terceros tendrá un carácter accesorio, pues los responsables del acuerdo y quienes se comprometen a darle cumplimiento son las partes. El objetivo por lo tanto de la intervención de terceros está en coadyuvar al mejor desarrollo del procedimiento de mediación.

En el caso de que se trate de peritos o expertos, su participación en el proceso está condicionada a la aceptación de las partes, de manera que todos estén conformes con el apoyo que pueda prestar.

La conveniencia de la participación de familiares u otras personas debe ser valorada por el mediador. Se trata de que éstos puedan ayudar a las partes a solucionar su conflicto o mejorar sus relaciones evitando en cualquier caso que las mismas puedan empeorar.

Por último, los abogados, los asesores jurídicos, pueden actuar en defensa de los intereses de su cliente acompañándoles a la sesión de mediación. Además de actuar en calidad de expertos legales valorando la validez de las cláusulas que las partes pretenden influir en acuerdo de mediación

3. EL ROL DEL MEDIADOR Y LAS DIFICULTADES EN EL EJERCICIO DE SU FUNCIÓN

a. Función y diferencia con otras figuras

La función del mediador es conseguir que las partes acerquen sus posturas para que lleguen a un acuerdo o mejoren sus relaciones. Pero esto exige asumir un papel muy concreto en el que el mediador no va a ocupar un lugar de autoridad ni hace valer su superioridad profesional. Lo anterior no supone que el papel del mediador no sea clave en la mediación, ya que pese a que no decida

³⁸ Sobre la participación de terceros en un conflicto vid. ENTELMAN, *ob cit.* Págs. 137 y ss.

sobre el conflicto y su solución crea el clima necesario para que las partes puedan cumplir con el objeto de la mediación³⁹.

Con carácter previo es preciso aclarar una cuestión fundamental para comprender el papel del mediador. Y es que una mediación no es una terapia ni pretende buscar asesoramiento jurídico, por más que el mediador sea psicólogo o abogado.

Tanto los profesionales de la psicología como los abogados se posicionan frente a sus clientes en un lugar de "poder", es decir, son percibidos como asesores y poseedores de un conocimiento técnico que los clientes no poseen y que ponen al servicio del asunto que les plantean en aras de ofrecerles la mejor solución a su problema. Esta "superioridad" que mantienen en el entorno profesional les dota de cierta autoridad en el proceso de las distintas disciplinas que desempeñan.

En mediación, sin embargo, no hay jerarquías. El mediador ha de posicionarse en un mismo plano con respecto a sus clientes, ya que no puede opinar, ni juzgar, ni hacer uso de sus conocimientos para ofrecer una solución. Lo anterior no implica pasividad, al contrario, la ley de mediación le exige desarrollar una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes. Pero, al mismo tiempo, debe ser capaz de conducir las sesiones de manera tal, que sean los propios implicados los que encuentren la solución a su conflicto. Es decir, el mediador debe renunciar al protagonismo implícito de otros profesionales.

Las dificultades para adaptarse al rol de mediador por un abogado en ejercicio, acostumbrado a asesorar a sus clientes, son comprensibles. La mediación es un procedimiento de carácter jurídico, y los acuerdos a los que lleguen las partes tendrán efectos jurídicos. Esto conlleva el hecho de que los mediadores deberán tener conocimientos en ciertos aspectos legales, relacionados con el procedimiento de mediación y la normativa aplicable al mismo. Pero el me-

39 GUILLÉN GESTOSO C.; J. MENA CLARE; E. RAMOS RUIZ y S. SÁNCHEZ SEVILLA: "Aproximación genérica a la mediación", SANCHEZ PEREZ, J.(coord)., *Aproximación interdisciplinaria al conflicto y a la negociación*, Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2005. p. 59-72

diador no actuará, aún cuando sea abogado, como asesor jurídico más allá de poder transmitir a sus clientes los efectos y garantías de la legislación sobre mediación.

También es preciso diferenciar muy claramente al mediador del terapeuta, especialmente cuando nos referimos a mediación familiar, pese a que encontremos similitudes⁴⁰. La mediación carece de objetivos terapéuticos y es interdisciplinaria⁴¹. El objeto que persiguen es distinto: La terapia se dirige a resolver problemas menos cognitivos, más profundos o emocionales. Se centra en el fondo, en la historia desde las emociones. O dicho de otra forma el enfoque principal es distinto pues en la mediación es el problema, el asunto y en la terapia sería la persona, la relación. La mediación carece de objetivos terapéuticos y es interdisciplinaria, se dirige a la solución de conflictos entre partes. También los tiempos son distintos puesto que parte del éxito de la mediación está en no alargar las situaciones de conflicto sino buscar soluciones a los mismos, de manera que está pensada al corto plazo.

En caso de que el mediador haya recibido formación en psicología es evidente que aporta conocimientos y experiencias valiosas al marco de la mediación. Si duda, por el conocimiento de las técnicas y herramientas teóricas y prácticas de la terapia familiar puede tener una aproximación a los conflictos y una capacidad para descubrir problemas latentes u ocultos de los individuos que pueden pasar inadvertidos en un mediador con otra formación. Pero es necesario que el mediador con esta formación integre sus habilidades y conocimientos en el marco de la mediación. El mediador no puede permitir que la mediación se convierta en una forma distorsionada de tratamiento psicológico.

40 FORLENZA, Samuel G. "Procesos paralelos en la mediación y la psicoterapia". En: GROVER DUFFY, Karen. *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores*. Editorial Paidós, 1996. Señala cómo se ha descubierto que con frecuencia la mediación es terapéutica, aunque insiste que no debe confundirse con la terapia, así como en que una distinción clara entre las dos intervenciones es esencial para proporcionar un servicio eficaz.

41 En este sentido PARKINSON, L. *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*. Barcelona, España: Editorial Gedisa, 2005. p. 57.

Por lo tanto, la mediación no es un proceso terapéutico lo que no obsta para que se produzcan efectos terapéuticos, pero no es fin perseguido, no es ese el principal objetivo. Al mediador no le está permitido profundizar en el origen y motivos del conflicto hasta el punto de pretender modificar conductas, ideas o emociones de las partes que sean propias de una terapia puesto que una terapia encubierta y no solicitada por las partes es una injerencia inaceptable que denota falta de ética

En conclusión, el rol del mediador no es el propio de un psicólogo ni de un abogado, no es un experto en la materia sobre la que versa la mediación, o al menos no actúa en calidad de tal, y la principal diferencia que encontramos con los profesionales de estas disciplinas es el lugar que ocupa el mediador con respecto a sus clientes. El mediador debe abandonar la situación de poder que le confiere ser un “técnico” para situarse en un plano de igualdad con las partes. Debe evitar actuar como terapeuta, pues no es esa su función. Lo único que puede y debe hacer el mediador es situarse ante las partes en una posición que facilite el acuerdo.

El fin último del mediador no es dar consejo a las partes, ni resolver sus problemas emocionales, tampoco buscar soluciones justas, de acuerdo con su subjetiva valoración de lo justo/injusto. De ahí que el mediador debe realizar un ejercicio de respeto a las partes y a su manera de entender y aproximarse al conflicto sin tratar de interferir, sin imponer sus propios puntos de vista.

b. El mediador como elemento esencial del procedimiento de mediación

En la mediación el eje cardinal del sistema es la figura del mediador. De ahí la preocupación de la Ley por regular de forma detenida las cuestiones relacionadas con su necesaria preparación, condiciones de ejercicio y demás aspectos a lo largo del procedimiento⁴²

42 OTERO PARGA, M. “La ética del mediador” en oc. SOLETO, H (dir): *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*. Tecnos, 2017, págs. 159 a 176. Especialmente en la pág. 160 y ss. Se hace referencia a los deberes del mediador en las distintas leyes de mediación autonómica.

Los principios rectores de su actuación vienen marcados por la Ley y pueden resumirse en los siguientes: Libertad de las partes en conflicto y del mediador para participar en los procedimientos de mediación, igualdad de las partes, imparcialidad, neutralidad, principio de legalidad, deber de no imposición, confidencialidad, protección del bienestar e interés del menor y personas con discapacidad, competencia y ética del mediador, buena fe de las partes en conflicto y del mediador, sencillez y rapidez del procedimiento y otros que, junto con los deberes del mediador en el ejercicio de su profesión, perfilan una actuación reglada de la mediación

Debemos empezar por señalar que en teoría la mediación la puede llevar a cabo cualquier persona dentro de lo que señala la Ley, pero para mediar es preciso contar con ciertos conocimientos o aptitudes. En concreto, deben conocerse las técnicas específicas para la resolución de conflictos. Influyen en la necesaria preparación del mediador aspectos jurídicos además de éticos. Por eso no detenemos en ambos, en lo que señala la Ley como requisitos necesarios para mediar y en lo que la ética, recogida en códigos éticos nos informan sobre qué se espera de la formación y buen hacer del mediador.

La primera condición exigida por la Ley es que ha de tratarse de una persona natural que se halle en pleno ejercicio de sus derechos civiles. Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación deberán designar para su ejercicio a una persona natural. Es preciso que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión.

Se considerará esencial que posean la formación apropiada y que actualicen constantemente sus competencias teóricas y prácticas, teniendo en cuenta las normas o sistemas vigentes de acreditación. En este sentido, la Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles establece la obligación de los Estados miembros de fomentar «la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente».

El tema de la formación del mediador ha sido tradicionalmente un aspecto muy debatido entre los profesionales de la mediación debido en parte a lo novedoso de la profesión y, en consecuencia, a la falta de regulación normativa; y en parte al carácter multidisciplinar, que posibilita acceder a esta profesión desde múltiples carreras de origen, pero todas ellas por sí mismas insuficientes para desempeñar un adecuado ejercicio profesional de mediación.

El ejercicio de la mediación en España se ha regulado hasta hace muy poco mediante leyes autonómicas, siendo variados los requisitos en cuanto al número de horas de formación exigidos por las distintas Comunidades. Muchas de ellas, se han regido por las directrices del Foro Europeo de Mediación, que consideraba que la formación específica del mediador no debía tener una duración inferior a 180 horas teóricas más 40 horas de práctica real supervisada, lo que hace un total de 220 horas.

La reciente Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles regula las cuestiones relacionadas con su preparación, condiciones de ejercicio y demás aspectos que vienen a reforzar la exigencia de imparcialidad del mediador⁴³, aunque tampoco acota específicamente la formación necesaria, sino que establece algunas reglas básicas que logren el objetivo de dotar a los profesionales de la cualificación idónea para practicar la mediación. Así en su artículo 11.2 dice:

“El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional”.

En cuanto a las materias incluidas en los planes de estudio, cualquier programa de mediación debe incluir contenidos en materia jurídica, psicología, técnicas específicas de mediación e información genérica sobre el procedimiento y el rol del mediador.

43 BARONA S. *ob. cit.* págs. 180 y ss.

La propia Ley exige formación acreditada a los mediadores que han de cumplir con unos cursos específicos para poder inscribirse en el Registro de Mediadores correspondiente y dispone que sean el Ministerio de Justicia y las Administraciones públicas competentes, en colaboración con las instituciones de mediación, quienes fomenten y requieran la adecuada formación inicial y continua de los mediadores, la elaboración de códigos de conducta voluntarios, así como la adhesión de aquéllos y de las instituciones de mediación a tales códigos. Como consecuencia de ello, han surgido instituciones que imparten la formación necesaria obligada por la Ley.

El Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, de desarrollo de la Ley 5/2012, establece unos requisitos mínimos de formación para el mediador.

Primero, en cuanto a sus contenidos generales, debe tratarse de formación específica dirigida al dominio de las técnicas de la mediación y el desarrollo del procedimiento de acuerdo con los principios y garantías que establece la ley, en especial respecto a los asuntos que no puedan someterse a mediación, el respeto a los derechos y legítimas expectativas de terceros, así como la responsabilidad del mediador.

Se pretende que los mediadores obtengan conocimientos y habilidades suficientes para el ejercicio profesional de mediación, comprendiendo, como mínimo, en relación con el ámbito de especialización en el que presten sus servicios, el marco jurídico, los aspectos psicológicos, de ética de la mediación, de procesos y de técnicas de comunicación, negociación y de resolución de conflictos.

La segunda cuestión se refiere a la distribución de esa formación de carácter teórico o práctico, queriéndose destacar la importancia de las prácticas como parte necesaria de la formación del mediador a las que se deben dedicar al menos, un 35 por ciento del de la duración mínima de 100 horas de docencia efectiva.

Es también una obligación para los mediadores la formación continua que se deberá realizar mediante una o varias actividades, de carácter eminentemente práctico, al menos cada cinco años, las cuales tendrán una duración total mínima de 20 horas.

La formación específica de los mediadores, incluida su formación continua, se habrá de impartir por centros o entidades de formación, públicos o privados, que cuenten con habilitación legal para llevar a cabo tales actividades o con la debida autorización por la Administración pública con competencia en la materia.

