

**La mediación para todos**  
Mediación en el ámbito civil e intrajudicial

**BÉATRICE BLOHORN-BRENNEUR**

**HELENA SOLETO**



LA MEDIACIÓN PARA TODOS:  
MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO CIVIL E INTRAJUDICIAL



LA MEDIACIÓN PARA TODOS:  
MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO CIVIL E INTRAJUDICIAL

Béatrice Blohorn-Brenneur  
Helena Soleto Muñoz

DYKINSON  
2019

© 2019 Béatrice Blohorn-Brenneur/Helena Soletto Muñoz  
© 2019 Jessica Jullien de Asís, por la traducción de la parte 1  
© 2019 María Lourdes Arastey Sahún, por el prólogo

Editorial Dykinson  
c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid  
Tlf. (+34) 91 544 28 46  
E-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)  
<http://www.dykinson.com>

Preimpresión: TALLERONCE

ISBN: 978-84-1324-216-3

Versión electrónica disponible en e-Archivo  
<http://hdl.handle.net/10016/28377>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

La mediación acompaña un inmenso movimiento de la humanidad moderna: tener derecho a ser diferente, pero vivir juntos esta diferencia sin sufrir ni hacer sufrir, sin ser destruido, ni destruir, sin vencedor ni vencido.

Stephen Bensimon, *Panorama des médiations du monde*, L'Harmattan, 2010.





## SUMARIO

Prólogo	11
I. Teoría y práctica de la mediación	
1. El conflicto	
1. El conflicto y su rol	15
2. Los diferentes tipos de conflicto	15
2. Los métodos de resolución de conflictos	
1. Tres motores de resolución de conflictos	19
2. Cinco métodos de resolución de conflictos	20
3. ¿Mediación o conciliación?	21
4. ¿Cómo elegir el mejor método de resolución de conflictos?	23
3. La gestión de las emociones	
1. Las emociones según los neurobiólogos	33
2. La emoción costocircuiteda la reflexión	34
3. Las emociones en la evolución del conflicto	35
4. El desarrollo de la mediación	
1. La pre-mediación	38
2. El inicio de la mediación	39
3. Las fases habituales de la mediación	42
5. Técnicas de comunicación aplicadas a la mediación	
1. La Comunicación No Violenta (CNV)	53
2. Los lenguajes afectivos	54
3. La escucha activa	55
4. La indagación	56
5. Las reacciones a la palabra del otro	58
6. La reformulación	59

## ÍNDICE

7. La interpretación	64
8. El ritmo del discurso y adaptación al lenguaje	67
9. Superar los momentos difíciles	68
II. Marco jurídico de la mediación civil y mercantil en España	
6. Marco normativo	
1. Situación legislativa en España anterior a 2012	77
2. Una Directiva en 2008 y un Real Decreto en 2012	79
2.1 La Directiva 2008/52/CE	79
2.2 El Real Decreto 5/2012	80
3. Ley 5/2012. Características generales	81
3.1 Estructura y contenido de la Ley	81
3.2 Concepto de mediación	85
3.3 Ámbito de aplicación	86
3.4 Prescripción y caducidad	87
3.5 Persona mediadora	88
3.6 Coste de la mediación	90
4. Incidencia de la mediación en el proceso civil	91
4.1 Jurisdicción y competencia	92
4.2 Efectos en el proceso: la suspensión	93
4.3 Ejecución del acuerdo	94
4.4 Coste y costas	95
7. La incidencia del proceso en la mediación: la Mediación Intrajudicial o mediación conectada con el Tribunal	
1. Introducción	98
2. La información y la invitación a mediación	99
2.1 Voluntariedad versus obligatoriedad	101
3. Criterios de derivación	106
4. La eficacia del acuerdo de mediación	108
5. Coste	112
6. Instrumentos de desarrollo	114
7. Eficacia de la mediación	115
Bibliografía	119

## Prólogo

El interés en Europa por la mediación es innegable y está incrementándose de forma rápida y transversal. Los profesionales que trabajan en distintas áreas relacionadas con las consecuencias, de hecho y de derecho, que el conflicto provoca se hallan necesitados de análisis y reflexiones razonadas de quienes dedican su investigación y estudio a la mediación.

La literatura científica sobre la materia es todavía escasa, particularmente en ámbitos geográficos no anglosajones. De ahí que sea un motivo de satisfacción ver nacer una obra que, como ésta, permite el acercamiento a la mediación, como verdadera disciplina y herramienta de trabajo.

Tengo entre mis manos la versión en español de la obra de grandes expertas en mediación. Con ella, Béatrice Brenneur y Helena Soletto llevan a cabo una colaboración encomiable, claro reflejo de su respectivo trabajo constante y de su dedicación excelsa a la tarea de evidenciar que existe una necesidad de allanar el camino de la pacificación de aquellas batallas que, día a día, los jueces vemos librarse en los tribunales.

Quien lea esta obra comprobará que se le ofrece la ocasión de constatar que, en dos países limítrofes, se detecta una misma problemática. Francia y España están culturalmente próximos y son jurídicamente equiparables, tanto por sus vínculos históricos como por su actual realidad en el seno de la Unión Europea. Ello permite coordinar estudios conjuntos como el presente y buscar vías de tratamiento homogéneo de unos mismos problemas.

Me une a las autoras la filiación al Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación (GEMME) y, por tanto, no puedo dejar de apostar por este trabajo suyo, que está en línea con el empeño compartido en nuestra asociación en difundir y profundizar la consolidación de la mediación en los tribunales de los Estados Miembros de la Unión Europea.

El acceso a la justicia, como derecho fundamental del art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (así como del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), halla una más completa satisfacción cuando los jueces y tribunales son capaces de ofrecer a los ciudadanos una respuesta lo más adecuada posible a los verdaderos intereses que están en juego en la controversia. Las soluciones judiciales adjudicativas no siempre colman los legítimos anhelos de justicia de quienes acuden al sistema de los tribunales. De ahí que, tanto los jueces como los demás profesionales inter-

## PRÓLOGO

vinientes en el proceso, estén obligados a indagar en aquellos métodos de solución que permitan una mejor gestión del conflicto y, con ello, una oferta de justicia más real y eficaz.

Sumergirse en la mediación exige el esfuerzo de abrirnos a otras disciplinas, no estrictamente jurídicas, para plantearnos la necesidad de analizar las características y la causa de los conflictos. A todo ello contribuye con brillantez este libro, a cuyas autoras felicito y, a la vez, agradezco el honor de contar conmigo.

María Lourdes Arastey Sahún.  
Magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo  
Expresidenta de GEMME España  
Vicepresidenta de GEMME Europa

Parte I

TEORÍA Y PRÁCTICA DE LA MEDIACIÓN

Beatrice Brenneur

Traducción de Jessica Jullien de Asís



## El conflicto

### 1. El conflicto y su rol

La palabra «conflicto» viene del latín «confligere» que significa golpear. Es por tanto una oposición de opiniones entre personas o grupos.

Si el conflicto se resuelve por medio de la fuerza, puede escalar y llevar a unas consecuencias negativas. Dependiendo de la manera según la cual se resuelve, el conflicto puede ser destructor, y llegar incluso a la muerte.

Sin embargo, el conflicto puede tener consecuencias positivas. Es fuente de aprendizaje. Es el piloto que indica que la relación con el otro ya no es armoniosa. Lleva a la persona a cuestionarse acerca del motivo de sus sentimientos de tristeza, miedo o ira que le dirigen. El individuo toma conciencia de sus valores y sus necesidades fundamentales cuando se encuentra con un obstáculo y su punto de vista es cuestionado por los demás.

Es a través del conflicto que tomamos conciencia tanto de nuestra individualidad como de la alteridad, lo que nos permite conocer al otro en su diferencia. Desde este ángulo, la confrontación de puntos de vista diferentes es estimulante, fuente de riqueza.

### 2. Los diferentes tipos de conflicto

Distinguimos el conflicto personal del litigio jurídico. El legislador francés, de hecho, ha resaltado claramente esta distinción en el artículo 131.1 de Código de Procedimiento Civil relativo a la mediación Intrajudicial:

El juez que atiende un litigio puede, tras recibir el acuerdo de las partes, designar una tercera persona a fin de escuchar a las partes y confrontar sus puntos de vista para permitirles encontrar una solución al conflicto que les enfrenta.

El proceso puede ser comparado a un iceberg: la parte visible del iceberg corresponde al litigio jurídico que es atendido por el juez. Se encuentra plenamente recogido en el asunto remitido al juez. El conflicto que viven las personas, parte invisible del iceberg, es el origen del litigio que será atendido por el juez.

Cuando era juez en la sala de lo social del Tribunal de apelación en Grenoble, entendí la distinción que existía entre «litigio jurídico» y «litigio personal» gracias al siguiente caso: una empleada, despedida de una manera que consideraba improcedente, había presentado una demanda por daños y perjuicios contra su empleador. Me dijo entre lágrimas que no le importaba ganar el proceso si basábamos nuestra decisión sobre el hecho de que el empleador había incumplido la ley. No reclamaba daños y perjuicios por una violación de la ley. Quería escuchar decir que su jefe era, según ella, un «cabrón» y que no la había tratado bien. La dimensión humana y emocional del caso se les había escapado a los juristas.

Vemos así que el proceso nace de un sufrimiento adornado en términos jurídicos por el abogado, y después por el juez. Pero cuando el juez emite su decisión «en Derecho», deja en muchas ocasiones intacto el sufrimiento personal origen de la demanda de justicia.

El litigio puede ser principalmente:

– jurídico: una parte reivindica la aplicación de la ley. Por ejemplo, los acuerdos ilegales contra la competencia entre empresas, la interpretación de un convenio colectivo y de la ley, la violación del orden público... Los litigios jurídicos requieren profesionales en Derecho.

– técnico: una parte presenta un problema estrictamente técnico. Por ejemplo, un vicio notorio u oculto, o desperfectos... Estos litigios requieren generalmente recurrir a un experto.

– económico: una parte reclama una indemnización, por un error o un daño causado. La cantidad de la indemnización puede ser fijada por el juez si los elementos del caso lo permiten. Si no, será asistido por un experto.

– relacional: afecta a la relación entre las personas. Una persona se siente dañada en su identidad, rechazada, despreciada, ofendida, insultada...

El conflicto –interpersonal y relacional– deriva a menudo del afecto: conflictos entre asociados, un divorcio, un despido doloroso o complicado, etc. Proviene de la confortación de los sistemas de valores, de culturas, y lenguaje utilizado, de la historia personal y social que ha marcado a uno y a otro, de la oposición de las necesidades esenciales no satisfechas.

En la raíz del conflicto, descubrimos a menudo:

– malos entendidos o falta de información. Por ejemplo, suministros no acordes a los deseos del cliente.

– sistemas de valores de referencia diferentes. El conflicto afecta al sistema de creencias de la persona. Por ejemplo, el segundo matrimonio de una nuera puede sorprender a la suegra. Para la nuera, una mujer joven debe poder rehacer su vida. Para la suegra una viuda no debe «traicionar la memoria de su difunto esposo».



- intereses divergentes.
- necesidades no satisfechas: están ligados a la supervivencia, al poder, a la pertenencia, al reconocimiento.

#### Ejemplos de intereses divergentes

- Un proveedor ya no quiere que su distribuidor exclusivo comercialice sus productos, ya que resulta menos eficiente que otros distribuidores que acaba de conocer. Quiere por tanto romper el contrato. El proveedor y el distribuidor exclusivo tienen intereses divergentes.
- Un gran hotel ha construido una piscina en zona marítima pública, impidiendo a los usuarios realizar el recorrido de aduanas. El hotel y la administración tienen intereses divergentes.

#### La petición no es la necesidad

En realidad, la petición o solicitud de justicia oculta en muchas ocasiones una demanda de carácter psicológico y una necesidad.

La necesidad no corresponde siempre a la demanda de justicia. Por ejemplo, la necesidad de ser reconocida en su rol de madre lleva a una mujer a solicitar que su domicilio sea el domicilio principal del menor, cuando no tiene espacio suficiente para alojarlo.

El siguiente ejemplo muestra que si nos mantenemos en la petición –mantener o vender el domicilio familiar – solamente hay una alternativa. Mientras que, si buscamos la motivación oculta que se encuentra detrás de la petición, según la necesidad expresada, podemos encontrar varias posibles soluciones. Esta o aquella pueden resultar aceptables para ambas partes y permitir alcanzar el acuerdo.

#### El domicilio familiar

En una sucesión, uno de los hijos quiere vender el domicilio familiar y su hermano quiere mantenerlo. Si le preguntamos por qué quiere mantenerlo, puede expresar varios intereses y necesidades, permitiendo una diversidad de respuestas:

- necesidad de mantener lazos afectivos ligados a la familia
- necesidad de alojarse
- necesidad de respetar los deseos del difunto
- necesidad de que los hijos, primos y primas se reencontren en periodos vacacionales, como se venía haciendo.

#### La necesidad afectiva ligada a la familia

Podemos imaginar las siguientes soluciones:

- recibe el usufructo, su hermano la nuda propiedad
- acepta mantener el conjunto de muebles y objetos pertenecientes a la familia,
- acepta que otra casa más pequeña y menos costosa sea comprada en el mismo pueblo, y mantiene el conjunto del mobiliario
- compra la parte de la casa correspondiente a la herencia de su hermano

No puede afirmarse que una de estas soluciones sea necesariamente aceptada, pero hacemos aparecer una diversidad de soluciones de oferta, mientras que en el punto de inicio solamente existía una alternativa: mantener o no la casa.

La misma reflexión puede hacerse de las demás necesidades.

#### La necesidad de alojarse

- encuentra otro alojamiento de su elección en la misma zona,
- mantiene el usufructo y la nuda propiedad pasa a su hermano,
- los hermanos dividen la casa en dos partes, si esto es posible,
- ocupa la totalidad de la casa y paga un alquiler a su hermano,
- ...

#### La necesidad de la hermandad y de que los hijos se reencuentren

Si es la necesidad esencial, podemos imaginar pueblos, campos y lugares de vacaciones... donde todos los hijos se encuentren con sus padres durante las vacaciones. Podemos incluso imaginar si el comprador puede estar interesado en alquilar la casa a la familia durante las vacaciones.

En todos estos casos, el trabajo en conciliación y en mediación reside en buscar, si es posible, tras la petición, las necesidades esenciales y los intereses a satisfacer. Y, únicamente cuando se hayan detectado, una o varias soluciones aparecen, pudiendo así satisfacer total o parcialmente a las personas.

De esta manera, de una petición inicial –mantener el domicilio familiar– podemos definir varias necesidades diferentes.

Un juez confrontado a tal problema decide únicamente en base a Derecho: acepta o rechaza la petición que le es hecha. Las partes no tienen acceso a una pluralidad de soluciones.

Exploradas en profundidad, las necesidades revelan diferentes vías de soluciones para cada necesidad.

La mediación es un modo de resolución de conflictos entre otros, que tiene interés en conocer en profundidad para evaluar la pertinencia de cada uno acerca del caso presentado. Es el objeto del siguiente capítulo.

## Los métodos de resolución de conflictos

Algunas discrepancias encuentran solución en el Derecho. Otras provienen de la relación privada: encuentran un desenlace más satisfactorio con un modo amigable de resolución: negociación, conciliación o mediación.

### 1. Tres motores de resolución de conflictos

Existen esencialmente tres formas de responder a una situación conflictiva: la fuerza, el Derecho y los intereses.

La fuerza tiende a la eliminación física, material o psicológica del adversario. Es la respuesta unilateral, visceral, a una agresión.

Ejemplo: me abofeteas, te devuelvo tu bofetada.

Una amenaza como una huelga, crea igualmente una relación de fuerza buscando hacer ceder al otro por medio de la fuerza.

El Derecho tiende a hacer valer la supremacía jurídica de uno sobre su adversario, y a imponerle un «duelo» judicial que finalizará con un ganador y un perdedor.

Nótese que se trata también de una relación de fuerza. Uno tiene el Derecho de su lado, el otro contra él.

Ante los tribunales, el justiciable se encuentra en una relación de comunicación «padre/hijo», en el sentido del análisis transaccional (AT) apoyado por Eric Berne, médico psiquiátrico americano. El juez, «padre normativo», dirá a los justiciables, «hijos rebeldes» o «hijos sumisos» según su aceptación de la decisión o no del juez, cómo deben comportarse. Su decisión se impone, por una relación de autoridad vertical.

Los intereses tienden a la confrontación de puntos de vista divergentes. Los respectivos intereses de las partes son tenidos en cuenta a fin de desembocar en un acuerdo «ganar-ganar» o «satisfecho-satisfecho», con el «compañero». En esta fase, generalmente, una tercera persona imparcial interviene: el «mediador» o el «conciliador», sin poder de decisión. Son las partes quienes, con su ayuda, deben encontrar ellas mismas su acuerdo.

Se encuentran entonces en una relación de comunicación horizontal «adulto-adulto», en el sentido del análisis transaccional, si cada «adulto» toma en consideración no solamente sus propios intereses, sino también los del otro.

## 2. Cinco métodos de resolución de conflictos

Los conflictos pueden resolverse por la conversación y la negociación directa, la mediación, la conciliación, el arbitraje y el juicio.

En la conversación y la negociación directa las partes hablan entre ellas durante un tiempo más o menos largo: algunos minutos, algunas horas, algunas semanas... Llegan a una solución a través de sus intercambios.

La mediación permite este intercambio con la ayuda de un tercero, garante de las reglas de comunicación asegurando el respeto mutuo.

Puede ser:

– Convencional o extrajudicial: la persona que vive una discrepancia puede recurrir a un mediador, con el acuerdo de la otra parte, como recurso previo a la posibilidad de la vía judicial.

– Judicial: el juez a quien corresponde juzgar el conflicto puede, si las partes aceptan, designar un mediador para permitirles alcanzar un acuerdo amistoso.

La transacción es en ocasiones el resultado de la negociación o la mediación. Tiene fuerza de cosa juzgada: una vez que, por transacción, las partes han puesto fin al litigio, ya no pueden someter la causa al juez. Conlleva por tanto la extinción de la instancia: el juez se inhibe de la causa, objeto de la transacción.

La conciliación es una figura parecida a la mediación. Ambas partes buscan un acuerdo con la ayuda de un conciliador. Bien siendo el juez él mismo, u otra entidad pública<sup>1</sup>, cuando actúa dentro de sus competencias.

La fase de conciliación es obligatoria en España en ciertos ámbitos como los conflictos individuales laborales.

---

<sup>1</sup> N. T. Adaptación a España, donde la conciliación también es competencia de los Letrados de la Administración de Justicia y los servicios de conciliación estos últimos en el ámbito laboral.

En el arbitraje una persona externa toma la decisión: árbitro de deporte, jefe jerárquico, padres,...

El árbitro puede igualmente intervenir para solucionar litigios jurídicos. Es de cierta manera un juez privado, elegido y remunerado por las partes. Juzga el caso aplicando la ley. Si las partes le conceden el poder, puede intervenir como «maestro amistoso». Juzga entonces «en equidad», es decir, decide según lo que considera es lo más justo y equitativo.

El arbitraje puede ser decidido:

- antes del litigio, cuando las partes firman una «cláusula de compromiso» en un contrato, por la cual deciden recurrir al arbitraje en caso de litigio.
- cuando ya existe el litigio, si las partes firman un trato de arbitraje: el «compromiso de arbitraje».

El compromiso de arbitraje describe el litigio sometido a arbitraje e indica el nombre del o de los árbitros<sup>2</sup>.

La decisión o la «sentencia arbitral» tiene fuerza de cosa juzgada. Debe ser sometida a procedimiento de «exequatur» ante el tribunal de primera instancia para adquirir fuerza ejecutoria. Podrá entonces ser eventualmente ejecutada a la fuerza, y es susceptible de apelación<sup>3</sup>.

En el juicio, el juez emite una decisión que se impone a las partes. El juez depende de la institución judicial. Las partes no lo escogen. Su remuneración depende del Estado.

### 3. ¿Mediación o conciliación?<sup>4</sup>

Hay una diferencia en la implantación. La conciliación busca aportar una solución al litigio jurídico atendido por el juez. La conciliación es llevada por el juez o el conciliador. Es en ocasiones una fase obligatoria del procedimiento laboral (y en Francia del familiar). En primera instancia, la conciliación era antaño obligatoria en el sistema francés y español. Hoy en día, antes de ser citado a comparecer, puede intentarse la conciliación.

La conciliación puede ser llevada a cabo y encuadrada dentro de los deberes generales de conciliación del juez, se encuentra así integrada dentro del sistema judicial. Es gratuita.

---

2 Art 1447 del Código de procedimiento civil francés y (N t)

3 Artículos 1481 y siguientes del Código de Procedimiento Civil francés.

4 NT. Descripción del sistema francés con referencias al español.

El acuerdo será por tanto alcanzado dentro de los términos del litigio sometido al juez. Por ejemplo, las partes acordarán sobre la suma de los daños y perjuicios, la pensión alimenticia...

La mediación pretende restablecer la relación entre las partes y encontrar una solución al conflicto personal que viven.

La mediación no puede ser llevada a cabo por un juez. Es atendida por un tercero, independiente del sistema judicial. Tiene, generalmente, un coste. En Francia puede ser asumida a título de ayuda jurisdiccional para aquellas personas de renta baja, o por los servicios sociales (Fondo de ayudas familiares para la mediación familiar), o algunos servicios públicos territoriales (ayuntamiento, comunidades de municipios...).

En la medida de lo posible, el acuerdo alcanzado en mediación tenderá a satisfacer los intereses respectivos de las partes, incluidos los que se exceden del marco del conflicto presentado ante el juez.

Por último, el conciliador es más directivo que el mediador. Tiende a trabajar en menor medida el restablecimiento de la relación, a favor de encontrar un acuerdo. El mediador profundiza en mayor medida en las relaciones entre las partes que el conciliador. Toma más tiempo en el desarrollo del proceso, y trabaja para que la solución salga de las partes.

No obstante, la mayoría de las técnicas de comunicación descritas en este libro, si no todas, pueden ser utilizadas también en conciliación.

#### Una diferencia de estatus jurídico

El conciliador en Francia es un auxiliar de la justicia unido al tribunal de instancia. Es nombrado por una lista elaborada por el juez bajo juramento. Elabora un informe de actividad anual, interviene en las casas de justicia y de Derecho y en los ayuntamientos. Su misión de conciliación es voluntaria.

El mediador judicial no está sometido a otra condición que no sea las de honestidad, independencia y escucha. Debe demostrar una formación o una experiencia y una cualificación adaptada al litigio (artículo 131-5 del Código de Procedimiento Civil francés).

El juez fija la suma de la remuneración del mediador que es por tanto controlada, a menos para el mediador judicial, es decir ordenada por el juez. El mediador recibe los honorarios pagados por las partes.

Mediación y conciliación: ¿cuáles son las diferencias en Francia?

	Mediación	Conciliación
Obligatorio	Nunca	A veces
Llegado por el juez	Nunca	A veces
Puede exceder los términos del litigio presentado al juez	Sí	No
Tiene un coste para las partes	Sí	No
Ayuda jurisdiccional	Sí	Sí
Tiempo del encuentro	1 a 3 horas	
Estatus del tercero	Profesional independiente	Auxiliar voluntario de Justicia

#### 4. ¿Cómo elegir el mejor método de resolución de conflictos?

Ciertas divergencias encuentran solución en el derecho impuesto por el juez. Aquellos que nacen por un defecto en la comunicación o por un malentendido provienen de la relación privada y encuentran mejor desenlace a través de un método amistoso: conciliación o mediación.

¿Qué método de resolución sugiere usted?

1) Un empleado con una antigüedad de 30 años ha sido despedido por una falta grave. Al no tener liquidez en la tesorería, la empresa no podía pagarle su indemnización. (Debe recordarse que la falta grave priva al asalariado de sus indemnizaciones por despido y de su plazo de preaviso). Por tanto, el jefe le ha «abierto un expediente». Esto fue muy mal recibido por el empleado: «¡Hacerme esto tras 30 años! Tengo depresión. Necesito hablar con mi jefe y decirle lo que pienso». ¿Le aconseja usted ir a juicio o a mediación?

2) Una mujer maltratada no quiere divorciarse, pero no quiere que su marido siga siendo violento con ella. ¿Le aconseja ir a juicio o a mediación?

3) Un banquero suprime, sin preaviso, la autorización de descubiertos acordados con una pequeña Sociedad de Responsabilidad Limitada. Esta observa que sus cheques son devueltos por impago. El responsable de la SL desea reunirse con el banquero quien defiende como justifica la supresión del descubierto. ¿Le aconseja ir a juicio o a mediación?

4) Relación laboral y publicidad de debates. Un laboratorio ha «estafado» a otro vendiéndole productos ineficaces. El segundo laboratorio continúa comercializando el producto bajo el mismo nombre tras haberlo mejorado para hacerlo eficaz. Reclama los daños y perjuicios. ¿Propondría usted el proceso judicial o una mediación?

Respuesta 1, 2, 3 (Punto de vista del autor). En esos tres casos, la amenaza de una condena puede ser útil. Una situación en la que existe una relación de fuerza no se resuelve en mediación. Despido improcedente en el primer caso, agresiones y lesiones en el segundo, abuso de poder en el tercer caso. Optar por los tribunales permite restablecer el equilibrio: el juez se encarga de proteger al débil. El fuerte tiene entonces una espada de Damocles por encima de la cabeza. Una vez la relación de fuerza ha sido reequilibrada por la instancia al sistema judicial y antes que el caso sea llamado a ser juzgado, se podrá quizá iniciar una conciliación o una mediación.

Respuesta 4. Es un asunto en el que daremos prioridad a la mediación para evitar la publicidad de los debates. Los dos laboratorios se encuentran en igualdad de condiciones y pueden discutir de igual a igual. Un proceso podría provocar mala publicidad del producto, el cual aún se comercializa.

### *Los beneficios de la decisión judicial*

Según Paul Ricœur, filósofo francés contemporáneo, «La finalidad a corto plazo del acto de juzgar es zanjar el litigio».

Por sus conocimientos en Derecho, el juez es el más indicado cuando:

- el litigio es estrictamente jurídico y se da únicamente sobre la interpretación o la aplicación de la ley,
- atañe al ámbito del «orden público» (conjunto de normas jurídicas absolutamente ineludibles que se imponen a todos,
- se busca la publicidad del juicio para su ejemplaridad,
- las partes no tienen libre disposición sobre todos sus derechos,
- las partes ya no quieren volver a encontrarse, no hacen más ofertas y buscan terminar, sea cual sea la decisión,
- se trata de proteger a una de las partes en situación de debilidad o inferioridad.

### *Los límites de la decisión judicial*

«La finalidad a largo plazo del acto de juzgar es contribuir a la paz social», según Paul Ricœur.

Zanjar el litigio en Derecho no facilita la pacificación del conflicto y no siempre incluye el carácter humano del conflicto.

Daremos prioridad a una herramienta amistosa de solución de divergencias, cuando se trate:

- de evitar el riesgo judicial,



- de evitar el coste del proceso,
- de evitar la lentitud del proceso,
- de un problema de equidad (falta de prueba),
- de facilitar la ejecución de la decisión,
- de mantener relaciones (contractuales, familiares, de socios, laborales,...),
- de evitar la publicidad de las negociaciones.

#### El riesgo

En ciertos litigios, la solución dada por el Derecho es imprevisible. Existe un vacío jurídico, una laguna o una incoherencia en el contrato.

En otros asuntos, los litigios o los argumentos de las partes se equilibran y las responsabilidades son compartidas.

El juez interpreta soberanamente los hechos y las pruebas del caso. Esta apreciación puede depender tanto de los elementos objetivos del asunto como de la personalidad del juez. En consecuencia, para una misma situación, dos jueces pueden tomar decisiones opuestas. Es el riesgo judicial.

#### El coste

Un proceso tiene un coste. Aun si resulta menos costoso en Francia que en los países anglosajones, se tendrán que pagar unos abogados y el tiempo dedicado a ocuparse de los elementos del proceso, esperar varios años al pago de la indemnización en reparación del daño, o solicitar un préstamo, cuando la víctima podría cobrarlo si el acuerdo se alcanzara con mayor rapidez. Es tiempo y dinero perdido.

#### La lentitud

Sabemos cuándo empezamos un proceso. No sabemos nunca cuándo terminará. Cada recurso se suma al anterior: un proceso puede durar años.

En derecho laboral francés, un 62% de las decisiones del Tribunal son objeto de recurso. Es decir, varios años tras un despido, por ejemplo, la institución judicial aún no da una solución definitiva al problema que debía juzgar. El empleado despedido aún no recibe su indemnización y el jefe espera la respuesta a su situación.

#### La equidad

¿Qué es justo? ¿Qué es la equidad? En ausencia de criterios objetivos sobre las cuales poder motivar su decisión, el juez no tiene derecho a pronun-

ciarse en equidad. Debe pronunciarse acorde a las normas en Derecho. Sin embargo, lo que parece justo para una persona puede no parecérselo a la otra.

Por otra parte, el juez solamente puede pronunciarse sobre el objeto de la causa. Sin embargo, este no refleja siempre la realidad. Una parte puede tener razón sin poder aportar la prueba, lo que puede llevar al sentimiento de que la decisión no es equitativa.

#### La ejecución de la decisión

La parte condenada nunca ejecuta voluntariamente la decisión. Es por ello que existe un «juez de ejecución».

La experiencia de mediación llevada en Grenoble ante la sala de lo social del Tribunal de apelación demostró que, la decisión de primera instancia no siempre era ejecutada (ya que hay una apelación en el 62% de los casos), en cambio, el acuerdo alcanzado en mediación es inmediatamente aplicado por las partes, casi en la totalidad de los casos.

#### Mantener las relaciones

El proceso termina de destruir las relaciones que se mostraban ya frágiles. Tras el juicio, toda esperanza de retomar las relaciones es abandonada. Sin embargo, es en ocasiones indispensable mantener las relaciones, sean contractuales, familiares, entre socios, laborales,... Especialmente en el ámbito familiar: cuando hay hijos será mejor para ellos seguir educándoles juntos; o bien en el ámbito comercial, ya que ese proveedor es el mejor y sería una pena privarse del mismo.