Respecto de la formación previa del mediador, dado que el conflicto es un proceso muy complejo, ninguna disciplina o profesión puede considerarse como la única indicada para la conducción y resolución del mismo. Sin embargo, hay unas profesiones más afines que hacen que en la práctica actúen como mediadores generalmente abogados, psicólogos, educadores sociales, o trabajadores sociales. En la práctica, de hecho, generalmente actúan como mediadores abogados, psicólogos, así como técnicos de acuerdo con la materia de que se trate. De esta forma, tiene sentido que en una mediación relacionada con cuestiones del ámbito de la construcción hubiera un arquitecto, o cualquier otro profesional conocedor de este ámbito que podrán estar actuando como mediadores o co-mediando, en su caso, junto con otros profesionales. Es evidente además, que los conocimientos jurídicos del mediador aportan claros beneficios al buen desarrollo de la mediación, especialmente en lo que afecta al conocimiento de las normas de orden público que deben tenerse en cuenta a lo largo del proceso dirigido a la posible homologación del acuerdo de mediación.

Lo anterior no supone que el mediador deba ser un experto en la materia objeto del conflicto, no está ahí como técnico, pero es evidente que las técnicas de la mediación serán más efectivas si el mediador conoce la materia sobre la que versa el conflicto porque le resultará más fácil ayudar a las partes, al poder entender mejor el conflicto y las pretensiones de las partes. Se sentirá también más cómodo haciendo las preguntas que sean necesarias.

El mediador se asegurará de que posee la formación y la competencia necesarias para mediar en el caso concreto antes de aceptar su designación. A petición de las partes, el mediador proporcionará a las mismas la información relativa a su formación y experiencia.

Por último, al mediador se le suponen ciertos rasgos de la personalidad como la creatividad, la flexibilidad o la tolerancia, que son

fundamentales para poder desarrollar la labor que le corresponde, aunque es cierto que existen claras dificultades para objetivar este tipo de cuestiones que tienen que ver con capacidades naturales. Pensemos que el proceso de mediación debe estar adaptado a cada caso particular. No existen dos mediaciones iguales. Cada situación es única y cada persona tiene unas peculiaridades que la diferencian del resto. Por tanto, el mediador tiene que tener una actitud flexible que le permita adaptarse a las necesidades de cada cliente. Asimismo, debe ser tolerante, pues trabajará con personas que tienen su propio funcionamiento, sus propios principios y valores, y que en ocasiones pueden distar enormemente de los suyos.

La flexibilidad será lo que permita al mediador adaptarse a la diversidad de personas con las que va a trabajar, teniendo en cuenta su nivel socioeconómico y cultural, los distintos lenguajes y maneras de expresarse de los mediados, los diferentes intereses y objetivos de vida, las creencias religiosas o ideas políticas. Debe ser capaz de enfrentarse a las diferentes situaciones con las que se va a encontrar, y dar respuesta sin perder el objetivo que persigue.

Hay otras aptitudes que debían corresponder a quién actúa como mediador tales como la empatía o la capacidad de comunicación desde una perspectiva amplia. Comunicar, en este caso, se puede traducir no tanto como intercambio de información, sino de una manera más amplia que incluye la comunicación no verbal, así como la escucha activa y el saber crear los silencios necesarios desde una posición abierta en la que se colabore a crear un clima favorable a la toma de acuerdos. El mediador debe, además, ser creativo y tener confianza en el proceso⁴⁴.

Asimismo, el mediador debería responder a un perfil de persona segura, que se sienta bien en su lugar para poder transmitir a los mediados que posee la capacidad de entenderles y ofrecerles la

44 DIEGO VALLEJO, R, GUILLEN GESTOSO, C *ob. cit.* págs. 75 y ss. Enumera los siguientes puntos: Sentido del humor; humanidad; modestia, sencillez y naturalidad; capacidad de escucha activa, comprensión y paciencia; dotes de comunicador; convicción en lo que hace; persuasión; discreción; prudencia; ecuanimidad; sobriedad y ejemplo; capacidad de ver más allá de lo evidente; observación cuidada; poco apego al pasado, desarraigo; ética, integridad por encima de todo.

ayuda que vienen a buscar en el proceso de mediación. También debe tener empatía, es decir, capacidad para comprender las preocupaciones y problemas de las personas mediadas y ser capaz de transmitirles dicha comprensión.

El mediador no juzga ni aconseja, pero intenta captar los sentimientos que hay detrás de las palabras de los mediados. Debe favorecer un clima de acogida, cálido y de serenidad, para que los mediados sepan que pueden tomarse su tiempo y sentirse en un espacio que les proporcione tranquilidad para poder tomar sus propias decisiones.

c. Características de su función

La mediación es un procedimiento cuya principal característica es que hace recaer la solución del conflicto en las partes y no en el mediador. La definición del rol del mediador es una cuestión fundamental para entender la justificación última de la mediación. De lo que se trata es de que sean las partes quienes resuelvan el conflicto, que éste no venga impuesto desde fuera. Lo que coadyuvará a su más fácil cumplimiento. De ahí que el mediador debe ocupar un papel determinado, dejar protagonismo a las partes, actuar con imparcialidad y mantener una posición neutral.

El mediador debe respetar en su actuación una serie de principios que son los propios del procedimiento de mediación: Libertad de las partes en conflicto y del mediador para participar en los procedimientos de mediación, igualdad de las partes, imparcialidad, neutralidad, principio de legalidad, deber de no imposición, confidencialidad, protección del bienestar e interés del menor y personas con discapacidad, competencia y ética del mediador, buena fe de las partes en conflicto y del mediador, sencillez y rapidez del procedimiento y otros que, junto con los deberes del mediador en el ejercicio de su profesión, perfilan una actuación reglada de la mediación

En muchos casos, especialmente en aquellos en que el mediador proviene de una profesión en que se acostumbra a asesorar a las partes, es posible que éste tienda a aconsejar a las partes, a proponer

la solución que le parece más adecuada, puesto que mantener una posición neutra respecto del conflicto es extremadamente complicado. De ahí que sea preciso trabajar para lograr la aptitud del mediador que se espera en este tipo de procesos.

El mediador en ningún caso decidirá por ellos, ni hará de juez o árbitro en el proceso. El fiel desempeño de su función, tal y como está concebida, garantiza que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, y que puedan llegar por sí mismas a un acuerdo, no pudiendo el mediador actuar en interés o en perjuicio de ninguna de ellas.

El mediador debe ser independiente. Esta es una premisa fundamental. A estos efectos, la Ley 5/2012 contempla la obligación del mediador de no iniciar o abandonar la mediación cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad, así como revelar cualquier circunstancia que afecte o pueda afectar a su independencia o bien crear un conflicto de intereses.

La ley enuncia algunas circunstancias que quedarían incluidas en todo caso:

- a) Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes.
- b) Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación.
- c) Que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.

En tales casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación cuando asegure poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente.

El deber de revelar esta información permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación.

El Código de conducta europeo para mediadores va más allá en esta obligación y señala que el mediador no debería solo actuar imparcialmente con las partes en todo momento, sino también esforzarse en demostrar su imparcialidad⁴⁵.

El mediador debe mantener la imparcialidad entre las partes, no tomar partido por ninguna de ellas. Esto implica que el mediador no da opiniones, ni soluciones, ni consejos, ni recetas; tan sólo acompaña a sus clientes en el proceso para que sean ellos mismos quienes encuentren la mejor solución a sus conflictos. El mediador debe trabajar para lograr este fin ayudando a las partes a definir el objeto del conflicto. Es un mero canal de la comunicación que debe ayudar a las partes a negociar y alcanzar ellas mismas una solución.

Para complicar más aún la situación, debemos advertir que las partes intentarán, en la inmensa mayoría de los casos, poner al mediador en un nivel superior, para que decida por ellos o para hacer alianzas con él frente al otro. Si como mediadores diéramos nuestra opinión, esta sería tomada como una obligación, como un deber, y el acuerdo que pudieran alcanzar no estaría construido bajo sus propias voluntades, sino inducido por la autoridad del profesional.

En su función el mediador, además de imparcial respecto a las partes, debe ser neutral en relación con el conflicto sin que haya lugar para su opinión sobre el modo en que éste debe resolverse, de manera que la solución por vía de mediación sólo puede llegar a través de un acuerdo voluntariamente consentido por ambas partes, por si mismas, sin que el mediador esté facultado para decidir ni pueda imponer a las partes ninguna clase de solución o medida concreta. A su vez, implica que el mediador, independientemente de su opinión, debe hacer un esfuerzo por situar a las partes en una posición equilibrada desde la que defender sus intereses.

Esto implica límites a la hora de expresar opiniones respecto del conflicto, y exige evitar que el mediador plantee la solución al conflicto. El mediador no puede situarse en un papel activo ni debe animar a las partes a resolver “su” conflicto en un sentido u otro

45 El Código de conducta europeo para mediadores fue aprobado en julio de 2004. Puede verse en ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf

distinto. Esto exige un esfuerzo por parte del mediador que deberá necesariamente controlar su tendencia natural a ponerse de parte, a dar su opinión desde un prisma personal, basado en percepciones subjetivas y formas propias de entender el mundo. Debe evitar cualquier pensamiento que le lleve a valorar la conducta de las partes. Esto es casi imposible puesto nuestro inconsciente descansa sobre determinados principios y valores que están programados y que hemos adquirido por el solo hecho de pertenecer a una cultura. Los cuales nos conducen a hacer interiormente juicios de valor con respecto a cualquier situación de la vida cotidiana.

A lo anterior debemos añadir la posible deformación profesional que arrastramos por nuestras carreras de origen y nuestra propia experiencia personal, que hacen extremadamente complejo mantener la neutralidad. Y esta es una de las grandes dificultades a las que se enfrenta el mediador. Por todo ello, el mediador debe poseer un alto grado de autoconocimiento, tiene que estar atento a sus propias sensibilidades y estados emocionales para poder discriminar entre el mundo interno y el mundo externo. Debe saber cuándo una situación le sobrepasa y no puede enfrentarla, pudiendo buscar un espacio de supervisión o incluso, llegado el caso, tener que derivar la mediación a otro profesional o buscar un comediador.

En la práctica lo anterior se traduce en que el mediador no podrá dar opiniones ni se inclinará por ninguna de las versiones que expongan los mediados, evitando en todo momento establecer alianzas con alguno de ellos. Deberá, por el contrario, legitimar las diferentes posturas de sus clientes por igual, independientemente de quién crea que tiene la razón. Y no sólo eso, deberá también hacer que las distintas partes consigan legitimarse unas a otras y equilibrar de esta manera las posibles diferencias o desequilibrios de poder que, por diversas causas, pueda haber entre ellos.

De esta forma, una posición dominante o la existencia de cualquier traza de violencia, amenaza o intimidación impide que se celebre una mediación. De ahí que podamos entender que no es posible la mediación en casos de violencia de género, precisamente porque se rompe el principio de igualdad entre las partes.

En definitiva, el mediador no debe forzar salidas al conflicto. Se trata de que plantee preguntas para que ambas partes puedan llegar a acuerdos favorables. El lugar del mediador es el de prever, conocer, saber y entender por dónde van los usuarios para decodificar el conflicto. Debe comprender la complejidad de las partes, su funcionamiento, debe saber interpretar los síntomas corporales y los emocionales; entender qué pasa con sus patrimonios, con sus derechos y sus relaciones; debe trabajar sobre las diferencias de cada uno y destacar las coincidencias; definir las necesidades y deseos, los intereses y las preocupaciones de cada uno; debe tener en cuenta los aspectos sociales y culturales que influyen.

d. Responsabilidad

La cuestión de la responsabilidad que asumen los mediadores está recogida en el artículo 14 de la Ley 5/2012 y tiene efectos desde la aceptación de la mediación, pues ésta, según dicho precepto

“obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren. El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores. La responsabilidad de la institución de mediación derivará de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben”.

A estos efectos el mediador está obligado por la Ley a suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga (artículo 11.3).

El Real Decreto 980/2013 introduce además la obligación de aseguramiento de la responsabilidad de las instituciones de mediación a que se refiere el artículo 14 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, y que podrá derivarse bien de la designación del mediador bien del incumplimiento de las obligaciones que les incumben.

El Real Decreto finalmente establece que la institución de mediación habrá de asumir solidariamente con el mediador la responsabilidad derivada de la actuación de éste para garantizar de forma efectiva la previsión establecida en la ley que otorga al perjudicado

acción contra el mediador y la institución de mediación que corresponda, con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores.

La publicidad de los mediadores está muy relacionada con la responsabilidad. Se lleva a cabo a través de un Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, previsto en La Ley de mediación 5/2012, dependiente del Ministerio de Justicia, con el que se pretende facilitar la transparencia en la actuación mediadora. El Registro no sólo comprende los mediadores, sino también las instituciones de mediación. Su objetivo es facilitar la publicidad y la transparencia de la mediación, dando a conocer a los ciudadanos los datos relevantes que se refieren a la actividad de los mediadores profesionales y las instituciones de mediación. Aunque la inscripción en el Registro es voluntaria, se hace imprescindible en la práctica puesto que tal inscripción permite acreditar la condición de mediador, que plasmada en el acta inicial de una mediación será objeto de comprobación tanto por el notario que eleve a escritura pública el acuerdo de mediación, como el juez que proceda a la homologación judicial de tales acuerdos.