#### La publicidad

La decisión judicial es pública. En ocasiones resulta incluso publicada en periódicos, lo cual puede perjudicar la imagen de la empresa o la comercialización de un producto.

Un ejemplo: «Bye-bye mosquitos»

Un laboratorio farmacéutico que ha estado vendiendo un producto antimosquitos, comercializado bajo el nombre «Bye-Bye mosquitos», a otro laboratorio, sabiendo que dicho producto no es eficaz.

El otro laboratorio ha seguido comercializando el producto con el mismo nombre comercial, tras haber modificado su composición para mejorar su eficacia.

El tribunal de comercio condena el primer laboratorio de manera severa, resaltando su mala fe, y ordena la publicación de la sentencia en tres periódicos.

Solicitar daños y perjuicios en justicia, demostrando que el producto comercializado es ineficaz no es desde luego la mejor publicidad que podamos hacer de un producto comercializado bajo el mismo nombre: «Bye-Bye mosquitos»! (El nombre del producto ha sido voluntariamente cambiado a fin de conservar su anonimato).

### *Los beneficios de la conciliación y la mediación*

Los inconvenientes del sistema judicial no se encuentran en mediación o en conciliación. Estos dos métodos resultan especialmente interesantes en relación a las siguientes características:

– la flexibilidad del proceso: se distancia de las reglas del procedimiento judicial.

– el mediador, como el conciliador, pueden reunirse personalmente con cada una de las partes, sin la presencia de la otra. Las conversaciones individuales que de esta manera pueden mantener con cada una de las partes les permite recoger la información que estas solamente desean compartir con el mediador, y hacer emerger las propuestas o pistas de posibles soluciones.

– la reducción del tiempo de desarrollo: tres meses en mediación intrajudicial en Francia, prorrogable una vez.

– el coste muy reducido: gratuidad para la conciliación, coste módico para la mediación en Francia, de algunos euros (5€ a 120€ la sesión, según lo acordado) según el cociente familiar en la mediación familiar; en torno a 800 € a repartir entre las partes en la mediación laboral y para la mediación mercantil entre 1.000 y 10.000 € según la importancia del monto en juego y el tiempo de desarrollo.

– mantener las relaciones con vistas al futuro: la mediación permitirá la puesta en marcha de una nueva organización para la familia, la recuperación de otras relaciones en el ámbito comercial...

– la búsqueda de un acuerdo lo más cercano posible a los intereses de cada uno, tras haber descubierto lo que resulta importante para el uno y para el otro.

– la confidencialidad de las conversaciones en mediación.

### *Los límites de la conciliación y la mediación*

La mediación encuentra sus límites en la naturaleza del conflicto y en el estado anímico de las personas.

#### *La naturaleza del conflicto*

Los litigios que solamente conciernen a la interpretación de la ley no requieren mediación sino una respuesta por vía judicial.

Así, por ejemplo, en los inicios de la informática, no existía legislación para los nombres de dominio o la comercialización de los productos en Internet. Los jueces han esclarecido un cuadro de referencia que, por consiguiente, ha sido recuperado por la ley. El juez aporta aquí seguridad jurídica, lo cual no puede hacer la mediación.

#### El estado anímico de las personas

Algunas personas se encuentran en ocasiones en mediación a pesar de su falta de actitud colaborativa. Consideran que su punto de vista es el único relevante, y rechazan escuchar al otro. Solamente se encuentran abiertas a su propio razonamiento. En su interpretación esa es la única respuesta lógica:

– Bien porque han sufrido demasiado en el conflicto, y desean escuchar del otro que ha cometido un error que por tanto debe reparar. En un conflicto, los ataques recibidos, como las heridas al amor propio, no generan deseos de reencontrarse con el otro sino de venganza. La mediación puede hacer cambiar esta visión de la situación, a condición de que las personas se encuentren en posición de poder dialogar con el otro y de abordar los problemas que tanto les han hecho sufrir, lo cual no siempre se da.

– Bien porque se encuentran en el límite de un estado patológico, en el que la terapia será la mejor respuesta. El mediador no es terapeuta. Puede sugerir a una o a ambas partes dirigirse a un especialista si lo considera necesario.

Una historia para mediar: Historia de la Reina de las hadas que quería traer la paz a los hombres

La Reina de las hadas baja a la tierra para traer la paz. Encuentra dos personas peleándose:

«¡Parad!» les dijo. «Voy a concederos vuestros deseos. Pedidme todo aquello que queráis, os lo concederé y el otro no estará celoso, ya que le daré el doble.»

Dirigiéndose a uno de los protagonistas le pregunta:

«¿Qué deseas?»

«Quiero 1000 millares de dólares en diamantes, lo más puros posible».

Al segundo, el hombre se encuentra ante él una montaña de diamantes; la montaña del otro es dos veces más alta.

La Reina de las hadas se gira entonces hacia el segundo de los protagonistas:

«Y tú, ¿qué deseas?»

«¡Sácame un ojo!»

Sucede que algunos prefieren una solución en los que todo el mundo es perdedor: su único deseo es perjudicar al otro. Con esta mentalidad, la mediación encuentra sus límites si las personas no evolucionan.

Los ámbitos de aplicación de preferencia del procedimiento, de la mediación y de la terapia.

Juez	Mediador	Terapeuta
Litigio jurídico	Conflicto ligado a lo relacional	Conflicto con base patológica

Nótese que las fronteras en lo que concierne a unos y otros no son muy herméticas.

### *El azar judicial*

En la mayoría de las veces, como sucede en los siguientes casos, la decisión varía según los participantes y refleja una verdadera convicción. Esto pone en evidencia el azar judicial.

La bolsa de cebollas (extraído de un caso real aportado por Jacques Salzer)

La clienta de un supermercado pasa por caja con una bolsa de cebollas sin etiquetar. La cajera llama a caja central para conocer el precio de la bolsa de cebollas. Sin embargo, no hay nadie en la caja central y una larga cola se forma ante esa caja. Los demás clientes se sienten molestos. La cajera toma entonces la decisión de dejar ir a la clienta sin pagar su bolsa de cebollas. Por la tarde, el director del supermercado le pregunta si ha habido algún problema. Ella no menciona el incidente de la bolsa de cebollas.

Al día siguiente, la clienta vuelve para pagar la bolsa de cebollas. Pero la cajera le repite que puede irse sin pagar el producto: «Es una estrategia comercial». Esta vez la caja central está conectada y la conversación grabada. La cajera es despedida por una falta grave, sin indemnización. Toma la vía judicial en el ámbito laboral y juzga usted el asunto.

El abogado de la empleada alega que se trata de una empleada ejemplar, que trabaja desde hace 18 meses como cajera en esta empresa, que nunca ha tenido ningún problema, que ha querido proteger la imagen de la empresa ya que los clientes estaban molestos y empezaba a haber una larga cola de espera, que es muy honesta y en ningún momento se llevó dinero, y, que en realidad, la dirección ha cometido dos faltas: la primera al no etiquetar la bolsa de cebollas, la segunda al no asegurar un servicio continuado en la caja central. En ausencia de información, la empleada tuvo que tomar una decisión y el jefe no se lo puede reprochar.

El abogado del jefe alega que se da en esta empresa un «derroche» del 2%, el doble de la media nacional y que ha tenido que introducir en el reglamento interno por medio de una cláusula que prevea que, si una empleada deja ir un cliente sin pagar el producto, será despedida por falta grave. En todo caso, se encuentra reflejado en el contrato que la cajera tiene la obligación de cobrar cada artículo en caja. Esta información ha

sido publicada en la empresa y ha sido enviada de forma individualizada por carta a cada empleado a su domicilio. Por otra parte, la cajera ha reiterado su falta negándose a cobrar a la clienta, dos días seguidos. Finalmente, cuando el director le preguntó la primera tarde si había surgido algún problema, hubiese tenido que señalar el incidente.

La empleada cobra un salario de 1500 € al mes.

A quién daría la razón; ¿a la empleada o al jefe?

Si tuviera que juzgar jurídicamente, tendría para escoger entre estas tres decisiones.

¿Cuál de estas elegiría sabiendo que las tres son legales?:

– el despido por falta grave: da preferencia a la tesis del jefe

– el despido por causa justa y de gravedad: condena al jefe a abonar el preaviso e indemnización por despido

– el despido sin causa justa y de gravedad: condena al jefe a abonar el preaviso, la indemnización por despido y una indemnización por despido improcedente. En este caso, ¿cuántos meses de indemnización estima acertados?

Compare su decisión con las personas que tiene alrededor.

La mayoría de las veces, la decisión escogida varía según los participantes. Esto es lo que pone en evidencia el azar judicial.

El rosa de las cajas de bombones

Un confitero encarga 1500 cajas para embalar sus bombones. El precio de cada caja es de 10 €. El pedido deberá realizarse en tres veces. Una cláusula del contrato prevé que la calidad del color rosa es un criterio esencial del pedido. Una muestra del rosa es adjuntada al pedido.

La empresa encargada de fabricar las cajas hace firmar una orden de impresión a su cliente. En ausencia del director, la secretaria firma la orden de impresión. Hace constar algunas advertencias indicando que el rosa debe ser más consistente y que es urgente enviar el primer pedido de 500 cajas, estando previsto un evento de presentación de los bombones al lunes siguiente. Esta presentación no se puede realizar sin las cajas.

El fabricante hace llegar las 500 cajas a tiempo, sin volver a hacer firmar la orden de impresión por falta de tiempo.

Al recibirlos, el confitero rechaza las cajas: el rosa no es lo suficientemente consistente, no es acorde a la muestra enviada.

En realidad el rosa debería ser idéntico al papel de embalar de los bombones y a los vestidos de las presentadoras del evento. Resalta que la orden de impresión contenía ciertas reservas que no han sido tomadas en cuenta. Anula el contrato por incumplimiento y rechaza pagar las 500 cajas entregadas.

El fabricante de las cajas alega que no sabía que el rosa debía ser idéntico a los papeles de embalajes de los bombones y los vestidos de las presentadoras, que la orden de impresión había sido firmada, que la urgencia del pedido le parecía esencial y que el rosa era muy parecido al de la muestra. Por otra parte, apunta que resulta imposible obtener exactamente el mismo color en soportes diferentes: metal para la caja, papel para

los bombones. Reclama el pago de la factura (5000 €) y 150000€ de daños y perjuicios por la brutal ruptura del contrato.

El abogado del fabricante de bombones replica que el contrato preveía que el rosa era una cualidad esencial que se encontraba reflejada en la orden de impresión y que el color debía modificarse para ser idéntico a la muestra remitida, lo cual no se había hecho. Solicita la anulación del contrato y 200 000 € por daños y perjuicios por los menoscabos causados por la ausencia de los embalajes de los bombones y las cajas el día del evento.

¿Qué posición defendería? Compare su decisión con las personas que le rodean.

## La equidad en justicia

### El escritorio del Dr. Schweizer

Tres abogados desean hacer la liquidación de su sociedad civil profesional. Los tres se pelean por el escritorio, un mueble que perteneció al doctor Schweitzer.

– El primer abogado resalta que el escritorio se encontraba en sus locales y que fue él quien trabajó sobre el mismo durante 25 años,

– El segundo abogado resalta que es primo del Dr. Schweitzer y que se trata por tanto del escritorio de su primo,

– El tercer abogado resalta que sin él, el escritorio no estaría aquí: fue él quien lo encontró en un estado lamentable, en un mercado, y lo compró. Aun habiendo sido rembolsado fueron su mujer y él mismo quienes lo renovaron durante 10 fines de semana.

Ejerce usted como juez. ¿Cuál es su decisión?

Compare su decisión con los demás «jueces» de su alrededor.

### El seguro de vida

Un hombre, casado desde hace una semana con la mujer con la cual vivía desde hace 15 años, muere súbitamente.

Dos días antes de su boda, cambió el beneficiario de su seguro de vida (80 000 €) para designar a su mujer, mientras que durante 18 años la beneficiaria fue su hija.

La hija, ahora de 20 años, necesita el dinero del seguro para pagar sus estudios.

La mujer tiene 55 años. Su trabajo a media jornada no le permite hacer frente a todas sus necesidades y precisa del seguro de vida. Estima inmoral forzarla, a su edad, a trabajar a jornada completa para vivir, y subraya que fue la voluntad de su marido.

En equidad, ¿cómo solucionaría esta situación? ¿Qué le parece más justo?

Dé respuestas precisas y con números.

Compare con las respuestas de las personas que tiene alrededor.

## La lentitud de la deliberación

### El barco hidroplano

Un constructor de barcos decide registrar el récord de velocidad de su último modelo de barco hidroplano en un evento público previsto el 2 de mayo: se espera la presencia de 2000 personas y la prensa.

Dos empresas son las encargadas, una de realizar las capturas de velocidad (empresa A), y la otra de diseñar el programa informativo para aprovechar los resultados (empresa B).

Sin embargo, el 2 de abril, un mes antes de la grabación del récord de velocidad, ambas empresas inician la vía judicial para hacer constar el incumplimiento del contrato por parte del otro.

La empresa A reprocha a la B no haber puesto en marcha el programa informático intermediario permitiendo continuar con las labores de concepción del sensor, y tener un equipo informático poco cualificado.

La empresa B reprocha a la A haberse retrasado 15 días en la entrega del sensor y no haber facilitado los primeros datos que permitieran la puesta a punto del programa informático.

¿Juzga el asunto? ¿Qué haría?

### Respuesta

Escollo: si el juez resuelve el asunto, hará la deliberación y dará la resolución tras el evento. De todos modos, el juez no podrá más que apoyar una de las argumentaciones y designar al culpable, o establecer un reparto de las responsabilidades. En todo caso, el evento tendrá que ser anulado, lo cual podría generar cuestiones residuales que afecten al resultado.

Este tipo de asuntos deben ser propuestos para mediación o intentar la conciliación de este.

Y así se hizo. En dos horas, las partes encontraron una zona de acuerdo y el evento tuvo lugar el día previsto.



## La gestión de las emociones

### 1. Las emociones según los neurobiólogos

Tanto en el sistema judicial como en conciliación y en mediación, las emociones se encuentran presentes e influyen significativamente. Resulta, por tanto, útil comprender cómo las emociones afectan en la gestión de un conflicto y porqué, según el sistema elegido, tienen efectos diferentes. ¿Qué dicen de esto los neurobiólogos?

En 1969, Paul D. Mac Lean, médico y neurobiólogo americano, publicó la teoría de «cerebro triúnico». Su esquema presenta tres cerebros distintos que aparecen sucesivamente a lo largo de la evolución de la especie humana: el cerebro reptiliano, el cerebro límbico y el neocórtex.

El neocórtex se encuentra bajo el control del cerebro límbico de las emociones. La persona puede, por tanto, volver a tomar los mandos únicamente si controla las emociones, es decir, toma distancia.

El cerebro límbico no es el asiento único de las emociones, sin embargo, es cierto que este modelo simple sigue siendo muy útil para comprender cómo aparecen nuestras emociones y controlar nuestro análisis y nuestro comportamiento.

1) Cuando recibe una información física: calor, quemadura, dolor... es primero la parte más antigua del cerebro, el cerebro reptiliano, quien lo trata o gestiona. Activa las reacciones automáticas y los reflejos a fin de asegurar la supervivencia del individuo.

2) Después la información es traducida en emociones en el seno del sistema límbico. Este sentimiento provoca manifestaciones físicas: aumento del ritmo cardíaco, enrojecimiento de las mejillas, manos húmedas...

3) Finalmente, el neocórtex, centro de la creación de la reflexión, analiza ambas informaciones: física y emocional. Las interpreta y crea una opinión. En reacción a la emoción, toma una decisión. Esta a su vez, se convierte en fuente de sentimientos y emociones.

## 2. La emoción paraliza la reflexión

Expresando las emociones, las personas vuelven a encontrar progresivamente los caminos de la razón.

Es por ello que parte del trabajo de mediador consiste en canalizar las emociones para así permitir a las persona recuperar su facultad de razonar.

El mediador debe por lo tanto sentirse cómodo con la expresión de las emociones para gestionarlas. Ello requiere una formación específica que no es ni la de juez, ni la de abogada, ni tampoco la de numerosas profesiones.

Bajo el efecto de la emoción, el neocórtex se desactiva.

### Una experiencia en la Universidad de Harvard

Personas que habiendo vivido una situación de estrés grave (por ejemplo una violación), bajo escáner, deben describir la vivencia. La imagen del escáner muestra que, bajo el efecto de las emociones, el neocórtex, centro de la reflexión, se vuelve menos activo, mientras que los componentes implicados en las emociones (y notablemente el cerebro límbico) se activan de manera más intensa.

### Un ejemplo extraído de la vida cotidiana

Espero un ascenso en el trabajo y otra persona consigue el puesto. Llevo mal que «mi» puesto haya sido atribuido a otra persona. Puedo experimentar un profundo sentimiento de injusticia. Desde ese momento, ya no soy capaz de abstraerme del problema y mi opinión sobre aquel que ha conseguido «mi puesto» es expresada sin reflexión. Le pongo la etiqueta de «intruso!»: mi reacción inmediata es ignorarlo.

A partir de ahí, comienza un nuevo ciclo. Mi actitud podrá ser complicada para el nuevo titular del puesto quien, por su parte, reproducirá el mismo esquema, llevando a una escalada de comportamientos violentos sin razón.

Estos sentimientos, ligados a las manifestaciones y reacciones del uno y del otro, pueden ser tratados en mediación.

### 3. Las emociones en la evolución del conflicto

«Emoción», «Emocionar»: estas palabras provienen del latín «emovere»: poner en movimiento. Al conmover a las personas, las emociones las ponen en movimiento hacia otro posible enfoque. Les permiten abandonar sus ideas fijas para buscar juntas y de manera profunda aquello que realmente desean.

Lo que está vivo tiene movimiento. El conflicto está vivo: nace, crece y muere. Al cabo de un tiempo, ya no es el mismo que en su nacimiento.

En mediación, las partes van a contar versiones diferentes de su historia común, vivir sus emociones, lo que les permitirá moverse para escribir juntos el escenario final. La mediación es dinámica.

Así, mientras que la emoción es a menudo percibida como un inconveniente que impide tratar el fondo, en mediación, la emoción es una oportunidad. Bien gestionada, permite pasar de la petición a las necesidades a satisfacer. La emoción, aquí, es un motor que dinamiza. Cuando es expresada, se detiene por sí misma y es entonces posible volver sobre el fondo del problema.

La petición en justicia tiende a ser estática. Cristaliza el litigio. No puede evolucionar, siendo quizá solamente parte de los efectos de las reglas del procedimiento: en el artículo 564 del Código de Procedimiento Civil francés se reconoce el principio de interdicción de nuevas apelaciones. A lo largo de los procedimientos judiciales, el juez está obligado por los términos del litigio. Lo solicitado no puede ser cambiado.

#### *Percepción, emoción y sentimiento: nociones diferentes*

Según Dominique Proudhon, investigador de biología celular, los biólogos definen la emoción como un proceso rápido compuesto por una fase de puesta en marcha seguida de una fase de reacción.

Dentro de la primera fase nuestro cerebro detecta un suceso en el entorno que nos descoloca: bienestar, malestar, supervivencia...

Una vez el suceso ha sido detectado, la fase de reacción es automática: las sensaciones físicas aparecen. Se encuentran ligadas a un conjunto de reacciones fisiológicas, de las que la más palpable es sin duda la aceleración del ritmo cardiaco. La «percepción» es un conjunto de sensaciones que «sentimos». Estas sensaciones generan entonces expresiones involuntarias: sonrisa, risa, mueca, lágrimas, cambio de entonación, balbuceo, sonrojo, temblores... Lo que los demás verán de mi comportamiento se encontrará de esta manera fuertemente matizado por las emociones presentes en mí.

Sin embargo, la fase de reacción va aún más allá y crea una «motivación a actuar». Cuando la señal ha sido detectada, la acción provocada será la evitación, la confrontación... No hay posibilidad de reacción calculada aquí: un comportamiento reflejo enfocado a mantenerme seguro, ante todo. Podemos entonces «perder momentáneamente la razón»: actuar de manera automática y hacer/decir cosas que no podemos controlar. Cosas de las cuales en ocasiones nos arrepentiremos...

Cuando soy consciente de que una emoción está presente en mí, puedo nombrarla. Se convierte entonces en una palabra, toma sentido. Es el «sentimiento». Soy consciente que estoy «rabioso, satisfecho, triste, inquieto, entretenido, asustado...». Nótese la personificación en el lenguaje: en realidad no «soy» mis emociones. Las siento en mi cuerpo, eso es todo. Pero el lenguaje del día a día puede destacar hasta qué punto nos identificamos – ¡a menudo muy a nuestro pesar! – con nuestros sentimientos. El sentimiento es por tanto una palabra que ponemos sobre nuestra percepción.

Sucede sin embargo que no seamos conscientes, en el momento, de nuestra emoción. Nuestros comportamientos son por tanto aún más automáticos. Solamente actuamos. Para darnos cuenta más tarde (algunos segundos o algunos años más tarde, para los más recalcitrantes) que actuamos «bajo los efectos de la emoción». En ocasiones, racionalizamos nuestro comportamiento, intentando sentirnos más seguros acerca del control que tenemos de nuestros actos.

Según Dominique Proudhon, el sentimiento es una toma de consciencia, algo que empezamos a contarnos, una intuición, una impresión de... Es el nacimiento de la «interpretación» que puede volverse cada vez más compleja, a medida que analizamos la situación: «Tengo la sensación, la impresión de haber sido utilizado», o «Tengo la sensación de que ha sido un auténtico desperdicio» ...

Tenemos entonces muchas dificultades en contentarnos con los hechos: por una extraña alquimia, estos se convierten rápidamente en percepciones, que dan vida a expresiones y comportamientos automáticos, y después a un sentimiento que nuestro cerebro intenta inmediatamente analizar, generando una interpretación más elaborada acerca de lo que «sucede realmente» fuera.

Es como decir que, para los humanos, la realidad no existe: cada uno tiene «su realidad» (que reconoce por supuesto como la «realidad objetiva»), ¡pero que depende de toda esta cadena de transformación! Sin contar con que en

ocasiones el desencadenante de esta mecánica no es un hecho, sino solamente un pensamiento que aparece en el cerebro del interesado.

Según Dominique Proudhon, las herramientas de mediación son:

- «Hablar de las emociones» dándoles su justo espacio,
- «Traducir las necesidades», haciendo emerger las necesidades escondidas en las reacciones y las emociones. Así podríamos explicitar la intención tras los actos,

- «Desenmascarar las interpretaciones». Podemos entonces disminuir la intensidad de los juicios de valor, que son interpretaciones cristalizadas en certezas, y salir de la dinámica «herida-venganza» y «ofensa-castigo» para favorecer la comprensión mutua.

## Capítulo 4

### El desarrollo de la mediación

La mediación es un proceso en el que domina el carácter consensuado, desde su comienzo hasta su cierre.

#### 1. La pre-mediación

Aceptar ir a mediación, es aceptar dar el primer paso hacia el otro. Este primer paso es en muchas ocasiones el más difícil. Es seguido por otro paso, y otro... Y son estos pasos, repetidos, los que hacen avanzar a las personas. Se convierten en responsables de la solución de sus conflictos, y cada una contribuye a restablecer los lazos y a alcanzar el acuerdo,

Entonces ¿qué impide a las personas ir a mediación? Puede ser:

- el sentimiento de que ya está todo dicho y que no hay discusión posible,
- el miedo a lo desconocido,
- el sentimiento de tener razón y que no hay motivo para hacer concesiones
- el sentimiento de que con el otro, no se puede hablar,
- el desánimo,
- el miedo a encontrarse con el otro,
- el deseo de ser reconocido oficialmente como vencedor,
- ...

Es a este conjunto de sentimientos vividos por las personas a los que se debe responder para que acepten ir a mediación.

En un conflicto, los ataques que hemos percibido como heridas a la autoestima no animan a encontrarse con el otro, sino más bien alimentan el deseo de venganza.

En la «sesión informativa», según cada caso, el mediador pondrá el acento sobre las reglas de respeto, de escucha y de búsqueda de comprensión mutua lo que convertirá los intercambios en relación en otros diferentes a los realizados en el pasado, donde pudieron ser agresivos o estériles.

La búsqueda de «quién se equivoca y quién tiene razón», es sustituida en la mediación por la búsqueda de un intercambio auténtico, sincero y más calmado sobre «¿Qué ha sentido cada parte? Y, ¿en qué tienen la sensación de tener razón?»

El primer acto en el proceso de mediación es, por tanto, el de informar a las partes de lo que es la mediación, y la forma en la que va a desarrollarse el proceso, tomando en consideración las razones expuestas previamente.

#### Ejemplos

(P: una parte, M: el mediador)

P: No le quiero ver.

M: En mediación, puedo hacer de intermediario y atenderos individualmente de manera encadenada.

P: Nos hemos gritado...

M: En mediación, vamos a poder decirnos las cosas de otra manera.

P: Me va a insultar.

M: En mediación, el mediador hace cumplir normas de respeto hacia el otro.

De esta manera, antes de comprometerse a ir a mediación, las partes deben conocer de previamente las ventajas y los límites.

## 2. El inicio de la mediación

A continuación de los encuentros en la «sesión informativa», si las partes aceptan el comienzo de la mediación:

- un lugar es escogido, preferentemente neutro: sala del Ayuntamiento...,
- un tiempo es previsto: la sesión puede durar de 1 a 4 horas... o incluso más, con pausas,
- un coste es fijado, el cual varía según si el mediador es remunerado por las partes, por el Estado o por instituciones: seguros, banco, PTT, EDF, Consejo de Europa..., o que sea voluntario, como frecuentemente sucede en mediación vecinal o escolar.

El mediador recibe a las partes y las sitúa. Lo ideal suele ser tener una mesa redonda o tres mesas colocadas formando un triángulo, de manera que cada uno pueda dirigir fácilmente su mirada, tanto hacia una parte como hacia el mediador. No obstante, hay que adaptarse al lugar. Cuando solamente hay una mesa rectangular, algunos mediadores se colocan en los extremos de la mesa, situando a las partes a sus lados, a la derecha y a la izquierda, los abogados más lejos, al lado de sus clientes.

### El inicio del proceso PORTA<sup>1</sup>

El mediador toma primeramente su tiempo para presentar la mediación. Cuando las personas acuden a la primera sesión de mediación, se encuentran superadas por la emoción. El mediador debe por tanto «tomar terreno» y crear un ambiente de confianza, mostrando que el proceso que dirige permite a cada uno tener su espacio, y permite evolucionar hacia la resolución de los problemas, que organiza los intercambios y que es responsable del proceso.

A medida que habla y presenta la mediación, las personas van a respirar al ritmo del mediador. Si la respiración del mediador es calmada y regular, lo transmitirá a las personas que se encuentran en la sala.

La sesión de mediación debe comenzar por la presentación de la puerta («porte») que conviene abrir para entrar en mediación:

Presentación

Objetivos

Reglas

Tiempo

Acuerdo

### Presentación

En la mediación convencional, el mediador es elegido por las partes. Puede ser sugerido por las personas del entorno o dentro de un listado de una asociación de mediación.

En mediación intrajudicial, puede ser aconsejado por el juez, pero puede ser igualmente escogido por las partes.

El mediador se presenta. No es ni juez ni árbitro, no da consejos. Contribuye al respeto de las reglas de intercambios permitiendo la comprensión mutua y la búsqueda de soluciones que puedan convenir a todos.

Expone el rol que cada uno de los participantes juega en la mediación: el mediador, los abogados, el juez.

Invita a ambas partes a presentarse, en su caso.

El mediador se asegura que cada parte tenga poder para firmar el acuerdo final (el menor, el director de recursos humanos de la empresa, el representante de una asociación, el sindicato de copropietarios...)

---

<sup>1</sup> Adaptación de «Méthode de médiation», de Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer et Aurélien Colson, Editions Dunod.

N.T. Porte es puerta en español, se modifica el acrónimo para facilitarlo al español, sustituyendo Compromiso por Acuerdo.



Se asegura así como condición previa, de tener alrededor de la mesa personas útiles en la resolución del conflicto. De lo contrario, puede invitarlas a estar presentes. Busca igualmente el «fantasma», aquel que «mueve los hilos» sin ser participante: la segunda mujer en un divorcio, le director financiero de una empresa,...

### Objetivos

El objetivo es la resolución del conflicto, y la búsqueda por las partes, por sí mismas, de soluciones que les convengan.

El objetivo es también evitar los inconvenientes del sistema judicial y de alcanzar un acuerdo sin azar, rápido, equitativo y ejecutado sin reticencias, lejos de la publicidad de los debates, acuerdo que contribuye a mantener la relación, a un bajo coste.

### Reglas

Las sesiones de mediación se desarrollan en la más estricta confidencialidad.

Las conversaciones separadas pueden tener lugar entre el mediador y una de las partes. Destacar que cada vez que una sesión individual es propuesta a lo largo de la mediación (o que una de las partes lo solicita), es necesario realizar otra así mismo con la otra parte, para mantener el equilibrio. Es necesario recordar que estas sesiones individuales son estrictamente confidenciales, salvo que las partes autoricen al mediador o le soliciten revelar a la otra parte la información.

Cada una de las partes y el mediador puede finalizar la mediación en todo momento. En mediación intrajudicial, el juez puede hacerlo también.

Cada parte debe actuar de manera respetuosa con las personas (sin insultos) y respetando el turno de palabra del otro sin interrumpirle, apuntando lo que es importante para responder más adelante. El mediador debe plantearse poner a disposición de los participantes papel y lápiz para que cada uno apunte los aspectos que desea profundizar, o que no corresponden con su versión de los hechos o a su valor.

### Tiempo

La duración y el número de sesiones varían según la dificultad del asunto. Pueden darse una o varias sesiones. En mediación intrajudicial, la mediación puede desarrollarse durante tres meses, prorrogable una vez.

### Acuerdo

El mediador se asegura que las dudas han sido aclaradas y consulta a las personas acerca de si tienen preguntas. Les solicita que se comprometan a respetar las reglas del proceso que acaban de formular. Puede incluso hacerles firmar un acuerdo.