5. TÉCNICAS APLICABLES AL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

La mediación se caracteriza por utilizar ciertas técnicas orientadas a la resolución de conflictos, que provienen del ámbito de la psicología y la negociación. Expondremos las distintas fases del proceso y las técnicas de mediación que más comúnmente se aplican, a cada una de las fase del proceso. Algunas se utilizan en distintas fases, se considera comodín, o según se vaya desarrollando la mediación, puede ser, o no, necesaria la aplicación de alguna de ellas o su extensión. Todo ello porque la mediación es un proceso flexible y cada caso requerirá la adaptación de las técnicas con que cuenta el mediador de la manera que convenga⁴⁶.

Con carácter previo hacemos algunas aclaraciones:

En primer lugar, que el mediador debe acercarse al conflicto desde la óptica de que cada conflicto es único, y forma parte de sus obligaciones tratar de comprenderlo, descifrar los distintos elementos que lo componen, tratar de asimilar la situación de cada parte, ponerse en el lugar de éstas con empatía. Solo se puede actuar como mediador en un proceso si éste se trata de comprender en toda su amplitud.

46 FISHER propone en lo años 80 un método para la negociación colaborativa basado en los siguientes puntos. Distinguir las personas del problema; identificar los intereses subyacentes a las posiciones; establecer un diálogo para identificar las diferentes opciones de acuerdo; utilizar criterios objetivos; tener en cuenta las alternativas fuera de la actual negociación y desarrollar las propias. Los vamos a ir desarrollando en las siguientes páginas de este trabajo. FISHER W Y URY W. *Getting to yes. Negotiating agreement without giving in* New York, Penguin book 1983.

En segundo lugar, la mediación se centra en la comunicación a través de sus dos variables: lo que se expresa verbalmente de manera explícita, y lo que se comunica de forma no verbal, mediante actitudes. El mediador debe centrar su atención, desde el inicio de la mediación, también en toda aquella información que le llega a través del lenguaje no verbal, para conocer el estado del conflicto⁴⁷. Esto incluye examinar las posturas, los silencios, todo aquello que no se comunica de manera verbal y expresa. Es especialmente importante la voz, (tono, velocidad, altura...); la expresión facial, en la que hay que prestar atención a la postura de las cejas, la boca y la nariz⁴⁸; la mirada⁴⁹; la zona proxémica, o distancia que mantiene cada parte con sus interlocutores; la postura y, en general, los gestos⁵⁰.

También el mediador debe preocuparse por la manera en que comunica. Es preciso que sus mensajes sean claros y concisos, así cómo que se asegure de que su mensaje ha sido recibido de forma adecuada. Deben cuidarse la vocalización, el tono, el énfasis que se da a las cuestiones que se quieren resaltar, y el mediador debe intentar adaptar su mensaje al nivel cultural de su interlocutor.

En tercer lugar, la mediación, lo que pretende, en definitiva, es que el intercambio de comunicación permita a cada uno lograr sus objetivos, si bien no todos asumen las mismas posiciones. De hecho

47 DIEGO VALLEJO, R, GUILLEN GESTOSO, *C. ob. cit.* págs. 114 y ss. Tan solo el 7 por 100 de los impactos de la conducta comunicativa se debe a la palabra escrita; el 55 por 100 resulta de la expresión del rostro mientras que el 38 por 100 viene de la voz.

48 DIEGO VALLEJO, R, GUILLEN GESTOSO, *C. ob. cit.* págs. 115. Cejas levantadas y curvadas indican sorpresa; levantadas y juntas: miedo; bajas, con el párpado hacia abajo asco y con el ángulo interior levantado, tristeza. La boca abierta y labios tensos: miedo; mandíbula inferior caída sin tensión o ensanchamiento de la mandíbula: sorpresa; labios abiertos y tensados, en forma casi cuadrada: ira o enojo; sonrisa relajada: tranquilidad y alegría. La nariz arrugada indica desagrado y las aletas muy dilatadas excitación o enorme interés.

49 En la postura debemos analizar la inclinación del cuerpo (hacia delante o hacia atrás); el cruce de brazos y piernas; la cabeza baja, mirando al suelo. DIEGO VALLEJO, R, GUILLEN GESTOSO, *C. ob. cit.* págs. 116.

50 Podemos fijarnos en: asentimiento con la cabeza; taparse la mano con la cabeza; rascarse la cabeza o la ceja; tics nervioso; encogerse de hombros; modo de estrechar la mano; gesticular mucho. DIEGO VALLEJO, R, GUILLEN GESTOSO, *C. ob. cit.* págs. 116

se suele distinguir entre negociadores blandos y duros, que representan los extremos. El primero más dispuesto hacer concesiones y evitar el conflicto, y el duro que opta por asumir posturas muy extremas para conseguir en logro de sus objetivos. Entre ambas posturas caben muchas intermedias. Y la obtención del acuerdo conlleva en la mayoría de los casos que sea preciso hacer cesiones. Nos remitimos a las actitudes iniciales de las partes a las que hacíamos referencia al tratar sobre el conflicto.

Una cuestión previa en cualquier negociación es determinar algunos aspectos, como el nivel de aspiración de las partes, sus objetivos realistas, desde el optimismo, y desde el otro lado, lo que sería el mínimo aceptable de cada parte. Es decir, hasta donde está dispuesta a llegar cada parte para lograr un acuerdo. El tener claro cuál es nuestro mínimo aceptable nos hace auto imponernos un límite que nos hemos señalado a nosotros mismos como infranqueable. Tiene de positivo que nos protege de un mal acuerdo, y de negativo que nos lleva a ser mucho más rígidos y dificultan el diseño de nuevas posibles alternativas. Nos coloca en el mundo de las posiciones frente al de los intereses.

En una compraventa, por ejemplo, el límite viene marcado por el precio de reserva, que es la cantidad mínima de venta para el vendedor y el máximo de compra para el comprador. No siempre tiene un contenido económico, puede relacionarse con otras cuestiones, por ejemplo, labores a realizar o derechos de visita. La zona que permite un acuerdo, ZOPA, se sitúa entre ambos y, en la negociación, cada parte tratará de conocer el precio de abandono de la otra. El MAAN, es la mejor alternativa a un acuerdo negociado, o dicho de otra forma, serían las opciones que tiene cada parte fuera de esa negociación, sin acuerdo de la otra parte, es decir, las alternativas.

Hay otras cuestiones a las que hacemos referencia con carácter previo, que tienen que ver con las técnicas que se utilizan en un proceso de mediación.

Primero las mediaciones se preparan, la sesión informativa ha dado al mediador la oportunidad de encontrarse con las partes y debe reflexionar, sobre cuál debe ser la manera de comunicarse con

las partes para conseguir un mejor clima en el que desarrollar la mediación. Para ello tendrá en cuenta cuestiones como el nivel sociocultural de las partes, el grado de animadversión que parezcan tener entre sí, así como cualquier otra cuestión que haya podido advertir, tanto a través de la comunicación verbal como no verbal con las partes.

También debemos estar atentos a la disposición del ambiente. Es aconsejable crear un ambiente informal, preferiblemente sin mesas o con una mesa con tapa de cristal. Es preciso contar siempre con una pizarra o algo similar y un reloj visible.

El factor tiempo en mediación es una cuestión fundamental que el mediador deberá tener en cuenta. Por eso, desde un principio, el mediador debe tratar de averiguar en qué momento está el conflicto, así como en qué momento están las partes respecto del conflicto. Como se ha señalado, los conflictos pasan una serie de fases y el nivel de tensión que les acompaña no es siempre el mismo. Así un conflicto se gesta y se va desarrollando a lo largo del tiempo con momentos de más calma y otros más complicados.

Es importante la intervención para tratar de resolver conflicto durante los primeros tiempos, porque en los conflictos, como se ha señalado, podemos observar un comportamiento típico que se caracteriza por la escalada de los mismos, que viene a agravar el problema, incrementar en muchos casos el número de personas involucradas en el mismo y dificultar la búsqueda de soluciones.

Pero no sólo debemos conocer el momento por el que atraviesa el conflicto, sino también cómo lo percibe cada parte y el momento subjetivo relativo de cada una de ellas respecto del conflicto.

Respecto a la percepción, es posible que una de las partes esté muy afectada por el problema y la otra ni siquiera es consciente de que existe. Lo mismo ocurre con lo que denominamos como temporalidad emocional. Hasta que el conflicto estalla es probable que éste se haya ido fraguando a lo largo de un periodo de tiempo pero que las partes no hayan sido conscientes del problema en el mismo momento. Supongamos por ejemplo que en una empresa uno de los socios considera que trabaja mucho más que el otro y esta idea

va tomando conciencia en él sin que el otro socio se haya percatado del problema. Cuando el socio descontento evidencia el problema es posible que lo haya elaborado y sin embargo es algo nuevo para el otro socio que vivía ajeno esa realidad. Probablemente entonces se dará cuenta de las quejas que de una manera u otra el socio descontento vino expresando y a las que quizá no le diera la importancia que tenían. Es muy típico que para una de las partes el conflicto comience mucho antes que para la otra, están entonces el momento temporal diferente, lo que conlleva que su aproximación al conflicto sea también muy distinta.

Si las partes llegan a la mediación en dos momentos muy diferentes, el mediador ser consciente de ello para tratar de equilibrar la situación

Por último, hay ciertas reglas que podríamos clasificar como de organización de la mediación y que deben tenerse en cuenta. Cada mediador las determinará de manera clara. Tienen que ver con la duración de las sesiones, la puntualidad, el respeto entre las partes, sin que se pueda interrumpir a quién está utilizando su turno y cualquier otra cuestión que el mediador considere relevante para el desarrollo del proceso

Veamos el proceso, cómo se desarrolla y en qué momento son útiles las técnicas de mediación:

1. CÓMO EMPEZAR A RECIBIR LA INFORMACIÓN. RESUMEN INICIAL

Es fundamental saber cómo recoger la información que afecta al conflicto. En una primera sesión informativa ya obtenemos algunas ideas sobre el problema que se nos presenta.

El mediador puede empezar preguntando a las partes si conocen lo que es la mediación y si han tenido alguna experiencia previa, continuar resaltando la oportunidad que presenta la mediación para resolver los conflictos, dependiendo del caso el mediador insistirá en el factor tiempo, en el económico o en otro. Y proseguir señalando lo evidente, esto es, que las partes están ahí porque tienen un conflicto. Entonces el mediador tratará de legitimar los senti-

mientos de las partes, diciendo que comprende el dolor o la molestia que puede suponerles enfrentarse a esa situación. Y de esta manera también lo normalizará⁵¹. Es conveniente finalizar felicitando a las partes porque han tomado la decisión de acudir a mediación e insistir en que la decisión misma de acudir a mediación es ya una muestra del deseo de resolver el conflicto⁵².

En la fase inicial, nos podemos encontrar con ciertas dificultades.

El mediador debe hacer lo posible para crear un entorno de confianza, donde todos pueden expresar con libertad sus ideas y opiniones, además de evidenciar el respeto a las partes. Aún así, es posible que las partes presenten ansiedad y miedo ante una nueva situación, lo que a su vez les lleve a una inicial resistencia a participar en la mediación. Puede ayudar ante esta situación, presentar la mediación como algo gradual, de manera que el proceso se divida en partes o pasos que ayuden a las partes a ganar confianza conforme avance la mediación⁵³.

Insistimos en que es obligación del mediador trasladar a las partes algunas de las ventajas de la mediación para que éstas lo interioricen y superen las posibles reticencias iniciales que puedan tener. También debe recordarles qué tipo de principios son aplicables en la mediación, adaptando el lenguaje al nivel cultural de las partes. Recordarles su carácter voluntario, y la confidencialidad de lo ahí tratado. Es evidente que comenzar una mediación conlleva para las partes un esfuerzo y está bien que el mediador lo valore, pues ayuda a legitimar a las partes.

51 La normalización es una técnica que se puede utilizar en distintos momentos. En la fase inicial, para que las partes rebajen la tensión que les produce acudir a la mediación. Se puede trasladar a las partes que la tensión que sienten es normal y que la mediación les va a ayudar a resolver el conflicto, que es lógico y natural que les produzca tensión. Eso es normalizar. Traer el conflicto a la realidad y evitar que las partes, por la tensión que éste le crea, lo expandan de forma desproporcionada.

52 CALCATERRA, R. A. *Mediación Estratégica*. Barcelona: Gedisa, 2002, propone en ese sentido trasladar a las partes lo siguiente: *“quiero felicitarlos porque lo primero que informan las personas que llevan sus diferencias a mediación es que quieren resolverlas actuando de forma activa y colaborativa sin que otros resuelva por ellas porque el poder de decisión, en mediación, lo tienen las partes”* pág. 166.

53 CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M. C. *Manual de especialización en mediación civil y familiar*, Aranzadi, 2018, pág. 26

Además, el mediador definirá para las partes un ámbito y espacio de la mediación, más dirigido al presente y al futuro que al pasado. Les explicará cuál es su función, así como la posición neutral que debe mantener. Y señalará cuáles son las reglas de la mediación, entre ellas, la duración de las sesiones, las normas sobre puntualidad y cancelación de las mismas. El mediador aclarará cualquier duda acerca del proceso que pueda surgir en las partes.