Y ello solo tras haber «tomado el control» para calmar la ansiedad de las partes, que se familiaricen con la voz y la presencia del mediador, con el entorno, que se acostumbren a volver a encontrarse con la presencia del otro, que la sesión de mediación propiamente dicha puede empezar.

Para gestionar los hechos, las emociones, las necesidades y los intereses, la mediación propone diferentes etapas que vamos a analizar a continuación.

### 3. Las fases habituales de la mediación

Thomas Fiutak, mediador y formador en mediación en los Estados Unidos (Senior Fellow, Technological Leadership Institute, University of Minnesota), fundador de «Médiateurs sans frontières», ha profundizado en el esquema propuesto inicialmente por Fischer & Ury (Harvard) para representar las etapas de la negociación.

Descompone el proceso de mediación en cuatro fases esenciales:

1 - ¿Qué?

2 - ¿Por qué?

3 - ¿Cómo?

4 - ¿Cómo finalmente?

Estas fases del proceso se integran en la llamada «negociación razonada» que ha establecido varios principios a fin de facilitar el éxito de una negociación.

Separar las cuestiones de las personas, de las cuestiones del asunto

En ocasiones la relación entre las personas se confunde con los asuntos a tratar. Para evitar esta confusión, puede ser de utilidad tratar de manera separada, de una parte, aquello que concierne a las personas y su relación (reproches, ataques, molestia, ...) y, por otra, lo que concierne al asunto en cuestión (límites de propiedad, incumplimiento del contrato, pensión alimenticia, daños causados...).

Buscar y profundizar en los intereses, sin detenerse en las demandas o en las «posiciones»

Ejemplo de posición inflexible:

- Quiero que vendamos la casa.
- No.
  
- Un aumento de salario de un 3% es el mínimo.
- No iremos más allá del 1%.
  
- Los tres niños se quedarán con su madre.
- No, los niños vivirán con su padre.
  
- Hay una imitación de los motivos de la tela.
- En absoluto, es una creación original que no tiene nada que ver.

Las etapas de la mediación se encuentran en relación con estas lógicas, a la par que integra la gestión de las emociones.

### 1. ¿Qué?

Son los puntos de inicio y las demandas expresadas. Se trata de definir el problema, tal y como aparece en la parte visible del iceberg, y de realizar una lista de puntos sensible para cada uno, para que, al finalizar la mediación, se les encuentre una solución.

En la fase del «qué», las partes dan su versión de los hechos, con los razonamientos que han construido. Los abogados, si se encuentran presentes, toman a menudo la palabra en este estado del proceso, para exponer los puntos de vista jurídicos de la situación.

### 2. ¿Por qué?

Es la profundización en los problemas. El mediador busca los intereses subyacentes y los puntos en común, las motivaciones profundas del malentendido. Es a menudo útil acudir al momento del encuentro entre los interlocutores para encontrar el momento en el que todo cambió. Podemos igualmente establecer un histórico de las relaciones desde que las partes se conocen.

Dentro de la fase del «por qué», el mediador incita a las partes a expresar sus sensaciones, sus emociones. El mediador reformula lo que se dice para asegurar una buena comprensión y obtener un acuerdo sobre esa reformula-

ción. El mediador busca un lenguaje positivo, un lenguaje no-violento, para reformular las expresiones de las personas.

Las aclaraciones se hacen con preguntas abiertas

El mediador hace emerger las necesidades esenciales subyacentes, la naturaleza del conflicto (necesidades, intereses, valores) que puede anotar sobre el rotafolios, haciéndolos visibles para todos.

Los hechos, las necesidades y los intereses

La mayoría del tiempo, percibimos un hecho. Pero de manera involuntaria, el individuo hace del mismo una selección que conserva en su memoria. Tenemos por lo tanto la memoria de los hechos. Es esta selección de los hechos retenidos la cual sometemos al análisis personal. Como cada uno sigue el mismo procedimiento, ello desemboca en varias «verdades», cada uno habiendo deducido su propia interpretación de un hecho, la cual considera como «la» referencia. No se es consciente que se trata de una referencia entre otras.

El mediador debe por tanto saber hacer emerger aquello que ha sido realmente percibido por los cinco sentidos de la persona que relata un suceso, y posteriormente buscar qué efectos han tenido estos hechos sobre la persona, cuál es su sensación o vivencia y, finalmente, qué análisis hace de lo sucedido.

En mediación, los hechos solamente tienen interés por la manera en la que son vividos e interpretados. Es lo que interesa al conciliador o al mediador. Cuando una persona describe «un hecho», le hace describir también «lo que este hecho le hace sentir».

Los intereses son resultado de las necesidades

Utilizaremos las siglas N/I a continuación para indicar aquello que es buscado de manera más profunda, tras las demandas aparentes.

En ocasiones, según las situaciones, la necesidad y el interés se solapan. En ocasiones se expresan de manera diferente.

Esquemáticamente, las necesidades se encuentran ligadas a la supervivencia. Las necesidades «animales» provienen del mundo interior.

Para satisfacer sus necesidades, el individuo elabora conductas para relacionarse con el mundo exterior. Así las necesidades, le llevan a elaborar una estrategia para no ponerse en peligro. Tras haber expresado una necesidad existencial, actúa para satisfacerla haciendo prevalecer sus intereses. El interés traduce en acción la necesidad de la persona.

En el lenguaje de los negociadores y de los mediadores, sucede que ambas palabras, «necesidades» e «intereses» sean utilizados indistintamente.

Abraham Maslow, psicólogo, ha jerarquizado en los años 40 las cinco necesidades fundamentales de la persona: necesidades psicológicas, de seguridad, de pertenencia y de amor, de aprecio, de realización de uno mismo o bienestar personal.

Como eco de las necesidades, los intereses (del latín *interest*, «importa») representan aquello que es importante para el individuo, aquello que le «interesa». Podríamos unirlos en la idea de motivación. En aquello que va a motivar a cada uno hacia el acuerdo, la necesidad parece más vital y el interés más cercano a lo que «vale o es suficiente» y será un añadido o extra.

Para encontrar soluciones, se debe descifrar las necesidades fundamentales y los intereses. Frente a cada necesidad e interés, en mediación buscaremos una pluralidad de soluciones, entre las cuales escogeremos aquellas que permitan satisfacer al máximo al uno y al otro.

Volvamos al caso de la cajera despedida

(ver supra p. 40\* el caso titulado «La bolsa de cebollas»)

Su necesidad esencial es la seguridad material. Su interés es por lo tanto mantener su empleo, aceptando incluso una sanción distinta al despido, como la amonestación.

La necesidad del jefe es asegurar una buena gestión de la empresa y su interés es prevenir un posible paro e imponer un respeto absoluto a la norma de pago de todos los productos en caja.

Vemos en este ejemplo que las necesidades son diferentes: seguridad material/buena gestión de la empresa y que los intereses convergen: sustituir el despido por una sanción.

Una persona puede sufrir al sentirse excluido de la familia. Su necesidad fundamental de pertenencia a una familia no se encuentra satisfecha. Puede tener interés en buscar una solución tranquilizadora de acercamiento a la familia para volver a encontrar su lugar.

Mantener la relación

La revista de moda y el fabricante de perfumes

(Extraído de un juego propuesto por Myriam Bacqué)

Un gran perfumista «Dupont senteurs» (uno de los más grandes mundialmente) ha firmado un contrato con una revista de moda mensual de gran tirada «Le grand journal

Madame» para incluir una publicidad durante seis meses en una página completa en el interior. El bono que tirar (BAT) lo firma una secretaria que no se percata que el color es tenue.

La primera publicación es satisfactoria ya que la página publicitaria está en una buena posición, a pesar de no tener un color perfecto.

Sin embargo, las 2<sup>o</sup> y 3<sup>o</sup> publicaciones no son satisfactorias: el perfumista descontento del color y de la posición de la publicación en penúltima página. Rompe el contrato y rechaza el pago de las tres publicaciones pasadas. La revista es fuerte jurídicamente ya que en el contrato no hay nada que permita exigir un lugar mejor y el BAT ha sido firmado.

Enumere las necesidades de los dos jefes de empresa y de las razones por las cuales la revista y el cliente tienen interés en continuar con su colaboración. Encuentre un acuerdo.

Respuesta

El acuerdo se alcanza tras hacer un listado de las necesidades (asegurar el crecimiento de ambas empresas) y los intereses de cada una de las partes:

– para el perfumista, mantener la relación contractual con la revista de moda de mayor repercusión, eliminar los riesgos judiciales, ya que su posición jurídica no es fuerte, evitar la publicidad, la lentitud y el coste del proceso...

– para la revista, mantener ese gran cliente...

### 3. ¿Cómo?

Se debe proponer el mayor número de posibles soluciones para satisfacer las necesidades/intereses (N/I) definidos dentro del «porqué».

El mediador recoge los puntos importantes enumerados en el rotafolios por cada una de las partes, para que posibles soluciones sea imaginadas.

Las partes hacen uso de sus capacidades (capacidades intelectuales ligadas al neocórtex) para pensar todos juntos en todas las posibilidades de acuerdo que llegan a soluciones variadas. En muchas ocasiones, no sospechamos la cantidad de posibles soluciones. La mediación contribuye a hacerlas aparecer.

En las etapas de mediación atravesamos el «qué»: los datos y el contexto, el «por qué»: la profundización de diferentes puntos y necesidades profundas.

El «cómo» es una etapa de búsqueda de respuestas a cada una de las partes. Va a requerir un tiempo de creatividad por parte de todos: es el momento de la «tormenta de ideas». En la fase siguiente del «cómo finalmente», las partes escogerán entre todas estas respuestas.

Sobre la pizarra o rotafolios, el mediador apunta las propuestas de posibles soluciones para satisfacer las N/I de cada una de las partes. Si se da el caso, añade igualmente otras ideas que él mismo haya tenido.

Es entonces, únicamente cuando cada uno tiene el sentimiento de haber explorado todas las opciones posibles que vamos a elegir cuales podrían ser convenientes.

En ocasiones, una propuesta buscada con el fin de satisfacer el uno, convertirá en aceptable otra propuesta para satisfacer al otro. Las partes tendrán entonces la sensación de alcanzar un equilibrio aceptable.

Terminamos buscando qué propuesta podría convenir de forma simultánea a todos.

Es aquí donde se debería, entre las partes y el mediador, “orquestrar” una dinámica de imaginación, para llegar a soluciones creativas que respondan a las N/I. Sin embargo, a menudo, nos limitamos a las estrechas alternativas situadas entre las demandas.

Podemos a menudo hacer algo mejor que mantenernos entre dos soluciones en un estrecho marco. El siguiente ejercicio de reflexión sobre la búsqueda de posibilidades ilustra la utilidad de “salir del marco o de la caja”.

Salir del marco binario donde las partes en conflicto se encierran y encierran al mediador.

#### Los diecisiete camellos

Un padre fallece dejando diecisiete camellos a sus hijos. En su testamento, solicita que:

- el mayor de sus hijos reciba la mitad de los camellos,
- el segundo reciba un tercio de sus camellos,
- el tercero reciba un noveno de sus camellos.

El mayor de los hijos considera que la mitad de diecisiete, es decir ocho camellos y medio, no es viable y propone coger nueve camellos.

El segundo responde al mayor que ya tiene la parte más grande de la sucesión y que de ninguna de las maneras cogerá aún más. Señala que un tercio de diecisiete camellos son cinco camellos y medio y que por tanto propone que sea él quien redondee a seis camellos.

El tercero de los hijos considera injusto tener solamente  $1/9$  de la sucesión, es decir un camello y medio, y propone que, teniendo la parte más pequeña, tenga dos camellos.

El conflicto se intensifica, manteniéndose todos en sus posiciones. Pasa un mediador, subido a su camello, a quien someten su litigio. El mediador, tras haberlos escuchado, les confía su camello mientras va a hacer una compra y les pide que se lo devuelvan una hora más tarde, a su vuelta. Añade que está aquí solamente para darles la posibilidad de resolver su litigio y que les corresponde a ellos encontrar su solución.

¿Cómo van a encontrar los tres hermanos un acuerdo que les satisfaga por completo a cada uno de ellos?

#### Solución

Aquí, con el camello prestado, nos encontramos con dieciocho camellos. Y todo se vuelve posible: el mayor recibe nueve camellos, el segundo 6 camellos y el tercero 2 camellos:  $9 + 6 + 2 = 17$

...y el mediador podrá recuperar el camello prestado.

La solución no es posible sino cuando vamos a buscar un elemento exterior al litigio para permitir resolverlo.

La práctica muestra que:

- Cuantas más opciones de posibles soluciones tengamos, más sencilla se vuelve la elección del acuerdo: las ideas de uno y de otro se complementan,
- Cuantas más respuestas variadas encontramos a las N/I, aun pareciendo lejanas del litigio, más posibles soluciones tendremos que satisfagan al uno y al otro.

El paso del «CÓMO» al «CÓMO FINALMENTE»

Sucede que la búsqueda de las ideas a lo largo de esta fase permite imaginar una nueva solución, plenamente satisfactoria para ambas partes. En otros casos, sucede que cada parte da un paso hacia el otro y renuncia parcialmente a uno de sus deseos, pero recibe a cambio lo suficiente para alcanzar un acuerdo.

#### 4. ¿Cómo finalmente?

Cuando las partes logran una solución amistosa, en este punto, van a concretar su acuerdo detallando su contenido y su forma.

La elección del contenido del acuerdo

Es la elección final de las soluciones. En mediación buscamos un acuerdo equitativo, equilibrado, lo más cercano posible a las necesidades e intereses (N/I) de las partes y que permita a cada uno mantener la cabeza alta. El acuerdo deberá ser duradero y ejecutable.

La situación de crisis aleja del sentido común. El mediador no llevará necesariamente a las partes a encontrar un acuerdo en el marco del litigio tal y como ha sido descrito. Llevará a cabo un reenmarcamiento. Cambiando el marco, el contexto se modifica y los puntos de vista de cada uno pueden evolucionar. Pero para ello, es también necesario saber abandonar el marco jurídico en el que en ocasiones se encuentra circunscrito el litigio.



Llega un momento en el que, tanto las partes como el mediador, deciden parar la mediación. En este caso, es útil que el mediador haga reflexionar a las partes acerca de lo que pasará si no se alcanza un acuerdo: los problemas que subsisten, coste, duración, reanudación de los procedimientos... Sucede que las partes, tomando conciencia de los riesgos que conlleva el no acuerdo, soliciten continuar la mediación.

Veremos al final del capítulo algunos ejemplos, extraídos de mediaciones reales, que ilustran una diversidad de soluciones donde las mismas reflejan su creatividad.

#### La elección de la forma jurídica a dar al acuerdo

Cuando las partes tienen abogados que les aconsejan, es recomendable dejarles redirigir el acuerdo y elegir la forma que consideran la mejor para consagrar el acuerdo por escrito.

Estos velarán porque el acuerdo no afecte derechos sobre los cuales las partes no tengan libre disposición.