Nuestra primera intervención una vez constituida la mediación va a ser la de hacer un resumen sobre la información que ya tenemos y vamos a pedir a las partes que nos aclaren si esa información es correcta, que incluyan sus correcciones, que amplíen lo que sea necesario y aporten todas las consideraciones para dejar claro cuál es la visión inicial de cada uno de ellos respecto del conflicto⁵⁴.

Las partes van a explicar cuál es, desde su punto de vista, el conflicto. El mediador va a invitar a cada parte a hablar sobre el conflicto y lo que le ha llevado a la mediación. La realización de preguntas por parte del mediador ayudará a que las partes centren su exposición. En esta fase de la mediación, tratamos de acotar la exposición de las partes. Para ello, podemos utilizar algunas preguntas. CALCATERRA⁵⁵, plantea una estrategia basada en las siguientes tres preguntas para esta situación: “¿Qué quiere resolver?. ¿Para qué lo quiere resolver? ¿Qué soluciones intentaron”.

Generalmente se va a plantear una aproximación al problema muy subjetiva haciendo a la otra parte responsable del mismo. Por eso es importante tratar de objetivar el conflicto y separarlo de las personas, desde esta etapa inicial⁵⁶. Ambas partes intentarán inevi-

54 A lo largo del proceso se van a volver a utilizar los resúmenes con el objeto de clarificar lo que han dicho las partes, recopilar la información que tenemos hasta el momento y tratar de clarificar algunos puntos si es preciso.

55 CALCATERRA, R. A. *Mediación Estratégica*. Barcelona: Gedisa, 2002. Pág. 175 y ss. Con el uso de estas preguntas entiende que se tiende a situar a las partes en un contexto en el que los dos demandan, evitando la polaridad actor-demandado.

56 *Ibíd.* Este autor plantea decir algo así a estos efectos “ *Resulta obvio que si ustedes está aquí es porque tiene diferencias y experimentan un cierto grado de frustración y molestia con el otro, pero esos sentimientos son normales, causados por el verdadero problema que no son ustedes sino el conflicto que vamos a poner aquí sobre la mesa*”. Pág. 165

tablemente ganarse el favor del mediador, por lo que ajustarán su historia, muchas veces de manera inconsciente, buscando alianzas o al menos la simpatía de mediador.

El mediador debe tratar de equilibrar a las partes desde un principio, evitando que una de las partes actúe desde una posición dominante. A esos efectos el mediador suele establecer turnos de palabra y va preguntando de manera secuencial. El mediador insistirá en las partes no se pueden interrumpir y deben respetar el turno de palabra. Ambas partes deben tener las mismas posibilidades de expresarse y deben sentirse escuchadas, de manera que ninguna de ellas tenga la sensación de que la otra tiene un trato de ventaja. Lo que dificultaría enormemente continuar la mediación.

Las partes no pueden percibir ningún tipo simpatía o alianza del mediador con la otra y deben tomar consciencia, desde este primer momento, que ellos son los protagonistas de la mediación. Qué ellos serán los que decidan, con la coordinación y ayuda del mediador, sobre cómo resolver sus conflictos. Por eso, en esta exposición inicial se debe incidir en el carácter colaborativo de la mediación, en la flexibilidad del proceso, en el hecho de que entre todos van a trabajar para identificar los problemas, fijar las posiciones de cada parte y analizar los intereses reales que subyacen a éstos problemas. Y también en el hecho de que son las partes quienes van a llegar, en su caso, al acuerdo de mediación.

En definitiva, en esta primera fase, se trata de explicar el procedimiento a las partes o interesados (que el mediador no es un juez y que su papel es facilitar la comunicación para intentar alcanzar un arreglo; que todo lo dicho durante la mediación es confidencial, etc.); Establecer las reglas, entre otras, destacar que los interesados no pueden interrumpir durante la exposición del otro, que pueden utilizar notas, etc.; Asegurar que las partes están cómodas con el mediador y el proceso en sí; Establecer expectativas realistas del procedimiento de mediación y obtener el compromiso de los interesados para someterse a dicho procedimiento⁵⁷.

57 CRIADO, A. "El procedimiento de mediación en el ámbito inmobiliario" En PEREZ-UGENA M. *Arbitraje y mediación en el ámbito arrendaticio* Tecnos, 2017. pág

2. ESQUEMA Y PLAN DE TRABAJO

Una vez determinada la base del conflicto, realizaremos un esquema y haremos un plan de trabajo.

En ese plan, que se recoge la llamada agenda de trabajo, hacemos constar los aspectos más relevantes sobre los que vamos a querer trabajar. Puede ser que la agenda recoja unos objetivos más específicos o también que se oriente a cuestiones más generales. La definición de la agenda va depender de qué es lo que las partes quieran trabajar en la mediación. Son las partes las que definen la agenda y quienes deciden qué temas quieren tratar con carácter previo, aunque el mediador puede aportar soluciones para definir un orden de trabajo. Hay distintas estrategias para elaborar la agenda, primero el tema más fácil y continuar por los más difíciles o que las partes elijan alternadamente, o ir incluyendo las cuestiones según hayan ido apareciendo en la conversación⁵⁸.

3. PROFUNDIZAMOS EN EL PROBLEMA

Vamos a profundizar en el tema siguiendo el plan previsto en la agenda de trabajo. En este momento, fase a la que se denomina “cuéntame”, el objetivo es que las partes se hagan conscientes de lo que la otra siente para que pueda producirse una mayor empatía entre ellas.

El mediador debe tratar de crear un ambiente que favorezca la comunicación entre las partes, de manera que podamos entender mejor el conflicto desde distintas perspectivas y con todos sus ma-

203. La autora propone algunos ejemplos de posibles preguntas en esta fase: “¿Han intervenido antes en una mediación? ¿Quién les recomendó la mediación? ¿Tienen ustedes alguna pregunta? ¿Les ha quedado claro lo que es el proceso de mediación? ¿Cómo les gustaría que fuera la comunicación entre ustedes? ¿Se comprometen en la medida de lo posible a respetar el turno de palabra y no utilizar expresiones descalificantes? A veces esto es complicado, pero ¿Puedo contar con su colaboración en ese sentido? ¿Han traído ustedes el acta de inicio de mediación? ¿Tienen alguna pregunta al respecto? ¿Están sus abogados al corriente del inicio de esta mediación?”

58 CALCATERRA, R. A *ob. cit.* Este autor entiende que la mejor estrategia es la que asegure el máximo impulso al procedimiento.

tices, tanto el mediador como las partes, a través de la escucha de la versión que da la otra parte. Se trata también de que nos vayamos centrando en los intereses y nos separemos del estado inicial de posiciones, que avancemos hacia lo que realmente queremos. Y, de otra parte, trataremos de ver el conflicto como algo objetivo y ayudaremos a las partes a despersonalizarlo. Ver el conflicto “ desde fuera” nos sitúa en una posición mucho más favorable en la búsqueda de soluciones

El mediador anima a la partes a que cuenten lo que ha ocurrido desde su perspectiva. En este momento no estamos buscando soluciones, si no que nos adentramos en el conflicto dejando que las partes se expresen de una manera menos dirigida, aunque podemos hacer uso de las técnicas propias de la mediación, mediante la formulación de preguntas, la escucha activa, haciendo resúmenes, legitimando a las partes y, en definitiva, haciendo lo posible para crear un ambiente que mejore la comunicación⁵⁹.

Es fundamental que el mediador escuche con atención sus argumentos pese a que no los comparta, de manera que las partes se

59 CRIADO A, *ob cit.* Págs.. 209 a 220 La autora plantea algunas posibles preguntas para esta fase: *¿Quién quiere empezar; ¿Qué les ha traído aquí?; ¿Qué esperan de la mediación?; ¿Cuándo comenzó el conflicto?; ¿Cómo era la relación antes del conflicto? ¿Quién solicitó la mediación? ¿Qué temas le preocupan; ¿Que le embarguen? ¿El mal ambiente que ha generado su deuda, enemistando a sus hijos con los demás niños?; ¿Cuál es su punto de vista sobre la forma en que se ha llevado este tema? ¿Qué significa para usted el que a su familia le dé apuro cruzarse con los demás vecinos? ¿Qué sería par usted importante lograr en este proceso de mediación, respecto a tu futura relación de vecindad con la comunidad? En caso de juicios negativos sobre la otra parte: “O sea, lo que Ud. dice es Ud. se ha sentido muy (ofendido, dolido, asustado, disgustado, etc...) porque la otra parte ha hecho / dicho En caso de interrupciones: “Disculpe Sr. A, necesito terminar de escuchar al Sr. B para poder comprender mejor el asunto. Pero lo que Ud. tenga que decir me parece muy importante. Por ello, le pido que anote sus comentarios u objeciones para que me las pueda transmitir cuando termine de hablar el Sr. A.” En caso que una parte quiera avanzar a una fase posterior, p.ej. para proponer o negociar soluciones: “Esto que menciona Ud. me parece importante pero le pediría que lo anote, ya que voy a tratarlo en un punto posterior de la mediación y no quisiera que esto que Ud. menciona se olvide”. Estos son los temas que les preocupan o por el motivo que están aquí. Suponiendo que encontráramos una forma para estos temas se solucionen a entera satisfacción de A y a la vez a entera satisfacción de B, ¿tendríamos un acuerdo global? ¿O sería para ello necesario agregar algún otro tema? Usted dice que quiere ¿Por qué lo quiere? ¿Para qué lo quiere?*

sientan con derecho a defender sus posiciones sin tener que recibir una crítica por ellas.

Vemos a continuación algunas de las cuestiones, técnicas y estrategias que puede utilizar el mediador dentro de un proceso típico.

El mediador debe estar atento a varias cuestiones. Primero, que las partes estén en posición de equilibrio y, segundo, tratar de que se separen las personas del problema. Esto es, objetivar el problema en el mayor grado posible. Así como enfocar a las partes hacia el futuro.

a. Equilibrio de posiciones

Para que una mediación pueda producirse es preciso que haya un mínimo equilibrio en las posiciones de las partes, más que una técnica es una condición a la que está sujeta la mediación.

En algunos casos el dominio de una parte sobre la otra es tan evidente y se produce en un grado tan elevado, que directamente no permite la mediación. Así ocurre, por ejemplo, en el supuesto de violencia de género, en el que, como consecuencia del claro desequilibrio entre las partes no es viable tratar de resolver el problema a través de una mediación.

Fuera de los casos más extremos, que se daría en los supuestos de maltrato o enfermedad mental incapacitante, debe ser el mediador quién ante cada situación determine si existe un equilibrio suficiente que permita llevar a cabo la mediación.

Si existe un cierto desequilibrio que no es determinante para poner fin a la mediación, el mediador deberá trabajar equilibrando las posiciones de las partes. Siempre habrá diferente grado de poder entre las partes pero se trata de que no exista un poder absoluto de otra o un desequilibrio tan fuerte que impida la mediación. Puede ocurrir por ejemplo que una de las partes tenga conocimientos técnicos avanzados sobre la materia objeto del conflicto y la otra no, y esto le haga sentirse en una posición inferior. Es trabajo del mediador hacer en este caso que la parte con menor conocimiento se sienta respaldada y más segura, explicando por ejemplo los aspec-

tos que sea necesario entender mediante un lenguaje más adecuado a sus conocimientos

Aquí la función del mediador no es tanto evitar que haya desequilibrio entre las partes sino permitir que en ese desequilibrio las partes puedan encontrarse libres para llegar acuerdos, de manera que un cierto desequilibrio no impida la celebración de una mediación en condiciones de igualdad

b. Evitar que el problema deje de ser algo objetivo y se centre en las personas

Es posible, y así lo señalamos al tratar sobre el conflicto y las consecuencias de la escalada, que las partes dejen de percibir el problema como algo objetivo y lo centren, no en el conflicto sino en las personas, de manera que el adversario se convierta en el problema mismo. Esto desemboca además en una mayor dificultad para el entendimiento, y, por tanto, en una complicación añadida a la hora de buscar soluciones. Por eso, el mediador debe hacer lo posible para que esta situación no se produzca o, si ya se ha producido, para volver a centrar el conflicto en su objeto.

c. El enfoque hacia el futuro

Las partes con frecuencia tienen tendencia a anclarse en el pasado, por su necesidad de exteriorizar los conflictos no resueltos.

En los casos en que las partes se centran en el pasado, el mediador debe ser capaz de transmitir que el pasado solo conviene tenerlo en cuenta como aprendizaje, pero que es preciso dirigirnos hacia el futuro para tratar de superar el conflicto objeto de la mediación. Para ello, se deben hacer preguntas y comentarios cuyas connotaciones sean temporalmente futuras.

Para llevar a cabo el proceso, el mediador cuenta ciertas técnicas, entre ellas las siguientes.

a. *Escucha activa y reformulación*

La escucha activa exige un esfuerzo de atender el mensaje del interlocutor y obliga al mediador a tener en cuenta tanto la comunicación verbal como la no verbal para lograr la mayor sintonía posible. Es preciso concentrarnos y evitar cualquier posible distracción. De ahí que sea importante la disposición física del espacio en el que se va a producir la mediación. Este sentido conviene evitar que se coloquen elementos en medio que actúan como barreras físicas, el ruido que dificulte la comunicación, la pérdida del contacto visual, etc.

El hecho de que el mediador utilice la escucha activa durante el proceso de mediación genera confianza en las partes y les transmite además su interés y atención. A su vez, esto genera confianza y minimiza la tensión entre ellas. La escucha activa incluye la necesaria retroalimentación de lo que creemos que hemos entendido. Por lo tanto no sólo se exige escuchar sino también trasladar a la parte emisora que estamos pendientes de lo que nos dice, a través de las palabras, utilizando expresiones afirmativas o bien mediante gestos, como mover la cabeza. Es tan importante escuchar como hacer sentir al interlocutor que nos importa lo que dice⁶⁰.

En primer lugar, es inevitable que, al oír una historia, la encajemos en nuestras experiencias vitales para comparativamente poder entender mejor lo que nos dicen. La escucha activa nos exige ser lo más objetivos posible y tratar de desprendernos de nuestros prejuicios.

En este sentido hay que hacer un esfuerzo para no catalogar y ponernos en el lugar del interlocutor siendo empáticos. Lo que exige no enjuiciar y tratar de establecer una relación de igualdad, no de superioridad. La empatía no es equivalente a amabilidad sino a la

60 Para que la comunicación sea eficaz exige también la escucha de las partes. El mediador debe estar atento al nivel de escucha en que están, que puede pasar de la desatención, simplemente ignorando lo que dicen los demás; la escucha simulada, que convierte la comunicación en monólogos interrumpidos; la escucha selectiva, en la que las partes oyen lo que les resulta conveniente a sus posiciones; y la escucha atenta, que es la que permite realmente la comunicación. *Ibíd.* págs. 186 y ss.

capacidad de comprensión, que nos haga entender cada perspectiva. Podemos demostrar nuestra empatía también utilizando frases del tipo “me pongo en su lugar.. o “lo puedo comprender..” que hacen que la parte se sienta escuchada. La empatía no sólo ayudará al mediador a comprender mejor a cada parte sino que también produce un efecto reflejo entre las partes fomentando a su vez la empatía en cada una ellas para que éstas sean capaces de ponerse en el lugar del otro. En este sentido, el mediador debe manifestar las emociones de las partes de forma explícita y reconocerlas como legítimas, lo que permite que éstas se desahoguen⁶¹.

Además, es preciso estar atento tanto al lenguaje verbal como no verbal para tratar de comprender las emociones y sentimientos implicados en la conversación. Debemos atender a lo que nos dicen, así como a la manera en que lo dicen para poder asumir el problema de la manera más profunda y global posible. Sabemos que la información que nos llega depende, en un altísimo porcentaje, de cuestiones como la voz, la expresión facial, la postura corporal o los gestos. Podemos atender especialmente a estos aspectos en nuestro afán de recabar información.

También utilizamos en una escucha activa el eco. Se trata simplemente de repetir palabras o frases que han dicho las partes, también con la intención de que las partes se sientan escuchadas.

Más elaborado que simplemente el eco, es la paráfrasis, que se utiliza mucho en mediación. En este caso se repite lo que han dicho las partes, insistiendo en algún aspecto puntual que se quiere reseñar. Empezaría con un “Si lo he entendido bien...” “Entonces quiere decir..”

A la paráfrasis puede seguir la presentación de resúmenes, con los que conseguimos, primero, que las partes tengan claro que les estamos escuchando, segundo, confirmar que hemos entendido lo que nos están queriendo decir y , tercero, nos permiten sugerir correcciones o aclaraciones sobre el resumen que hemos hecho. Los resúmenes deben tratar de ser siempre lo más objetivos posible y

61 Sobre este tema vid. CIARAMICOLI, A Y KETCHAM, K. *El poder de la empatía. Comprender es la clave*. Vergara, Buenos Aires, 2000.

evitar connotaciones negativas. Son un recurso útil a lo largo del procedimiento de mediación⁶².

La paráfrasis también puede servirnos para volver a encuadrar los hechos, definirnos dentro de la situación que las partes lo puedan aceptar mejor. A través de esta técnica, el mediador va a cambiar la forma en que se exponen los hechos para presentarlos de manera más positiva. No se trata de modificar la realidad sino de ayudar a las partes a exponerla con un enfoque que ayude a las partes a neutralizar sus sentimientos sobre los hechos expuestos.

También puede ser útil contextualizar la situación, poner los hechos en contexto, ayuda a las partes a ser más objetivos sobre el objeto del conflicto. Así como reformular. La reformulación es hacer un eco de lo que nos está contando una de las partes, repitiendo con otras palabras lo que nos acaba de contar y modificando el marco de las frases negativas. No hay que hacerlo continuamente sino en los momentos en que el mediador considere que es importante destacar algo o rebajar el nivel de comentarios negativos. Debe hacerse en los momentos oportunos y puede iniciándose con frases del tipo: “si he entendido bien lo que me quieres decir es...”

Se trata por tanto de parafrasear, pero incluimos una perspectiva más positiva con lo que tratamos de crear un mejor clima que favorezca la comunicación entre las partes. Así al reformular vamos a intentar transformar los reproches en un deseo insatisfecho.

Supongamos que un padre le dice a su hijo: “ estás siempre tirado, eres un desastre, eres muy pasivo, no estudias, no tienes futuro, así no vas a llegar a nada en la vida...”.

62 QUERO. M. “Aspectos generales sobre la mediación. El mediador .Técnicas de la mediación” En PEREZ-UGENA (coord.), *ob cit.* pág. 234 Señala los supuestos en que puede ser conveniente utilizar el resumen. “1. Al inicio de cada sesión para recordar lo que se trabajó en la anterior y continuar donde se quedó. 2. Al final de cada sesión para concluir lo trabajado durante la misma. 3. En cualquier momento que necesitemos ordenar toda la información que nos estén facilitando.4. Cuando necesitemos clarificar lo que una de las partes ha dicho. 5. Cuando la dinámica de la comunicación entra en bucle y las partes empiezan a contar lo mismo de forma repetitiva. 6. Hacemos el resumen para después dar pie a seguir avanzando en la conversación.7. En cualquier momento en que entendamos que se ha concluido un tema, o que se ha suministrado información importante para los mediados o que han llegado a acuerdos importantes para ellos”.

La reformulación la haríamos convirtiendo esos reproches del padre en sus deseos no satisfechos, de manera que conseguimos el padre se sienta escuchado y el hijo no atacado. Podría ser una frase tipo: "entonces, si estoy entendiendo bien, lo que le gustaría es que su hijo fuera más activo y estudiara para tener un mejor futuro". O bien una parte dice a la otra que está mintiendo, y el mediador puede señalar "entiendo que para ustedes los hechos fueron otros que y no lo ve de la misma manera ... ¿Es así?"

Hay algunas cautelas que son necesarias en la reformulación. En primer lugar, es fundamental utilizar el momento oportuno y en lo posible evitar interrumpir; Además, hay que tomar precauciones para evitar que la otra parte pueda interpretar una alianza entre el mediador y la parte a quien reformula. De manera que si se utiliza esta técnica con una parte debe utilizarse también con otra. El mediador debe ser lo más objetivo posibles. Ser claros. No hacer interpretaciones que puedan confundir a las partes y distorsionar los mensajes. Por último, tratará de evitar traer nuevas cuestiones que no se ha planteado y que pueden abrir otras vías de conflicto. De la misma manera que no se realizan reformulaciones de carácter emocional, con los sentimientos, si éstos no han sido traídos a la mediación por las partes.

La realización de preguntas está directamente relacionada con la escucha, es fruto de la misma. Cumple dos objetivos fundamentales, el primero ayuda al mediador a entender el conflicto, y en segundo término ayuda a cada parte a entenderse mejor a ella misma y a la otra parte. Además es un instrumento útil para el mediador, que le permite dirigir la mediación, invitando a las partes a participar, a clarificar, a expresarse, a reflexionar etc.

Con carácter previo, debemos señalar que hay determinadas preguntas que no hay que hacer en una mediación. Hay que utilizar adecuadamente el tipo de preguntas para recopilar la información en cada situación, pero, como regla general es preciso evitar las preguntas que añadan más tensión, que puedan resultar amenazadoras y las que no tiendan a equilibrar las posiciones en las partes. También hay que evitar hacer demasiadas preguntas para llegar a

un punto de ajuste que también permita a las partes expresarse libremente.

La forma en que se pregunta, qué se pregunta y cuando se pregunta son cuestiones relevantes que pueden crear una barrera que dificulte la conexión entre mediador y mediados o, al contrario, que es de lo que se trata, convertirse en fuente fundamental de información que sirva además como modo de equilibrar el poder entre las partes.

Existen múltiples posibles clasificaciones sobre los tipos de preguntas.

Podemos diferenciar entre preguntas abiertas y cerradas. Las preguntas abiertas invitan a que el mediado se exprese o explique de manera más detallada, reportando más información⁶³. Las cerradas son más restrictivas y dirigidas a buscar información concreta y pueden utilizarse también para controlar el tiempo de una de las partes cuando es excesivo respecto de la otra⁶⁴.

Además, podemos hablar sobre preguntas lineales y circulares. Preguntas lineales están dirigidas a conocer el problema de una de las partes desde una perspectiva individual y sin crear conexiones⁶⁵. Las preguntas circulares se dirigen a un mediado implicando pensamientos o sentimientos del otro, o bien poniendo en conexión tiempos o contextos diferentes entre sí⁶⁶.

Preguntas confirmación, de comprobación e hipotéticas. Las preguntas de confirmación son preguntas cerradas que se pueden usar, entre otros fines para destacar determinados puntos de acuerdo entre las partes⁶⁷. Las preguntas de comprobación ayudan a reflexio-

63 Ejemplo de pregunta abierta. ¿Por qué esto sería importante para ti? ¿Cuál es tu opinión sobre este tema?

64 Ejemplo de pregunta cerrada. ¿Entonces en qué momento se cerró el acuerdo? ¿Quién era la persona encargada?

65 Ejemplo de pregunta lineal ¿Por qué has tomado esa decisión? ¿Lo tienes claro?

66 Ejemplo de pregunta Circular ¿Crees que a tu socio le convendría esa solución? ¿Cómo piensas que se siente tu mujer ante tu decisión?

67 Así que ¿estás conforme con lo que dice la otra parte sobre los gastos que va a asumir?

nar a las partes sobre sus propios planteamientos y sobre la actitud que tienen respecto ellos⁶⁸.

Las preguntas hipotéticas, por último, ayudar a las partes te imaginar situaciones diferentes en las que pueden concebir las salidas⁶⁹

b. Búsqueda de intereses frente a posiciones⁷⁰

Para mediar es fundamental diferenciar lo que son las posiciones de las partes, es decir, lo que éstas dicen querer, de aquello que realmente interesa a las partes.

Los intereses son nuestras preocupaciones, lo que realmente nos afecta y lo que en definitiva origina el conflicto. Las partes se sitúan al inicio del conflicto en sus posiciones, sin darse cuenta de que muchas veces adoptar una posición determinada dificulta el logro de los intereses. La posición es la manera en que planteamos la demanda ante los demás para defensa de nuestros intereses. Sería la respuesta a ¿qué quieres? Pero negociar sobre posiciones no da buenos resultados, ni es eficaz. Hay que situarse en los intereses. Que responde a la pregunta de porqué o para qué lo quieres.

Uno de los objetivos de la mediación es superar el estado de posiciones que vendría dado por lo que cada parte pide o pretende. Es preciso ir más allá, para lo que necesitamos adentrarnos en el conflicto y muchas veces en su origen. De ahí se derivará en muchos casos la razón de que se haya producido una situación de tensión que origina un conflicto. Una vez que sepamos qué es lo que las partes realmente quieren, no sólo lo que dicen pretender, es mucho más fácil buscar soluciones. Las posiciones son más rígidas que los intereses, salvo que se trate de necesidades básicas, en cuyo caso la negociación resulta inviable, por lo general los intereses pueden ser más flexibles en muchos casos siendo realmente no excluyentes.

68 Entonces, ¿entiendes que te beneficia pagar esa cantidad? Cuando dices que te parece abusivo ¿a qué te refieres exactamente?

69 En el caso de que tuvieras tiempo suficiente ¿podrías asumir el cuidado de tus padres? Y si él se hubiera ofrecido a hacerlo ¿que te habría parecido?

70 FISHER W Y URY W. *ob. cit.* .

El ejemplo más típico que se utiliza para explicar la diferencia entre posición e interés por su sencillez y expresividad, es el de la naranja.

Se trata de dos hermanas que pelean porque quieren una naranja. Su madre para resolver la disputa sin preguntar por qué las dos quieren la única naranja que queda, da por supuesto que tienen un mismo interés y lo solventa partiendo la naranja en dos y dándole cada parte a cada una de las hijas. Ninguna de las dos ha quedado satisfecha con esta solución. Si su madre hubiera preguntado por qué querían la naranja, habría sabido que una quería hacer una cesta y la otra un zumo.

El ejemplo es extremadamente simple pero muy gráfico. El mediador no debe detenerse en las posiciones, no debe dar nada por supuesto y no debe decidir por las partes.