Por ejemplo, si bien las partes pueden organizar las consecuencias de su divorcio, no pueden divorciarse ellas mismas por acuerdo. El juez tendrá que tomar una decisión para formalizar la ruptura del matrimonio ya que se trata de una materia que concierne «el estado de las personas», que concierne al orden público.

Los abogados velarán igualmente por la forma jurídica a dar al acuerdo: en ocasiones una simple acta de acuerdo bastará. En otras, una transacción será preferible.

#### La firma del acuerdo

Firmar el acuerdo permite formalizar los compromisos respectivos de las partes. Cada uno podrá recordar al otro el contrato establecido. ¿Debe firmar el mediador? Existen diferentes posturas:

- el mediador no firma el acuerdo ya que es obra de las partes,
- para reflejar su presencia, puede indicarse «en presencia de» y el mediador firma, mostrando así que simplemente ha estado presente y es testigo del acuerdo de las partes.

## Ejemplos de paso del «cómo» al «cómo finalmente»

### Acuerdos cercanos a los intereses de las partes

Un empleado es despedido por falta grave por haber desatendido la clientela

Las partes están en desacuerdo, tanto en los motivos del despido como acerca de la eventual indemnización.

Tras haberse explicado, y que cada una haya reconocido los intereses y las necesidades del otro, las partes han presentado como posibles soluciones:

- una indemnización de 30 a 40 000 €,
- una reintegración en otro puesto,
- una jubilación anticipada del trabajador,
- ...

Finalmente, se ponen de acuerdo sobre la creación, por parte del trabajador, de una empresa en la misma rama de actividad que el superior (pieza de fábrica). El ex-empleado suministrará las piezas de fábrica necesarias a su ex-jefe. El antiguo jefe se convertirá en cliente del antiguo empleado.

Esta solución permite:

- al antiguo empleado, contar con un número de asuntos mensuales asegurados y acceder a los créditos bancarios,
- al antiguo jefe, no perjudicar su tesorería y diversificar su clientela.

Las partes han salido del marco del litigio que giraba en torno al coste de la indemnización y el despido.

Una mujer solicita una pensión alimenticia de al menos 800 €

Ello parece corresponder a la suma habitualmente acordada por los tribunales en situaciones parecidas. Siendo los ingresos del marido suficientes (3 000 €), resulta sorprendente que lo rechace y proponga 400€. Buscamos las posibles soluciones. Surgen otras ideas: una oferta de alojamiento para el hijo, ...

Los mediadores exploran en mayor profundidad las necesidades y los intereses. ¿Por qué, si los ingresos parecen suficientes, resulta tan importante para el marido no superar los 400 €? Tras un silencio, el marido indica que su nueva compañera no acepta que una cantidad de 800 € sea pagada a la exmujer. El marido admite que tiene medios suficientes, pero que no quiere disgustar a su compañera.

Se busca entonces una nueva solución creativa y se encuentra. Se añade a la pizarra de las soluciones y es mantenida con el acuerdo de todos:

- el padre paga directamente, con el límite de los 400€, los gastos directos de los hijos, (comedor escolar, vacaciones, ropa, deporte...)
- por su parte, la exmujer recibirá 400€ para los gastos de la casa y otros gastos.

El padre añade que su nueva compañera estará completamente de acuerdo ya que la mayor parte de la pensión se dirigirá directamente a los niños.

Un abuelo quiere ceder la empresa familiar a su nieto  
(Ejemplo expuesto por el Bâtonnier Gilles-Robert Lopez)

Quiere apartar a su hijo de la empresa, quien podría llevarla con éxito, ya que no confía en la pareja de su hijo. Pone en venta la empresa y despide a su hijo.

Búsqueda de los intereses de cada parte

Los intereses del abuelo son:

- dejar la empresa a la familia (nieto),
- protegerse de la pareja de su hijo, por tanto, estar asegurado.

Los intereses del hijo son:

- quedarse en la empresa
- continuar en su puesto de director general

Acuerdo: está prevista la división del derecho de propiedad de las partes sociales: el hijo tendrá en usufructo y seguirá gestionando la empresa, el nieto tendrá la nuda propiedad.

Una empresa de congelados tiene un depósito de 1000 cuartos fríos.

Hace revisar el aislamiento y el cierre hermético de 1000 puertas por una empresa de mantenimiento.

Al llegar el fin del contrato, en fecha prevista, la empresa de congelados se niega a pagar la factura, argumentando que quedan cinco puertas que no cierran herméticamente. Solicita su reparación antes del pago. La empresa de mantenimiento ha abandonado ya el lugar y solicita en primer lugar el pago en la fecha prevista. Asegura que volverá a arreglar las cinco puertas objeto del litigio.

En mediación, se comprenden. Por medio de la búsqueda de soluciones, dan vueltas, alrededor de varias propuestas:

- la empresa de congelados abona la factura de las 995 puertas revisadas,
- la empresa de mantenimiento arregla primero, en el menor plazo posible, las cinco puertas defectuosas
- la empresa de mantenimiento recibe la mitad del pago pactado, y la otra mitad tras la reparación de las cinco puertas.

En realidad, ninguno de los acuerdos se perfilan ya que ninguna de las empresas confía en la otra: una teme reparar las cinco puertas y no ver realizarse el pago, y la otra teme abonar la factura y no volver a ver la empresa de mantenimiento.

Finalmente, imaginan otra solución respondiendo a las N/I como base del acuerdo: la empresa de congelados pagará la totalidad de la factura a un experto técnico que no desbloqueará los fondos hasta que se realice el control de la reparación de las cinco puertas.

La empresa de mantenimiento está segura que el pago financiero se hará y la empresa de congelados está segura que las cinco puertas serán reparadas.

Un padre, fabricante de zapatos

Ejemplo dado por el Bâtonnier Gilles-Robert Lopez

Ha sido «arrastrado» ante los tribunales por su hijo por daños y perjuicios por despedido imprecendente.

En mediación, el padre propone a su hijo que le ayude a crear su sociedad informática abonándole la misma suma a la que había sido condenado. No a título de daños y perjuicios, sino de «ayuda familiar». Concluye: «Es contra-natura que un padre sea condenado a indemnizar a su hijo por daños y perjuicios; es normal que un padre ayude a su hijo a arrancar en la vida». Tendremos cuidado en no llamar «daños y perjuicios» a la cantidad abonada, sino traducirla en «ayuda familiar».

### ¿Qué hacer en caso de desacuerdo?

Las partes pueden en todo momento interrumpir la mediación y mantenerse en el desacuerdo. El mediador les pregunta entonces acerca de la oportunidad de continuar o parar la mediación (estadísticamente un 30% de los casos).

En el caso en el que el mediador o una de las partes manifieste su voluntad de poner fin a la mediación, antes de realizar el acta de desacuerdo, el mediador puede:

- realizar una lista de los puntos de acuerdo a los cuales han llegado y los puntos de desacuerdo que subsisten, para ayudar a las partes a trabajar en el futuro,
- decir a las partes que queda a su disposición si desean retomar la mediación,
- indicar si es necesario tener un tiempo de maduración suficiente para poder llegar al acuerdo, y que hay que saber «dar tiempo al tiempo»,
- preguntarles: «¿Qué van a hacer ahora?» a fin de invitarles a encontrar otras vías de resolución a poner en marcha.

Se ha constatado en varias ocasiones que las partes que no llegan a encontrar un acuerdo, al final de la mediación han continuado con el debate. A partir de sus avances, han alcanzado ellas mismas el acuerdo, sin la presencia del mediador.

## Capítulo 5

### Técnicas de comunicación aplicadas a la mediación

Para llegar a estos resultados, el mediador trabaja con su propio lenguaje y con el de las partes. Es como complemento de mi formación en Derecho que progresivamente he descubierto el añadido de una variedad de técnicas de comunicación. Estas son relativamente simples. Me han demostrado su eficacia. Son las siguientes.

#### 1. La Comunicación No Violenta (CNV)

La expresión personal de los sentimientos y las necesidades

Buscar quién cometió el error, quién se equivoca, tiene como efecto culpabilizar la persona.

Se dice que los «tú», «vosotros» acusatorios «matan» al interlocutor. Iniciar las frases con «tú», mata.

La respuesta a la acusación conlleva o bien una actitud de evitación del conflicto (huida), o bien una actitud de réplica violenta (ataque). Se da entonces la escalada de la violencia, que puede encontrar su paroxismo en la demanda de justicia. Por ejemplo, una fórmula como «Vuestra mercancía no vale nada. Se la devuelvo y solicito una indemnización por daños y perjuicios» puede provocar como respuesta un ataque nuevo, reflejo del ataque recibido.

#### La Comunicación No Violenta (CNV)

Desarrollada por el psicólogo clínico Marchall B. Rosenberg, la Comunicación No Violenta (CNV), devuelve el mensaje de manera más «audible» para el otro. Más allá de las nociones de falta o de deber, se apoya sobre el contenido de las palabras elegidas para expresar una demanda, la cual tendrá entonces aún más posibilidades de ser entendida y ser satisfecha. Invita al intercambio sobre las necesidades profundas de cada uno.

De esta manera, antepone los sentimientos, las necesidades/intereses y una oferta de respuesta que pueda ser aceptada por el otro.

La CNV parte de la observación de un hecho preciso y concreto, y de la expresión de sentimientos: «¿Qué me ha hecho el hecho?».

Los sentimientos (felicidad, tristeza, miedo, ira) son los indicadores que

permiten comprender que una necesidad esencial se satisface (felicidad), o no se satisface (miedo, ira, tristeza).

Se trata entonces de presentar al otro una demanda negociable –y no un ultimatum– para satisfacer esa necesidad esencial.

Un marido al que se esperaba a las 17h00 llega a las 20h00.

La comunicación violenta será, para la mujer, recibirle con un tono brusco, explicándole que, si ella está muy irritada, es su culpa ya que siempre llega tarde: la próxima vez se quedará fuera.

La CNV tiene otro abordaje:

- la mujer le expondrá a su marido que son las 20hs, que le espera desde hace 3 hs (destacando un hecho concreto),
- que está muy irritada (sentimiento),
- porque temía que hubiese sufrido un accidente (necesidad de seguridad no satisfecha),
- le pregunta si la próxima vez podría avisarla para que no se preocupe (demanda negociable), o si existe otra solución.

## 2 Los lenguajes afectivos

El investigador americano, Gary Chapman, ha estudiado las diferentes maneras de expresar una necesidad afectiva. Identifica cinco comportamientos-tipo en su libro «Los lenguajes del amor».

Como magistrada, he experimentado esta contribución de Gary Chapman conciliando asuntos familiares. Tan simplista que aparenta, me han sorprendido los resultados. Podía llevar a una toma de conciencia del desajuste entre necesidades/intereses del uno y del otro. A partir de ahí, el diálogo podría instaurarse, sin que sea «la culpa» del uno o del otro, sino reconociendo la diferencia de lenguaje afectivo entre las personas lo cual es también relevante.

El estudio realizado por Gary Chapman sobre numerosas parejas puede trasladarse a otras esferas de actividad en las que evolucionamos: el lenguaje «afectivo» de la persona con la que nos encontramos no responde obligatoriamente al que practicamos o al que entendemos, lo que genera malentendidos y presiones.

Las cinco formas de comunicación empleadas para expresar afecto son:

1. las palabras valorizantes (tu vestido es bonito, su letra es perfecta...)
2. los momentos de calidad disfrutados juntos (reuniones, salidas juntos,

momentos pasados en familia, cine, restaurante, vacaciones juntos...)

3. los regalos (pequeños detalles en familia, pequeños regalos sorpresa: ramo de flores, chocolates,...),

4. los favores (el jefe que libera su secretaria y atiende las llamadas telefónicas en su lugar, ayuda familiar...)

5. los contactos físicos (dar la mano al llegar al trabajo, dar mimos en familia...).

#### Una pareja

Una mujer puede sentirse decepcionada al extrañar momentos de calidad con su marido y palabras valorizantes.

Sin embargo, el marido puede expresar su afecto por medio de numerosos regalos (flores...) o buscando el contacto físico (la abraza) o incluso haciéndole diferentes favores (hacer la compra...).

Podemos igualmente imaginarlo a la inversa: la mujer puede desear más contacto físico y cuidados por medio de regalos, mientras que el marido piensa que las palabras valorizantes que expresa y los frecuentes momentos de ocio juntos expresan su afecto.

En ambos casos, el desajuste, si se prolonga, puede alimentar un conflicto ya que la persona puede no sentirse querida. La resolución de un conflicto necesita en numerosos casos dar un paso hacia el otro, buscar las necesidades fundamentales que se esconden tras las demandas y responder a ellas, al menos en parte.

#### Una situación en el trabajo

Una empleada se queja de que su superior nunca está satisfecho con su trabajo ya que nunca expresa ningún reconocimiento. Le gustaría que le dijera que su trabajo es perfecto (palabras valorizantes).

El jefe, en realidad muy satisfecho, pensaba por su parte haber expresado su satisfacción regalándole por año nuevo una gran caja de chocolates y regalos para cada uno de sus hijos. No se comprendían porque no hablaban el mismo «lenguaje de agradecimiento».

### 3. La escucha activa

En 1950, Carl Rogers, profesor y clínico en los Estados Unidos, definió el método de «la entrevista no directiva centrada en el cliente». Su aportación en las sesiones de mediación se ha mostrado muy eficaz: el mediador adopta una actitud abierta, neutra, indulgente y lleva a las partes a ponerse en el lugar del otro para entender su punto de vista. Para ello, el mediador debe ponerse en posición de «escucha activa».

Adoptar una actitud de escucha activa, es saber escuchar permitiendo al interlocutor expresarse completamente, para comprender el significado intelectual y afectivo de los hechos que relata.

La escucha activa es la base de la entrevista de mediación. Esta entrevista no es:

- ni una discusión en la que adoptemos o refutemos los argumentos del otro,
- ni una simple conversación, en la que intercambiamos puntos de vista,
- ni una investigación o un interrogatorio, en los que las partes son bombardeadas a preguntas y puedan sentirse incómodas.

La escucha debe ser total y activa: el mediador se encuentra disponible para el otro a quien escucha con toda su atención, recogiendo lo que dice sin juzgarlo y sin manifestar su opinión, esté de acuerdo o no. Recibe al otro como lo que es en ese momento concreto. Le muestra que es escuchado reformulando lo que dice. Le deja terminar, sin cortarle.

#### 4. La indagación

La indagación permite abrir la entrevista, clarificar, precisar, profundizar en el debate. Por medio de la indagación podemos encontrar tres niveles de información complementarios:

- la memoria de los hechos: el recuerdo de lo que ha sido visto, entendido,
- la emoción: lo que se ha sentido, experimentado, cómo han sido vividos los hechos,
- la opinión: lo que se ha pensado, reflexionado, la opinión sobre lo que ha pasado, el juicio de valor extraído (justo/injusto, equitativo/no equitativo, correcto/incorrecto, bien fundamentado/mal fundamentado, asentado/no asentado...).

Cuidado: la indagación no es un interrogatorio. La modulación de la voz tiene su importancia. Un tono de intrusión, de reproche, agresivo, de culpabilización impediría o influenciaría la respuesta. Además la pregunta debe ser formulada con un verdadero tono de curiosidad, de neutralidad, de «ganas de entender», de empatía (ponerse en el lugar del otro) que se mantendrá en la escucha activa.