Si la madre hubiera utilizado esta técnica de mediación, habría llegado al fondo del conflicto, y ayudado a que las propias niñas acordaran cómo repartir esa naranja, de manera que una utilizara todo el zumo y no sólo la mitad y que la otra se pudiera hacer la cesta.

En definitiva, se trata de buscar soluciones que satisfagan los intereses de ambas partes. No es fácil pero debemos trabajar en ello, para lo que necesitamos indagar en los intereses y no quedarnos en las posiciones.

c. Técnicas de desbloqueo

Hacemos, por último, referencia a las técnicas de desbloqueo⁷¹. A lo largo de la mediación es normal que se produzcan situaciones de bloqueo y es obligación del mediador estar atento para intentar prevenir estas situaciones, así como tratar de ponerles fin. El mediador puede intentar lo siguiente:

En primer lugar, reducir la tensión y, para ello, tratar de aumentar la comunicación. Es necesario desarrollar habilidades de comu-

71 CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M. *C ob. cit.* págs. 223 a 226.

nicación: escucha activa, leer entre líneas, emisión de mensajes claros. En algunos casos, será necesario evitar forzar un acercamiento en las fases de mayor tensión y dar tiempo para que las partes puedan volver a intentar ese acercamiento.

Comenzar a resolver los problemas menores o de más fácil solución, para colocar a las partes en una posición más positiva. Hacerles ver que son capaces de llegar a un acuerdo en algo, aún cuando sea por un periodo de tiempo breve, les dispondrá mejor para el acuerdo en temas más complejos. Incluso, es conveniente recordar que el solo hecho de estar ahí intentando dar solución al problema ya es un paso y un pequeño acuerdo en sí mismo.

Buscar metas comunes, que las partes no pueden lograr por sí solas. Es positivo porque ayuda a que las partes asuman la necesidad de colaboración.

Realizar sesiones privadas o *caucus*. Deben ser anunciadas con antelación, explicitadas, claras y de fácil verificación. Se trata de sesiones que se celebran por separado. La Ley exige que se comunique a las partes siempre que se tengan reuniones de carácter individual. Se trata de una técnica que tiene ventajas y desventajas. De una parte, en lo positivo, el “caucus” nos puede ayudar a obtener información que una de las partes no quiere revelar ante la otra. Así, como a conocer sus necesidades reales, hacer comprender los riesgos y costes de no llegar a un acuerdo. Nos puede ayudar también a explorar alternativas de solución y a manejar las emociones en un sentido más introspectivo⁷². Es posible que en algún momento el mediador pueda considerar conveniente interrumpir las sesiones conjuntas e intentar hacer reflexionar a cada una de las partes de manera separada. Hay que tener en cuenta cada situación para tomar la decisión de realizar entrevistas con una sola de las partes, puesto que éstas tienen de negativo que pueden generar desconfianza en la neutralidad e imparcialidad del mediador.

Puede ser una técnica de desbloqueo en determinados casos. Deberá decidirlo el mediador teniendo en cuenta que también conlleva ciertos riesgos.

72 *Ibíd.* pág. 25

Invertir los roles. Puede resultar útil pedir a las partes que hagan el siguiente ejercicio: que intenten “ser el otro”, sentir lo que la otra parte siente y ponerse en su lugar. Incluso, puede ser conveniente un cambio físico, de la posición de cada uno, para que la escenificación del movimiento nos ayude a ponernos en el lugar del otro. Le pediríamos a las partes que se sienten en el lugar que ocupa la otra parte y supongan que han vivido el conflicto desde su posición. Insistiéndoles en que hagan un esfuerzo por imaginarse en la situación del otro.

El mediador debe intentar en todas las fases de la mediación que las partes, de alguna manera reconozcan al otro y evitar que cada una anule a la otra en la historia de su conflicto, por estar centrada exclusivamente en ella misma. Mostrarse más perceptivo hacia las necesidades de la otra parte, es la mejor vía para desarrollar una actitud más colaborativa. El mediador puede, a estos efectos, introducir referencias a la otra parte haciendo que se reconozca la dificultad que este conflicto conlleva también para el otro.

Lo anterior debe hacerse desde la empatía por parte del mediador. El mediador debe mantener una actitud empática que se reflejará en el reconocimiento de los sentimientos de las partes, así como de las dificultades por las que están atravesando. Esta actitud del mediador ayuda a las partes a sentirse legitimadas. En el caso de que una de las partes asuma una posición de víctima única en el conflicto, es importante que el mediador le haga ver también las dificultades que el conflicto conlleva para la otra parte.

4. EL MOMENTO DE LA BÚSQUEDA DE SOLUCIONES

Esta es la fase en la que vamos a plantearnos todas las posibles alternativas. Con el trabajo realizado para indagar en el conflicto y comprenderlo en su totalidad, nos centramos ahora en buscar soluciones.

Se supone hemos conseguido mejorar la comunicación entre las partes. Lo que nos va a facilitar una mejor disposición en la búsqueda de soluciones

Una de las técnicas que podemos utilizar en esta fase es la que se conoce como lluvia de ideas “brainstorming”. Lo ideal es que todas las opciones provengan de la imaginación y creatividad de las partes y que el mediador solamente utilice algunas técnicas para estimular dicha creatividad en la generación de opciones. Se trata de las partes planteen cualquier posible solución, que se irá añadiendo a un listado ideas. Deben incluirse todas las ideas que sean aportadas por las partes aún cuando parezcan absurdas. Y no es necesario que las partes de estén de acuerdo, sino que cada uno debe incluir en la lista las que considere sin que puedan ser objeto de crítica aunque no tengan sentido o sean irrealizables⁷³.

A continuación, vamos a trabajar sobre el listado clasificando las ideas de acuerdo con sus posibilidades de que nos lleven un acuerdo. En posibles, imposibles, probables e improbables. Hecha la clasificación, vamos a trabajar las ideas que estemos de acuerdo existe una posibilidad y mayor probabilidad de acuerdo, con la intención de lograr acuerdos que beneficien a las partes.

Es crucial en este momento la labor del mediador para mantener la tensión en los niveles más bajos posibles. Aún pese a todos los esfuerzos que haga el mediador en esta fase del proceso puede ocurrir que se produzcan bloqueos o estancamientos. En este caso el mediador puede utilizar los descansos, solicitar un cambio de tema o cam-

73 CRIADO A. *ob. cit.* pág. 215 a 216. La autora plantea algunas posibles preguntas en esta fase: “¿Cómo les gustaría resolver este conflicto?; ¿Cómo han pensado en resolver lo que les preocupa?; ¿Pactar unas reglas comunes para toda la comunidad?; ¿Reorganizar los estatutos a este respecto?; Usted piensa que el hecho que la plaza de garaje sea suya le permite dejar otros elementos que no sean un coche, ¿por qué cree que esto le molesta a los demás vecinos?; ¿Cómo les gustaría verse en un futuro?; ¿Saben lo que es una lluvia de ideas?; ¿Les gustaría intentarlo?; Vamos a anotar todas las ideas que se les ocurran para resolver lo que les ha traído a la mediación. No entraremos a evaluarlas todavía. Tengan un poco de paciencia; ¿En su opinión qué tendría de positivo esta idea?; ¿Aportaría algo más?; ¿Qué es lo que no le satisface de esta propuesta?; ¿Qué mejoraría?; ¿Qué es para usted una solución satisfactoria?; ¿Cómo creen que se van a sentir cuando consigan llegar a un acuerdo?; En la mayoría de las ocasiones parece que se resuelve así, pero en este caso concreto quizás podríamos valorar otras posibilidades. Parece que lo que cuenta ha funcionado habitualmente en otras ocasiones, pero no en esta..; ¿Cómo verían este asunto en otro contexto?; ¿lugar?; ¿momento?; ¿Después de escuchar a ----, ¿ve las cosas de la misma forma?; ¿añadiría algo?; ¿Podría verlo de alguna otra forma?; ¿Qué diferencia hay entre ahora y antes?

bio de lugar, hacer recordatorios a las partes sobre la oportunidad que supone llegar a un acuerdo, sin que en ningún caso interfiera en la propuesta de soluciones, puesto que son las partes las que deben plantear las soluciones y no el mediador. El mediador deberá ser imaginativo para intentar desatascar el proceso teniendo en cuenta cada situación concreta.

Tras la búsqueda de soluciones, el mediador puede poner en marcha algunas de las técnicas para motivar el acuerdo. Así, puede insistir en el valor de una relación positiva. Lo que resulta especialmente útil si las partes tienen que continuar con la relación, porque tengan hijos o una empresa en común. Puede enfatizar el costo sino se llega a un acuerdo; incluido lo que supone acudir a un proceso judicial como alternativa. Centrarse en el futuro. Insistir en que no es preciso estar de acuerdo sobre el pasado para acordar sobre el futuro. También puede resultar útil establecer límites de tiempo. La mayoría de los acuerdos se toman los últimos 15 minutos. Interesa a la mediación marcar los tiempos para llevar a las partes a saber que disponen de ese límite⁷⁴.

5. EL CIERRE DEL PROCESO

El cierre del proceso puede tener lugar con o sin acuerdo final. En esta fase del proceso nos debemos centrar no en lo que cada parte quiere, lo que supondría volver atrás, sino en lo que está dispuesta a ceder. Debemos dirigirnos hacia futuro. La clave del acuerdo está en que enfatizamos los beneficios de acuerdo frente a los costes de la situación de conflicto.

Es posible que pese a todos los esfuerzos realizados no se consiga un acuerdo en la mediación y ésta se dé por finalizada bien porque se ha superado el tiempo de duración del proceso que se había prefijado, bien porque se hayan agotado las opciones, o porque una de las partes desista. En este caso el mediador debe tratar de averiguar si la decisión es firme o aún persisten dudas sobre el mismo. Además, deberá intentar perseguir el logro de la satisfacción y la

74 CALCATERRA, R.A *ob. cit.* págs.. 242 y ss.

confianza de las partes con el proceso de mediación. Aunque no se alcance un acuerdo, se debe intentar que las partes no abandonen la mediación con la sensación de que ha sido el proceso el que ha fracasado.

La otra opción es que la mediación llegue a su fin con la elaboración del acuerdo final. Éste deberá incluir la explicación del conflicto, las dificultades que suponía, las cesiones que las partes han decidido hacer y el porqué, con qué objeto. También es posible que se incluyan sistemas evaluación del cumplimiento, así como penalizaciones para el caso de que se produzca el incumplimiento

El mediador debe asegurarse de que el acuerdo ha sido comprendido por las partes, tanto en lo que se refiere a las consecuencias que puede tener, como los posibles efectos sobre terceros⁷⁵.

75 CRIADO A. *ob. cit.* La autora plantea algunas posibles preguntas para esa fase, poniendo como ejemplo una extinción de condominio. ¿Falta algo por aclarar?; ¿Cómo se va a realizar el pago?; ¿Qué necesitan para firmar este acuerdo de mediación?; ¿Han consultado este acuerdo con algún profesional? ¿Les gustaría hacerlo?; ¿Se plantean la posibilidad de elevar el acuerdo a escritura pública?; ¿Quién hace qué, cuándo, cómo, dónde, cuánto, etc.?; ¿Saben a qué notario van a ir? ¿Cuándo irán al notario?; ¿Quién se ocupará de la tramitación de la escritura ante hacienda y el registro de la propiedad? ¿Cómo van a abonar los gastos?; ¿Qué resaltarían de la mediación?; ¿Qué diferencia hay entre ahora y antes?

6. ASPECTOS ESPECÍFICOS DE LA MEDIACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

La mediación puede realizarse mediante medios electrónicos. Se trata en este caso, igualmente de una mediación, que encaja en el ámbito de la Ley, con la característica de que aprovecha la tecnología para gestionar el proceso y comunicar a las partes con el mediador. No estamos, por tanto, ante un sistema distinto, sino en esencia el mismo, una mediación, que debe darse con todas las garantías y suficiente calidad⁷⁶.

En este sentido, CONFORTI, ha definido la mediación electrónica como *“un proceso que se realiza total o parcialmente por medios electrónicos, de forma más o menos simplificada con la intervención de un tercero que ayuda a las partes que intentan alcanzar por sí mismas un acuerdo, en el que siempre se ha de garantizar la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en La ley”*⁷⁷.

Debe aclararse la diferencia entre mediación mediante medios electrónicos de los llamados ODR's- que responde a las siglas On line disputes resolution-. En el primero, se gestiona la mediación mediante herramientas informáticas que permitan la comunicación a través de Internet. Los ODR's incluyen otras posibles vías de resolución, distintos de la mediación. Por tanto, la mediación electrónica sería un tipo, una especie, dentro del género de los ODR's. Y ODR's no es equivalente a e-mediación o mediación on-line⁷⁸

76 En este sentido, VÁZQUEZ DE CASTRO, E. En perspectiva legal de la RDL. Conceptos jurídicos y marco legal”, en ALZATE SÁEZ DE HEREDIA R y VÁZQUEZ DE CASTRO R *Resolución de Disputas en Línea (RDL). Las claves de la mediación electrónica*. Reus. Madrid. 2013. pp. 80-82 y 133

77 Definición propuesta por CONFORTI, O. D. *Pequeño manual de mediación electrónica*. Acuerdo Justo, Alicante. 2013. Págs.. 22 y ss.

78 CONFORTI, O. D. *Ob cit*. Hace un interesante análisis de la confusión que se produce por algunos autores que crean una equivalencia entre ODR's y mediación electrónica.

La Ley reguladora de la Mediación, ha previsto esta posibilidad expresamente en su artículo 24 y lo ha hecho de manera amplia. De forma que ha dejado abierta la posibilidad de que cualquier mediación se realice por un medio electrónico, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen. Esta opción se prevé para todas o alguna de las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas. Aunque hay una prescripción legal de desarrollo preferente mediante un sistema electrónico por razón de la cuantía, es evidente que se puede llevar a cabo una mediación electrónica en cantidades superiores, sin que se haya marcado límite alguno, ni al contrario, sea obligatoria la mediación electrónica por debajo de la cantidad de 600 euros que señala la ley.

“Artículo 24. Actuaciones desarrolladas por medios electrónicos. 1. Las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en esta Ley. 2. La mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará preferentemente por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes”.

Tampoco especifica la ley qué materias pueden o deben ser objeto de resolución mediante un sistema electrónico, si las que afectan a litigios producidos en Red o a cualquiera independientemente de su relación con Internet. Por lo que debemos entender que cabe cualquier materia que sea susceptible de mediación. En este sentido la interpretación del alcance del artículo 24 debe ser lo más amplia posible y entender que resulta aplicable a todas las materias susceptibles de mediación, haya distancia geográfica o no. Sin que se comprenda, por la forma en que está redactado y por el espíritu de la Ley, que deban suscribirse únicamente a los conflictos que tengan su origen en Internet. Esta opción estaría sin duda desconectada de la realidad y de las necesidades que impone la sociedad en la actualidad.

De esta forma, la Ley, impulsa la mediación por medios electrónicos, anima a su realización en conflictos sobre cantidades “me-

nores” al señalar que los conflictos que versen sobre reclamaciones de cantidad inferiores a seiscientos euros se tramitarán “preferentemente” por medios electrónicos, salvo que no le sea posible su utilización a alguna de las partes y da la opción de que se realice en las mismas condiciones que la mediación convencional o presencial, sin señalar limitación o impedimento alguno.

La mediación electrónica es ya una realidad por el gran número de disputas que se resuelven a través de internet. En algunos casos de forma íntegra, en otros, la mayoría, se trata de un apoyo a la mediación convencional, que viene a facilitar la gestión, utilizando Internet para algunas de las etapas del proceso o parte de las comunicaciones. Hay una serie de casos que parecen especialmente apropiados: con personas alejadas geográficamente; con cuestiones jurisdiccionales difíciles de determinar bajo qué marco jurisdiccional se puede tratar el problema; en disputas surgidas de una transacción realizada en Internet; por problemas de calendarios; o cuando la mediación tradicional no sea posible, pero las partes siguen deseando la participación de una tercera persona⁷⁹.

Lo que nos interesa, en todo caso, es que esté sujeta a los principios del procedimiento de mediación, así como que se cumplan ciertas condiciones técnicas de carácter garantista⁸⁰. De una parte, los que garantizan la identidad, como base para el buen funcionamiento de la mediación. Con la presentación de los formularios de solicitud de la mediación, que deben estar a disposición de las partes, ya, desde ese momento, debe acompañarse el DNI electrónico, a través de la firma electrónica, de dichos formularios. La solicitud inicial puede presentarse por ambas partes o solo por una de ellas. El DNI electrónico, es algo de uso cada vez más habitual. La progresión en el número de ciudadanos que cuentan con DNI electrónico es enorme y además cada vez son más los trámites que se pueden realizar mediante su uso, entre otros, con la Administración, con lo

79 ALZATE, R “Mediación en línea”. *Revista de Mediación*. Año 1. Nº 1. Marzo 2008. Obtenido el 9 de abril de 2020.

80 GARCÍA CUBERO, G. “Mediación por medios electrónicos: procedimientos y herramientas” en SOLETO, H (dir): *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*. Tecnos, 2017, págs. 455 a 470.

que es previsible que en muy poco tiempo se utilice de manera habitual por una gran mayoría. En todo caso, la Ley prevé que se acredite la identidad presentándose ante la institución o el mediador.

El paso siguiente, la sesión informativa. Sobre la tecnología que se utilizará para el desarrollo de esta sesión, puede hacerse con material audiovisual o mediante algún sistema de videoconferencia. En todo caso, se hará de manera que las partes puedan exponer todas sus dudas sobre la mediación, sobre el mediador, y sobre cómo se va a desarrollar el proceso. En principio esto no supone una gran dificultad de acceso añadido a la mediación causada por el uso de medios electrónicos. Pensemos, que más de un 80% de los hogares tienen acceso a Internet⁸¹ Esta cuestión, aunque es previsible que vaya mejorando, ha dejado de ser un problema. Además, con el confinamiento impuesto por el COVID-19 se ha generalizado el uso de aplicaciones que permiten la videoconferencia. Y aunque aún no hay estadísticas sobre ello, parece evidente que se ha creado el hábito de la videoconferencia y se ha generalizado entre la población a través de ciertas aplicaciones. Una dificultad añadida es que cuenten con los requisitos técnicos suficientes para que cumplan las garantías de seguridad que requiere una mediación.

De la sesión informativa se levantarán las actas correspondientes, que serán las equivalentes a las que se firman en un procedimiento de mediación sin apoyo tecnológico, y que deben firmarse electrónicamente por las partes y el mediador.

La siguiente fase de la mediación, la negociación, debe realizarse, principalmente, a través de herramientas síncronas. Es en éstas donde la mediación puede desplegar todas sus capacidades. Podría utilizarse las videoconferencias o los sistemas de transmisión de voz. Deben ser interactivas, de manera que el encuentro entre partes es fundamental para que estemos ante una mediación.

Respecto de las videoconferencias, hacen que la disposición del espacio, como hemos visto en el análisis de las técnicas de mediación, deje de ser algo relevante. Recordemos que se trata de dispo-

⁸¹ <http://reporting.aimc.es/index.html#/main/cockpit> obtenido el 31 de marzo de 2020.

ner a las partes de una forma determinada para que se facilite la mediación. En la mediación convencional se cuidan detalles que van desde la forma de distribución del mobiliario hasta la luz, para preparar el espacio, de manera que ayude a fomentar la comunicación. Pues bien, resulta claro que estas cuestiones no se aplican de la misma forma en la mediación por medios electrónicos a través de videoconferencia. El mediador tendrá que hacer un esfuerzo por compensar este tipo de factores con los que no puede contar en este caso. Deberá animar a las partes a que sean ellas las que preparen sus propios espacios de manera que les ayude a estar más concentrados en la sesión.

También se reduce mucho la capacidad de comunicación no verbal que es un aspecto crucial en la mediación. Se pierde parte de la información. El mediador deberá ser mucho más expresivo y tratar de concentrar su atención para detectar, a través de determinados gestos y posturas, la situación en que están las partes. El mediador tiene menos oportunidades en este sentido. Deberá buscar la forma de hacerse presente a través de preguntas, insistir en la utilización de técnicas, como escucha activa o la reformulación, y utilizar otros instrumentos que le parezcan más adecuadas.

Por otra parte, el mediador debe ser consciente de que es posible que las partes no tengan la misma capacidad de concentración si la sesión es por medios electrónicos. Es difícil mantener la duración de los turnos y de los tiempos de las sesiones y tendrá que tenerse en cuenta este factor para determinar previamente la duración de las sesiones, así como para ver en que momento debe dar por finalizada la sesión de trabajo.

En los casos en que la mediación utilice sistemas de transmisión de voz, es aún más complejo. En primer lugar, plantea problemas relacionados con la identidad de las partes. Además, reduce la capacidad del mediador de atender a los detalles que le permiten los elementos visuales. El mediador deberá fijarse en cuestiones como el tono, velocidad o altura de la voz para obtener toda la información posible de las partes. Aún así, entendemos que, si se garantizan los aspectos técnicos, sí es posible la mediación porque cumple con la sincronía, esto es, permite que las partes se conecte al mismo

tiempo, que es el aspecto fundamental o exigencia primaria de la mediación⁸².

Siguiendo con las fases del procedimiento, tras la sesión constitutiva y la fase de búsqueda de soluciones, llegamos, a la terminación, sea o no por acuerdo.

En caso de que se haya llegado a un acuerdo, el mediador debe poder redactar el mismo a través de los medios electrónicos y ponerlo a disposición de las partes, para que lo firmen, presencialmente o también de forma electrónica.

El mediador deberá saber manejar los recursos tecnológicos que se necesitan para llevar a cabo una mediación. Es su responsabilidad conocer el funcionamiento de la plataforma que utilice, así como de sus riesgos y funcionalidades, y saber asesorar a las partes respecto de su utilización

Frente a todos estos problemas, que el mediador debe tratar de superar, está claro que la mediación por medios electrónicos presenta ventajas que nos obligan a darle la importancia que tiene como instrumento pacificador en nuestra sociedad, especialmente en momentos de crisis. Básicamente se pueden resumir en: deslocalización que permite o facilita la mediación, reducción de costes.

La mediación por medios electrónicos posibilita en muchos casos una mediación que de otra forma sería imposible o, en todo caso, más difícil de realizar. Bien sea porque las partes están en físicamente distanciados o porque, estando en lugares cercanos, no pueden desplazarse por cualquier motivo. Además de que nos permite acudir a un mediador especializado, independientemente de su localización. A lo anterior debemos sumar, en parte como consecuencia de esa deslocalización, la reducción de costes, especialmente el que evita el desplazamiento junto con otros, que tienen que ver con el tiempo, la espera, etc.

82 CONFORTI, O. "Mediación on line, de dónde venimos, doónde estamos y a dónde vamos" *Indret*, Barcelona, 2015. https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1182_es.pdf Obtenido el 9 de abril de 2020.

Es previsible, que tanto mediadores particulares como instituciones de mediación, aprovechen cada vez más las posibilidades que ofrece la mediación por medios electrónicos e incluyan en el procedimiento la que se ha denominado como “cuarta parte”.

Junto con las partes, el mediador sería la tercera parte y los medios tecnológicos en los que se apoya compondrían esa cuarta parte, que se convierte en su aliado o colaborador. El mediador, con todo, sigue teniendo un rol activo que jugar en la mediación online⁸³.

Por último, hacemos referencia al procedimiento simplificado que ha previsto la Ley de mediación (Disposición adicional 7ª) para reclamaciones de cantidad, que se desarrollará exclusivamente por medios electrónicos. A su vez, ha sido desarrollado por el Real Decreto 980/2013 y viene a regular los conflictos que versen sobre reclamaciones de cantidad inferiores a seiscientos euros o de otro interés que no supere esa cantidad. La regulación incluye las obligaciones del mediador o institución para garantizar los principios del proceso. Se advierte que el conflicto no podrá versar sobre argumentos de confrontación de derecho. Tendrá una duración máxima de un mes, a contar desde el día siguiente a la recepción de la solicitud y será prorrogable por acuerdo de las partes.

Las partes podrán transformar el procedimiento simplificado en otro procedimiento de mediación o acordar que determinadas actuaciones se lleven a cabo de manera presencial. De éste puede, por tanto, derivar un procedimiento de mediación, bien electrónico, bien convencional, si se hace de manera presencial. Pero entendemos que el procedimiento simplificado no es realmente una mediación. Es una negociación pero no es mediación, pues no están presentes las características del proceso de mediación⁸⁴. Las diferencias entre este procedimiento, que forma parte de los ODR's, y una mediación son evidentes: En el procedimiento simplificado previsto en la Ley, las partes se sitúan en posiciones, no en la búsqueda de intereses;

83 KATSH, E. Y RIFKIN, J., *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*, Jossey-Bass, A Wiley Company, San Francisco, 2001, pág. 121

84 CONFORTI, F «Mediación Electrónica de Conflictos en España» en *Democracia digital e Gobierno Electrónico* Florianópolis, Brasil, n° 10, pp. 285-309, 2014. Disponible en www.francoconforti.com. (obtenido el 9 de abril de 2020)

el tercero, “el mediador”, realmente tiene atribuidas funciones de negociador, dar traslado a las partes de las ofertas, no se espera que cumpla otras funciones, como el fomento de la comunicación, que forma parte inherente a la mediación.

Además, el proceso no prevé que las partes se reúnan, que se encuentre en un espacio virtual. Tan solo se exige que los medios electrónicos del procedimiento permitan la comunicación entre partes y mediador, ya sea por separado o de forma conjunta. De esta forma, no se hace imprescindible la interacción personal, que es lo que caracteriza a la mediación, puesto que es la vía que posibilita el diálogo y acercamiento de posturas, tan característicos de la mediación.

Finalmente, se vincula el procedimiento simplificado al consumo, cuando la mediación excluye de su ámbito de actuación la materia de consumo. La información se almacena en el servidor de Internet de una empresa, en la mediación electrónica, por fin, la información queda almacenada en el ordenador del mediador.