Clarificar los hechos no significa investigar. No es tampoco aconsejar, apoyar, dar su punto de vista, juzgar la situación. La indagación debe estar exenta de interpretación subjetiva.

¿Qué preguntas hacer? ¿Cómo reaccionar frente a...?

(inspirado en la formación de Martine Van Went, AMC Talents)



- ... hechos imprecisos? Hacer precisar.
- Le reprocho ser demasiado permisivo.
  - ¿Qué quiere decir exactamente?
  - ¿Por ejemplo?

- ... ¿un juicio (está bien, está mal, él-ella es de esta manera)? Hacer reflexionar.
- Es un(a) egoísta, una ladrona...
  - ¿Qué le hace decir esto?
  - ¿Qué está mal de...?

- ... ¿una interpretación? Pasar de lo subjetivo a un discurso más objetivo.
- Ha perdido a posta.
  - ¿Sobre qué se basa para afirmar que...?
  - ¿Cómo lo sabe?

... ¿una afirmación de principios? Hacer reflexionar sobre la aplicación de la regla enunciada.

- Hay que hacer esto...
- ¿Qué ocurriría si él/ella no se conformara con esa norma?
- ¿Qué aportaría eso, según usted...?

- ... una generalización (siempre, nunca, todos los...). Hacer precisar y reflexionar.
- Todos los hombres son idiotas
  - ¿Qué es lo que le hace a usted decir que...?
  - ¿Qué quiere decir exactamente?

Dar un contraejemplo: «¿Einstein forma parte también de los idiotas? (con humor y simpatía, sin animosidad).

Ejemplos de preguntas y vocabulario usados por Steve Goldberg en su película *Prosan-do*, recreando una mediación real. Estos ejemplos de preguntas pueden convertirse en una reflexión del mediador.

- ¿Qué necesito para comprender?
- ¿Podría decirme más sobre los detalles de este asunto?
- ¿Qué espera llevarse de esta mediación?
- ¿Qué es necesario para resolver este conflicto?
- Entiendo su posición jurídica, pero ¿qué podría decirme en referencia al «asunto»?
- Si apartáramos quién está equivocado y quién tiene razón ¿podría explicar esta idea?

Nótese que, tras una pregunta, la idea de uno puede a menudo generar la idea del otro, lo que permite al mediador avanzar hacia el acuerdo: «Esto me da una idea...»

Tras otras preguntas, más adelante, el mediador podrá decir «Creo que tenemos aquí la base de un acuerdo».

## 5. Las reacciones a la palabra del otro

### Los comportamientos de Porter

Frente a un interlocutor, cada uno tiende a utilizar el tipo de comunicación que le es propio. Y esto concierne tanto al mediador como a las partes mismas.

Elias Porter, psicólogo y discípulo de Carl Roger, reconoce tres tipos de comportamientos o actitudes espontáneas que utilizamos para comunicarnos. Cada una de estas actitudes puede tener su utilidad, según la situación. En mediación, algunas de estas actitudes pueden resultar negativas cuando bloquean el auténtico discurso. Privilegiaremos una actitud fundada en la empatía, basada sobre la reformulación.

Llamamos «empatía» a la escucha llevada al extremo, en la que la persona que escucha moviliza toda su experiencia propia y sus propias emociones para acercarse todo lo posible a lo que la persona escuchada ha podido vivir, percibir.

En ocasiones, la indagación y el silencio favorecen la expresión del otro, el cual es aceptado tal y como es, sin juzgar, ni aconsejar ni apoyar, ni realizarle un interrogatorio.

La palabra «CERISES» [cerezas] (que recoge cada una de las primeras letras de las diferentes actitudes de la escucha) es una forma mnemotécnica para acordarse de estas actitudes.

Consejo: dar soluciones al problema: «Yo, en tu lugar...»

Debe evitarse.

Evaluación o juicio: «Está bien / No está bien». Nuestros prejuicios nos impiden recoger el punto de vista de la otra persona tal cual es, sin reaccionar acorde al filtro de nuestro propio juicio.

Debe evitarse.

Reformulación : (ver a continuación). Es la respuesta dada al autor de las palabras para recalcar su comprensión. Expresamos aquello que hemos entendido manteniéndonos lo más cercano posible a lo que ha dicho. Es especialmente usada en mediación.

Debe favorecerse.

Interpretación: Interpretando, corremos el riesgo de deformar la idea del interlocutor, haciendo una proyección. Cuidado con los calificativos: pequeño, grande, importante, mucho, lejos...que traicionan a menudo el pensamiento del mediador.

Ejemplo: un mismo salario puede parecer un «gran salario» para quien lo paga o para una persona que recibe la RMI, y un «bajo salario» para quien lo recibe.

Debe utilizarse con cautela.

Apoyo a las personas: «No se derrumbe. Si me necesita...» Esto puede ir en contra de la imparcialidad del mediador. Sin embargo, el mediador puede dar apoyo al conjunto de los actores, sin apoyar más a uno que al otro.

Debe utilizarse con cautela.

Estudio (indagación): la indagación permite a las personas y al mediador aclarar y profundizar en la situación. Recordemos que el mediador ni es juez de instrucción ni un procurador. Ayuda solamente a la creación de un diálogo constructivo.

Debe utilizarse con cautela.

Silencio: Saber callarse cuando el interlocutor habla o busca sus ideas, o podría detallar lo que acaba de decir.

Debe favorecerse.

## 6. La reformulación

Es la herramienta principal de la escucha activa. Vamos a profundizar en la misma ya que permite al mediador y a las partes avanzar tras haber comprobado que hemos entendido bien lo que se ha dicho. Está centrada en el otro y en su vivencia. Se trata de buscar, desde una actitud no directiva, lo que los hechos mencionados significan para quien los ha destacado.

Consiste en repetir (completamente o parcialmente) aquello que ha sido expresado por una persona, utilizando su terminología exacta. Su finalidad es indicar que lo que se ha dicho ha sido correctamente entendido: reducimos así los malentendidos; la persona comprende así que se encuentra, junto con la otra parte, en el centro de la comunicación.

El mediador reformula empezando las frases con: «Si he entendido bien...», «En su opinión...», «Quiere decir que...», «Según usted...», «Usted piensa que...», «Tiene entonces usted la sensación de que...» ...

Si he entendido bien lo que ha dicho, y corriójame si me equivoco, ... Desde su punto de vista, ... ha sentido... y vuestra percepción es que es injusto... Esto le ha molestado, le ha entristecido... ¿Es así?

La última pregunta «¿Es así?» es esencial. No se trata solamente de reformular sino de comprobar que lo que se ha dicho corresponde efectivamente con la intención de la persona, a lo que quería decir, a fin de que pueda eventualmente corregir. Permite avanzar estando en el mismo plano.

La reformulación debe ser:

- fiel: sin añadir ni eliminar elementos,
- concisa: resumen esencial,
- inteligible y simple: fácil de comprender,
- carente de interpretación.

Las diferentes formas de reformular

La reformulación espejo, reflejo, eco

Recoge los términos pronunciados por el interlocutor.

- Es así como he puesto fin a mi contrato.
- ¿Ha puesto fin a su contrato?

La reformulación síntesis, resumen

Permite marcar el fin de una etapa antes de la siguiente. Dentro del resumen, el mediador pone en valor lo esencial de lo que se ha dicho.

- No sé por qué debería implicarme más en tareas que son tan repetitivas, que no me interesan.
- ¿No desea seguir en un trabajo que no le motiva?

Una vez la persona haya descrito las dificultades con las que se encuentra en su trabajo, el mediador puede reformular así:

- Ha dado varios ejemplos de las dificultades con las que se ha encontrado en su trabajo. ¿Podríamos explorar ahora a qué aspira de cara al futuro...?

La reformulación síntesis es especialmente útil en las transiciones, para avanzar.

#### La reformulación positiva

Consiste en reformular de manera positiva lo que ha sido expresado de manera negativa. La reformulación trata sobre el otro lado de la moneda, su lado positivo.

- Es injusto/mentiroso; siembra la discordia; es un ladrón.
- ¿Quiere decir que usted le da mucha importancia a los conceptos de justicia/verdad/paz/honestidad?

#### La reformulación de la percepción

La persona no se expresa con palabras (estoy triste, molesto...) pero el mediador lo percibe por medio de su tono de voz, su comportamiento... El mediador puede también reformular lo que percibe que vive la persona en su interior.

El mediador se aventura a reformular lo que entiende como percepción de la persona, comprobando que efectivamente es correcto.

Parece muy emocionado, afectado, tenso...

- Tengo la impresión de que está molesto, triste, infeliz, decepcionado, alterado con... ¿Es así?

Siempre corresponde a la persona confirmar si la intuición del mediador es acertada o no. El interés de esta reformulación es que la persona se sentirá entendida y podrá sacar ese sentimiento o esta emoción, especialmente tras la reformulación del mediador.

#### La reformulación implícita

En ocasiones, una persona expresa algo sin ir hasta el final de su idea, pero aspectos subyacentes parecen emerger.

Esto permite destacar aquello que se encontraba en la sombra. El mediador reformula lo que cree entender, comprobando que es exacto.

Esta reformulación permite destacar lo que no ha sido expresado explícitamente y dilucidarlo. La persona podrá así dar una visión diferente sobre el asunto que le preocupa, para entenderlo mejor.

O el interlocutor describe un evento pero modestamente elimina sus sentimientos y su problema. Se trata de traducir su percepción y lo «casi»-dicho.

Es un ejercicio intelectual que requiere de entrenamiento. Por ejemplo, alguien describe el comportamiento de una persona. La reformulación trata sobre lo que siente el autor de la letra, lo que no ha dicho completamente... y no sobre el comportamiento de la persona de la que está hablando.

«Soy de Guinea. Cuando llegué a Francia, mi vecino fue extremadamente desagradable conmigo. Invitó a todo el edificio menos a mí. Como la mayoría de los franceses, mi vecino no soporta ver la llegada de extranjeros a Francia.»

Una reformulación sobre el comportamiento del vecino, que no haría avanzar el diálogo, sería decir: «Si he entendido bien, su vecino es desagradable y no le ha invitado».

La reformulación implícita hace emerger el problema: «¿Quiere decir que sufre por no ser aceptado por los franceses?»

O una persona que pregunta no expresa la necesidad real subyacente a esa pregunta. Reformulamos sobre lo que suponemos es su necesidad.

-Le he preguntado si tenía coche, pero ha hecho como si no me entendiera.  
- ¿Necesitaba que le prestaran un coche (o que le acompañaran en coche) y lamenta que no haya dado una explicación a su negativa?

-Le pregunté al proveedor si necesitaba una solución inmediata.  
-Si entiendo, ¿le hubiese gustado tener plazos para los pagos?

Las cinco virtudes de la reformulación para los actores.

Para el mediador

- verifica que ha comprendido correctamente.

Para la parte que habla

- le permite verificar que ha comprendido bien,  
- le permite verificar que lo que ha dicho corresponde con lo que quería decir y rectificar eventualmente escuchándose a través de la reformulación del mediador

- le permite mantenerse centrado sobre lo que quería decir y profundizar.

Para la parte que escucha

- le permite escuchar la información en un tono no agresivo, además de la boca del mediador.

Ejercicios de reformulación

(inspirados en el curso de Martine Van Went (AMC Talents), coach y consultora)

Si pudiera elegir la reformulación más fiel, ¿cuál preferiría?

1. Soy padre de tres niños y estoy en oposición perpetua con mi hija mayor que tiene 15 años. ¡La edad ingrata! Aunque no me diga nada, estoy convencido que tiene un novio.

Reformulación:

- a. ¿Teme que su hija tenga malas compañías?
- b. Considera que su hija es demasiado joven para tener novio y lamenta que desconfíe tanto de usted que no se lo haya comentado?
- c. ¿Tiene dificultades con su hija mayor que es adolescente?

2. Tengo 62 años y soy el gerente de una empresa. Estoy convencido de que mi director jurídico, que trabaja conmigo desde hace 15 años, desea mi puesto. Se lo dijo a un vecino que me lo ha contado. Ahora que lo sé, es cierto que le siento raro.

Reformulación:

- a. Teme que su director jurídico ocupe su plaza y le despidan de la empresa.
- b. Tiene cierta desconfianza hacia su director jurídico.
- c. Su director jurídico es un ambicioso que no dudará en traicionarle para ocupar su puesto.

3. Soy una mujer y tengo 40 años. He pasado por diferentes puestos de empresa. Siempre es lo mismo: mis superiores jerárquicos, que son todos hombres, me confían las tareas más ingratas. Mis compañeras mujeres me comentan que, con ellas, pasa lo mismo. Y, en Francia, por el mismo trabajo, estamos peor pagadas que los hombres. Pero qué quiere que le diga, estamos obligadas a aceptar esto para vivir.

Reformulación:

- a. Piensa que las mujeres en el trabajo son víctimas de su condición de mujer.
- b. Piensa que en Francia, para tener el mismo sueldo, las mujeres deben trabajar dos veces más.
- c. Piensa que en Francia las mujeres son esclavas.

4. Mi empleado me reclama 100 000 € como pago atrasado. ¡Sueña si cree que va a suceder! ¡No hace su trabajo y encima reclama un pago atrasado! No le pagaré esa cantidad. Además, no puedo pagarlo, y si lo hago, mi empresa cerrará.

Reformulación:

- a. Su empleado le reclama una cantidad muy alta a título de pago atrasado, lo cual llevará al cierre de su empresa.
- b. No puede pagar los 100 000 € que le reclama su empleado.
- c. Su empleado le reclama de manera excesiva 100 000 €. No le pagará esa cantidad ya que no le debe nada y su empresa no tiene tesorería.

5. En mi familia, mi hermana piensa que solamente ella importa. Sabe todo sobre todo, dirige todo, manda en todo. Podemos decir lo que sea, no escucha. Ni siquiera sabemos si se da cuenta que estamos aquí. Los demás sufren sin decir nada. Yo, me voy.

Reformulación «de lo implícito»:

a. Su hermana tiene un carácter muy autoritario y lo expresa. ¡Un verdadero sargento mayor!

b. Su hermana no piensa más que en sí misma y se ha cerrado al mundo exterior.

c. La actitud de su hermana le decepciona ya que tiene la impresión que no existe para ella. .

Las respuestas que parecen ser más fieles son:

1: c ; 2: b; 3: a; 4: c; 5: c

## 7. La interpretación

Según Dominique Proudhon, formador en mediación y consultor, nuestros reflejos de supervivencia nos llevan a ponerle un sentido a todo: la interpretación es nuestro sistema rector. ¡La realidad no existe! La interpretación se encuentra en el origen de la emoción. Controla la naturaleza de las emociones expresadas.

### Los riesgos de la interpretación

Hemos visto en la reformulación del casi-dicho y de lo implícito que los aspectos subyacentes más evidentes pueden ser formulados. Se trata de interpretaciones que se encuentran muy cerca de lo que la persona ha dicho y serían casi seguras. Sin embargo, el problema de la interpretación es más amplio y arriesgado.