En definitiva, nos encontramos ante sistemas de resolución de conflictos en línea distintos de la mediación, que se caracterizan principalmente por la posibilidad de ser asincrónicos. De manera que las partes no tienen que reunirse en el mismo espacio/tiempo. Esto también presenta ventajas. Por una parte, es menos probable que la comunicación escale al niveles más altos de tensión, que puedan conllevar insultos o similares, frente a lo que ocurre en la comunicación presencial. Además, simplemente teniendo más tiempo para pensar sobre lo que quieres decir, puede permitir a las partes actuar de una manera más reflexiva, de manera que pueden pensar en sus verdaderas razones del problema y que descubran cuales son sus auténticas necesidades⁸⁵.

85 ALZATE, R *ob cit.*

7. VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN

Finalizamos con una relación de las ventajas que la mediación presenta respecto al proceso judicial. Entre otras, las que enumeramos a continuación:

1. RAPIDEZ Y AGILIDAD

Es una forma más rápida y ágil para solucionar los conflictos. La resolución de litigios en vía jurisdiccional es lenta. Los ADR's en general y la mediación en particular pueden conseguir resolver un litigio en tiempos menores.

Se reduce el tiempo invertido en el proceso. La duración del proceso de mediación depende de varios factores, como su propia disposición al acuerdo, la complejidad del conflicto, entre otros. Aún así, el proceso es más simple y la posibilidad de alcanzar acuerdos antes de lo que se tardaría en tener una resolución judicial, es muy elevada.

2. CONFIDENCIALIDAD

La segunda ventaja la aporta otra de sus características: la confidencialidad. La jurisdicción no garantiza la confidencialidad en los procesos de la misma manera que la mediación. En este tipo de procedimiento, salvo que las partes indiquen lo contrario, se mantendrá la privacidad del acuerdo adoptado tras la mediación.

3. FLEXIBILIDAD

Se adecúa mejor a las necesidades de cada caso. La mediación proporciona diferentes vías de solución. Se pretende buscar aque-

llas soluciones que se adapten mejor a las necesidades de las partes en el conflicto. Y esto porque, al ser un proceso flexible, facilita y permite que tengamos en cuenta ciertos aspectos de los intereses de las partes, en los que no nos podríamos detener en un proceso judicial. Frente a esto, la jurisdicción presenta un procedimiento muy poco flexible con una menor capacidad de acomodarse a las necesidades de las partes. A lo largo del propio proceso, se pueden ir buscando soluciones que solo se convierten en definitivas al plasmarse en el acuerdo final. De ahí que las partes puedan ir planteando distintas posibilidades que se presentan como alternativas y pueden ir revisándose hasta el final del proceso, en búsqueda de la mejor opción de acuerdo.

4. INTERÉS MUTUO

La mediación se centra en tratar de lograr el interés mutuo frente a las posturas individualistas, buscando siempre soluciones que satisfagan a todas las partes. Lo que supone un cambio de perspectiva de la visión judicial “yo gano-tú pierdes” por una visión “yo ganotú ganas”.

5. MAYOR EFICACIA EN LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO

El hecho de que sean las partes quienes asumen su propio acuerdo, con el compromiso que ello supone, dota de mayor eficacia a la solución del conflicto y facilita que se respeten de manera voluntaria. Suelen ser acuerdos más duraderos y respetados que los impuestos. Además, lo que se ha pretendido con la mediación es proporcionar un mecanismo que solvete el conflicto y no únicamente el litigio, con lo que facilita que se produzcan menos litigios sobre el conflicto mediado.

6. MEJORA DE LAS RELACIONES

La mediación no tiene como único objetivo la solución del conflicto, sino que también pretende mejorar las relaciones. Al incrementar

la participación de las partes en la resolución de su conflicto, está propiciando una mejor comunicación entre ellas. De manera comparada con el proceso judicial, en la mediación no se produce la tensión entre las partes a la que se ven abocadas por el hecho mismo de acudir ante los jueces y tribunales. Si además ayudamos a que la comunicación se restablezca y que las partes se posicionen en un estado emocional adecuado para favorecer la negociación, no sólo posibilitamos la consecución de acuerdos mutuamente aceptados sino que también reducimos los comportamientos competitivos derivados del conflicto original. En este sentido, la mediación tiene a su vez una función preventiva que evita en muchos casos que el conflicto degenera en una situación más grave. Las partes implicadas tienen total autonomía para decidir y establecer los acuerdos oportunos, siempre dentro de lo legalmente disponible.

7. CONLLEVA UNA REDUCCIÓN DE COSTES

También debemos tener en cuenta la cuestión económica, los costes del proceso, que son menores frente a los de la jurisdicción, además de que no es preciso asumir los costes de abogado y procurador. La reducción del coste que el proceso judicial supone es no solo las partes sino también para el Estado.

8. ESPECIALIZACIÓN

Podemos destacar otra ventaja de la mediación que es la posible especialización. El mediador puede ser una persona con una preparación específica en la materia sobre la que versa el conflicto, en caso de que esto fuera preciso o positivo para el mejor desarrollo de la mediación.

9. FACILIDADES EN LITIGIOS TRANSFRONTERIZOS

La mediación aporta una solución en los casos de litigios transfronterizos. La elección del foro competente puede ser un problema y crear serios inconvenientes a las partes, por lo que la posibilidad

de elegir una institución mediadora aporta soluciones a este problema⁸⁶.

10. POSIBILITA LA RESOLUCIÓN ONLINE DE CONFLICTOS

El hecho de que se trate de un procedimiento flexible posibilita que la mediación, siempre que se cumplan las garantías legales, pueda utilizarse a través medios electrónicos, manteniendo toda su eficacia como equivalente jurisdiccional siempre que se haya elevado a documento público.

Podemos destacar las siguientes ventajas de la mediación frente al proceso judicial⁸⁷

86 Algunas de estas ideas se recogen en la Directiva 2008/52/CC, de 21 de mayo, del Parlamento Europeo y Consejo "La mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes. Estos beneficios son aún más perceptibles en situaciones que presentan elementos transfronterizos".

87 Guía para la práctica de la mediación intrajudicial pág. 64. Resumen de las ventajas de las soluciones de autocomposición o consensuales alcanzadas a través de la mediación frente a los efectos que generalmente provoca el proceso contencioso en el grupo familiar.

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/> obtenido el 31 de marzo de 2020

MEDIACIÓN	TRIBUNALES.
Control proceso y resultado por las partes	Control proceso y resultado por el Juez
Colaborativo	Adversarial
Ganar-ganar	Ganar-perder
Conflicto más amplio, puede abarcar conflictos personales u otros	Conflicto legal.
Protagonismo de las partes en la solución	Decisión es del Juez
Más compromiso con el resultado	Poco compromiso de las partes con el resultado
Posibilidad de reanudar el diálogo entre las partes	Rompe todas las posibilidades de diálogo futuro entre las partes
Permite soluciones creativas	Soluciones más limitadas
Rápido	Larga duración.
Menor coste económico y emocional	Mayor coste económico y emocional
Facilita y conserva la relación	Crea distancia, costes emocionales
Genera empatía	Genera hostilidad.
Probabilidad alta de cumplimiento	Más dificultad para cumplimiento
Previene de conflictos futuros	Reitera conflictos
Mira al futuro	Se ancla en el pasado

Los principales problemas con los que nos encontramos y que dificultan una mayor expansión de la mediación es, de una parte, el desconocimiento del procedimiento y sus efectos y, de otra, la inseguridad que, como consecuencia de tal falta de conocimiento, producen en ciudadanos y profesionales del ámbito del Derecho. A lo anterior se suma, en el caso de la mediación electrónica, la necesidad de se tengan conocimientos de los sistemas. El mediador debe garantizar el buen funcionamiento de la mediación también desde un punto de vista técnico.

Superados esos problemas, destacamos que, además de las ventajas que presenta la mediación respecto del proceso judicial, la opción de la mediación electrónica viene a sumar otras añadidas. Como se ha señalado, puede resultar de clara utilidad a la hora de afrontar conflictos o de tratar de mejorar las relaciones. Presenta aún un menor coste y es muy flexible, aunque se tienen que tomar ciertas medidas que garanticen que la mediación cumple con todas las garantías. En épocas de normalidad y, especialmente, en momentos en que las circunstancias dificultan el que se pueda acceder a una mediación convencional, la mediación electrónica debe valorarse como alternativa y posible solución a los conflictos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALZATE, R “Mediación en línea”. *Revista de Mediación*. Año 1. N° 1. Marzo 2008. <https://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2013/06/Revista-Mediacion-01-02.pdf> Obtenido el 9 de abril de 2020
- BARONA S. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*. Tirant Lo Blanch. 2013
- BONET NAVARRO, A. *Proceso Civil y Mediación.*, Aranzadi, 2013.
- El Código de conducta europeo para mediadores ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M. C. *Manual de especialización en mediación civil y familiar*, Aranzadi, 2018.
- CALCATERRA, R. A. *Mediación Estratégica*. Barcelona: Gedisa, 2002
- CIARAMICOLI, A Y KETCHAM, K. *El poder de la empatía. Comprender es la clave*. Vergara, Buenos Aires, 2000.
- CONFORTI, O. D. *Pequeño manual de mediación electrónica*. Acuerdo Justo, Alicante. 2013
- COSER, LEWIS A: *The Functions of Social Conflicts*, Glencoe Il., The Free Press, McMilian, 1956
- CRIADO, A. “El procedimiento de mediación en el ámbito inmobiliario” En PEREZ-UGENA M. *Arbitraje y mediación en el ámbito arrendaticio* Tecnos, 2017. págs. 119 a 137
- DIEGO VALLEJO, R, GUILLEN GESTOSO, C. *Mediación: proceso, tácticas y técnicas*. Pirámide, 2016
- ENTELMAN, R. *Teoría de conflictos* Gedisa, Barcelona 2002.
- FISHER W Y URY W. *Getting to yes. Negotiating agreement without giving in* New York, Penguin book 1983.

- GARCÍA CUBERO, G. "Mediación por medios electrónicos: procedimientos y herramientas" en SOLETO, H (dir): *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*. Tecnos, 2017, págs. 455 a 470.
- FORLENZA, Samuel G. "Procesos paralelos en la mediación y la psicoterapia". En: GROVER DUFFY, Karen. *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores*. Editorial Paidós, 1996
- Guía para la práctica de la mediación intrajudicial <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/> obtenido el 31 de marzo de 2020
- GUILLÉN GESTOSO C.; J. MENA CLARE; E. RAMOS RUIZ y S. SÁNCHEZ SEVILLA: "Aproximación genérica a la mediación", SANCHEZ PEREZ, J.(coord)., *Aproximación interdisciplinar al conflicto y a la negociación*, Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2005
- KATSH, E. Y RIFKIN, J., *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*, Jossey-Bass, A Wiley Company, San Francisco, 2001, pág. 121
- LIBRO BLANCO DE MEDIACIÓN http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Documents/Publicacions/lilibres%20fora%20colleccio/Libro_blanco_mediacion.pdf
- LIBRO VERDE SOBRE LAS MODALIDADES ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO CIVIL Y MERCANTIL http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2002/com2002_0196es01.pdf
- MARTIN DIZ, F. *La mediación. Sistema complementario de la Administración de Justicia CGPJ* 2010
- MARTÍN MUÑOZ, A Y HIERRO ANIBARRO S. *Comentario a la Ley de arbitraje*. Marcial Pons, 2006,
- MASLOW, A. *Una teoría sobre la motivación humana* **Diez de Santos 1991. Edición original** *Motivation and personality* (1943)
- MOORE, C. *El Proceso de Mediación: Métodos Prácticos Para la Resolución de Conflicto* Granica, 1995.

-
- ORDOÑEZ SOLOS, D. “La Directiva sobre mediación y sus efectos en el derecho español: fuera de los tribunales también hay justicia”, *Diario La Ley*, núm. 7165, 2009, pp. 1-30.
 - OTERO PARGA, M. “La ética del mediador” en oc. SOLETO, H (dir): *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*. Tecnos, 2017.
 - OVEJERO, *Técnicas de negociación. Cómo negociar eficaz y exitosamente*. McGraw- Hill, 2004.
 - PARKINSON, L. *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*. Barcelona, España: Editorial Gedisa, 2005. p. 57.
 - QUERO. M. “Aspectos generales sobre la mediación. El mediador. Técnicas de la mediación” En PEREZ-UGENA (coord.) *Arbitraje y mediación en el ámbito arrendaticio* Tecnos, 2017. págs. 221 a 224.
 - RUBIN, J. Z., PRUITT, D. G., & KIM, S. H. *Social conflict: Escalation, stalemate, and settlement (2nd ed.)*. Mcgraw-Hill 1994
 - SENES MOTILLA, C. *La intervención judicial en el arbitraje*. Aranzadi, 2007
 - VÁZQUEZ DE CASTRO, E. «Perspectiva legal de la RDL. Conceptos jurídicos y marco legal.», en ALZATE SÁEZ DE HEREDIA R y VÁZQUEZ DE CASTRO R *Resolución de Disputas en Línea (RDL). Las claves de la mediación electrónica*. Reus. Madrid. 2013