Entre el emisor y el receptor, el mensaje se encuentra condicionado por interferencias debidas al pasado, a la historia, a la cultura, al entorno social, a la educación, etc. de cada uno. Entre lo que dice el emisor y lo que quiere decir, lo que recibe el receptor y lo que escucha, hay distorsiones. Nuestras interpretaciones son fuente de malentendidos. Los ejemplos siguientes nos lo muestran.

### Las contribuciones de la interpretación

En ocasiones, reformulando, el mediador puede correr el riesgo conscientemente de emitir lo que cree haber entendido. Hemos visto en la reformulación de lo implícitamente «casi-dicho» que queda muy cercano de los aspectos subyacentes que parecían evidentes.



En la interpretación, esto va más allá de lo que se ha dicho, haciendo aparecer algo que la persona públicamente o no, no ha emitido. Y hace una pregunta para saber si esto corresponde con su interpretación.

Si su interpretación es correcta, esto puede tener como efecto el avance del dialogo.

Si es incorrecta, la persona escuchada puede entender que su lenguaje puede llevar a confusión o no es lo suficientemente preciso, y rectificar precisando exactamente su posición.

La interpretación tendrá el mérito de aclarar el debate.

Es por ello que, tras toda reformulación, y especialmente si hay una interpretación, el mediador debe preguntar para asegurar que lo que ha dicho corresponde con el pensamiento del autor de las palabras.

– No pagaré esta factura de ninguna de las maneras.

El mediador: ¿Por qué?

– ¡No la pagaré!

El mediador puede entonces proponer respuestas para que la persona facilite la clave para resolver el problema. El mediador podrá proponer diferentes interpretaciones:

1 :¿Considera que es injusta...?

2: ¿La suma es demasiado elevada...?

3:¿No dispone de los medios para pagarla...?

4:¿Considera que le corresponde a otra persona pagarla...?

Si el mediador interpreta conscientemente, la persona podrá responder espontáneamente, por ejemplo:

–No, no es eso. En realidad le corresponde a mi hijo pagarla.

Para todos estos casos, normalmente, preferimos plantear una pregunta abierta en vez de pasar a la interpretación: «¿Qué hace que no quiera pagar?» o «¿Por qué?»

Si tiene problemas para obtener una respuesta, consciente y prudente, el mediador propone una interpretación que se convierte en un recurso.

#### Casos prácticos sobre los hechos y las interpretaciones

René se sobresaltó cuando el timbre sonó. Se levantó y abrió a Thérèse.

Thérèse: «Llama rápido a los bomberos. Françoise Durand acaba de llamarme para decirme que hay un incendio en casa de mis vecinos, los Martin, y teme que se extienda hasta mi casa.»

Para gran alivio de Thérèse, René se dirigió hacia el teléfono que se encontraba cerca del cajón del despacho. René abrió el cajón y sacó una cajetilla de cigarrillos. Thérèse se percató del color azul del paquete de cigarrillos y leyó la marca: «Gitane».

Preguntas:

Responder con: S (sí), N (no),?(no lo sé)

1 ¿ René estaba acostado cuando Thérèse llamó?

2 ¿ René se ha levantado para abrir a Thérèse?

3 ¿ Era por la mañana?

4 ¿ René estaba en su casa?

5 ¿ Hubo un incendio en casa de los vecinos de Thérèse?

6 ¿ Françoise piensa que el fuego puede llegar a casa de Thérèse?

7 ¿ René ha llamado a los bomberos, lo que ha aliviado a Thérèse?

8 ¿ René ha fumado un cigarrillo?

9 ¿ René fuma cigarrillos de la marca Gitane?

René: «Estoy harto de tener los cajones ocupados por estas «porquerías». No sé por qué mi sobrino me ha regalado los «Gitane», cuando sabe que nunca he fumado. Volviendo a tu problema, calmémonos. ¿Cómo sabe Françoise Durand que hay un incendio en casa de tus vecinos?»

Thérèse: «Se lo ha dicho su padre.»

René: «Empecemos llamando a su padre para saber exactamente de qué se trata.»

«¿Hola M. Durand? Parece que hay un incendio en casa de los Martin?»

M. Durand: «¡Oh! ¡Un incendio es mucho decir! Me han dicho que solamente se han quemado unos contenedores y que el fuego ha cesado cuando se ha cerrado la tapa.»

Preguntas:

- 10 ¿ Estaba René nervioso?

- 11 ¿ Estaba Thérèse nerviosa?

- 12 René no cree que haya un incendio en casa de los vecinos.

- 13 El padre de Françoise Durand ha visto un incendio en unos contenedores.

- 14 El padre de Françoise Durand ha llamado a su hija para decirle que había un incendio.

- 15 ¿ Ha llamado René a M. Durand?

- 16 ¿ Había un incendio en los contenedores de los Martin?

- 17 ¿ El fuego estaba apagado?

Respuesta: si relee atentamente, palabra por palabra los hechos descritos, solamente podrá responder «no lo sé», salvo a la 2 y 15 donde la respuesta es «sí».

En las fuentes de la inferencia: asociaciones de ideas e imágenes

Llamamos «inferencia» al funcionamiento humano por el cual, a partir de una información o de un hecho, la mente se dirige rápidamente hacia una interpretación, y puede tender a tomarlo como una realidad.

Haga los siguientes experimentos con sus amigos.

Haga la pregunta:

«¿Cuántos animales de cada especie metió Moisés en su arca?». Se observa un gran número de respuestas.

La atención es atraída sobre el número de animales de cada especie y las personas olvidan comprobar el resto. No se percatan que generalmente que no se trata de Moisés sino de Noé.

Hágales dos preguntas seguidas.

La primera: «¿Cuál es el color de la nieve?» Respuesta: «blanca». Enseguida pregunta: «¿Qué beben las vacas?»

Reflexión: muchas veces, las personas habiendo asociado o retenido el color blanco responden espontáneamente: ¡leche!...

## 8. El ritmo del discurso y adaptación al lenguaje

El mediador debe ser una persona a quien reconocemos una autoridad moral y de competencia. El mediador debe igualmente tener capacidad de flexibilidad y adaptación a cada una de las partes.

### Adaptación al ritmo de cada uno

Algunos requieren un ritmo lento, explicativo, dejándoles un tiempo de asimilación, de silencio, de reflexión...

Otros tienen un espíritu más vivo y rápido; necesitan constatar que se avanza, que su asunto está en buenas manos... Si quiere «ir demasiado rápido», es decir quemar las etapas y no dar información que podría ser esclarecedora, corresponde al mediador explicarles la importancia de dar un tiempo conveniente al discurso, todo ello adaptándose a su ritmo.

En cualquier caso, lo que parece indispensable, es dejar a cada una de las partes «el tiempo de asimilación» para que cada persona traduzca y asimile ella misma lo que ha sido dicho y para reflexionar y responder.

### Adaptación al lenguaje

Es un clásico de la comunicación. Las palabras empleadas dependen de los contextos culturales y profesionales. Si la palabra clave de la mediación es la comprensión recíproca que uno obtiene, especialmente a través de la reformulación, se entiende que el mediador debe adaptar su lenguaje al vocabulario del interlocutor.

Ejemplo de adaptación al lenguaje

- Si tuviera usted el usufructo y su hijo mantuviera la nuda propiedad, esto le permitiría quedarse en la vivienda hasta su fallecimiento.

Traducir:

- Es también posible, dividiendo el «derecho de propiedad», atribuirles dos derechos que podrían repartirse. Usted, señor, el derecho a mantener la propiedad, sin utilizarla usted mismo hasta el fallecimiento de su madre. Es la nuda propiedad. Así, usted podría quedarse, incluso gratuitamente, en la casa sin que tenga que pagar un alquiler y su hijo se convertiría completamente en propietario a su fallecimiento.

## 9. Superar los momentos difíciles

Podemos encontrar situaciones delicadas ante las cuales el mediador debe estar preparado.

Veamos algunos casos prácticos de situaciones difíciles. Están obtenidos, entre otros, del libro de Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer y Aurélien Colson, *Méthodes de médiation*, Dunod, 2008, p. 227 y ss.

Un abogado se declara en contra de la mediación

Es importante que el mediador pregunte al abogado (A): «¿Qué hace que esté en contra?» Según lo que diga, el mediador (M) podrá responder a su preocupación:

M : ¿Qué hace que esté en contra?

A : No sirve para nada. No creo en la mediación, no funciona nunca.

M : ¿En qué no funciona?

A : No se llega nunca a un acuerdo.

M : Si puedo dar mi testimonio, en el 70% de los casos, tenemos un resultado, por lo que sirve para algo. Por otra parte, para el 30% en el que no hay un acuerdo total, muchas veces las personas han alcanzado un acuerdo parcial, o han podido al menos explicarse.

A : ¡ Mi cliente tiene derecho a ello, de ninguna manera cederá!

M : En mediación, podrá exponer el punto de vista jurídico y llegar a una solución que lo tenga en cuenta.

M : ¿Qué es para usted la mediación?

A : Hacer ceder al débil.

Posibles respuestas del mediador:

- En mediación, nadie cede. El acuerdo alcanzado es conforme a los intereses de ambas partes. Es una oportunidad adicional dada y nadie está obligado a firmar.
- El rol de mediador consiste en invitar al débil a recurrir a los consejos de su abogado. El mediador debe buscar un acuerdo equilibrado y equitativo que tenga en cuenta los intereses y necesidades de uno y de otro. En mediación, el acuerdo alcanzado es conforme a los intereses de ambas partes. Es una oportunidad adicional dada y nadie está obligado a firmar.

Si el débil tiene la sensación de que se le hace firmar a la fuerza, debe tener la posibilidad de firmar y conservar sus derechos acudiendo a los tribunales. Pero es tarea del mediador buscar un acuerdo percibido como justo y equitativo.

Un abogado o las partes bloquean el diálogo por un juicio de valor o una idea general

Frente a un juicio de valor (está bien, está mal) o a una generalización: siempre, nunca, todos los... (ej.: «¡Todas las mujeres se interesan por el dinero!»), volver sobre los hechos concretos y tratarlos. Hacer precisar.

Emociones muy fuertes

Tener paciencia para escuchar la emoción y acogerla: tiempos de silencio, tiempos de evacuación, sin volver sobre los contenidos: «Es difícil para usted escuchar que su producto no es satisfactorio...».

Cuando damos tiempo para expresar las emociones, se disuelven en sí mismas progresivamente. Se trata de un tiempo de atención silenciosa, de acompañamiento con las palabras de la emoción: «¿Esto le entristece? ¿Es eso? ¿Es grave para usted...? ¿Le afecta esto...? ¿Esto parece molestarle mucho...?»

No enlazar directamente sobre el problema de fondo (ej.: «¿Qué va a hacer para el pago de esta factura?»), sino solamente tras la disolución progresiva de la emoción. Como hemos visto anteriormente en la gestión de las emociones, estas se bloquean en el cerebro límbico y el neocórtex no puede cumplir con su rol de reflexión, mientras que la emoción está más o menos presente.

No olvidar la otra parte, que es testigo de la emoción de su interlocutor: «Señor, Señora, parece muy afectado por lo que se ha dicho. Va a tener usted también todo el tiempo necesario para expresar lo que le ha afectado y su malestar».

Ataques dirigidos contra la otra parte

«Contigo, no lo conseguiremos jamás, eres terco y deshonesto.»

Hacer utilizar el «yo» en vez del «tú» (Comunicación No Violenta).

Traducir el insulto en hechos concretos que lo han motivado y explicarse sobre estos hechos: «Utiliza un concepto fuerte: «deshonesto». ¿Qué es lo que le hace decir esto?»

Recordar la norma: sin insultos.

Las partes solamente piensan en culpar al otro

Hacer la observación, describir los hechos que se han desarrollado, que muestran el bloqueo recíproco y concluir: «¿Desean ustedes salir del círculo vicioso en el que cada uno responde a lo que considera es una agresión por parte del otro, y ofrecer actos constructivos con el otro?»

Una de las partes busca utilizar al mediador como testigo del fracaso del otro

El mediador puede tomar nota de lo sucedido pero recuerda las normas de la mediación: su misión no es la de juzgar sino la de profundizar en las necesidades de los unos y los otros y construir con cada uno de ellos.

### Ataques contra el mediador

–Es usted parcial.

Posibles respuestas del mediador:

–¿Qué le hace decir que soy parcial?

–Señora, no es mi intención ser parcial, pero reconozco que he mirado más al Señor. Si, de aquí en adelante, lo vuelvo a hacer, le agradecería que me lo señalara. (Si el mediador se da cuenta que efectivamente ha actuado como la persona señala).

–Señora, quizá ha tenido esta sensación. Yo, cuando analizo lo que ha pasado, no tengo la misma impresión. Pero si lo nota de nuevo, dígamelo de inmediato. (Si el mediador no tiene la impresión de haber actuado como la persona señala).

### Se invita al mediador a dar su opinión

«¿Qué haría en mi lugar?»

Respuestas:

Reformular para los dos:

–Entiendo que para usted es complicado el...y que para usted es inconcebible el...

Devolver la pregunta:

– ¿Y para usted? ¿Qué piensa?

– No estoy en su lugar. Yo sé lo que haría para mí, pero no para usted. Conoce su contexto y puede saber lo que se adaptaría mejor al mismo.

## El que defiende su asunto jurídico

–Puede explicarnos el aspecto jurídico de su asunto y puede acudir a los tribunales. Hemos constatado que la relación también es difícil, los daños causados, la pérdida económica, la depresión que ello ha provocado. Se trata de tener en cuenta todos estos aspectos del asunto.

Jean-Paul Delevoye, Mediador en ese momento de la República cuenta la siguiente historia: se encontraba con el responsable de una administración contra la cual un ciudadano había presentado una apelación con el mediador. El responsable le explicaba el punto de vista en Derecho. Jean-Paul Delevoye le contestó: «Lo que comenta es jurídicamente justo. ¿Pero es moralmente justo?» A partir de ahí, se pudo empezar a discutir...

### El mudo o casi mudo

Si hay una persistencia del silencio, evitar hablar del contenido en un primer momento («¿Era la factura excesiva...?»), para evocar la dificultad de hablar:

–¿De qué es difícil para usted hablar?  
–¿Qué hace que sea difícil para usted hablar?

Empezar con preguntas simples, precisas, a las cuales resulte sencillo contestar.

Preparar respuestas y preguntar para saber si corresponden a la realidad (el mudo puede responder con un sí o un no, lo que permite avanzar y generar confianza).

### El hablador

Repita lo mismo. Hacer una reformulación fiel a lo que ha sido repetido, seguido de: «¿Tiene algo más que decir?»

Habla de sujetos que no parecen tener relación con la entrevista y hace digresiones.

¡Cuidado! La información que no parece tener relación con el asunto puede tenerla:

–Habla de sus vacaciones. ¿Tiene esto algo que ver con el pago de la factura?  
– Sí, le hablo de las vacaciones ya que el inicio ha sido adelantado y olvidé por completo pagar la factura.

## El mentiroso

No dejarle en evidencia, ni dar armas al adversario (mentir, es en primer lugar protegerse):

- ¡Nunca he dicho esto! (Cuando sí lo ha dicho)
- Estoy desorientado: creí entender que lo había dicho esto y ahora tengo la impresión de entenderlo contrario. ¿Qué debo entender?

La cacofonía, todo el mundo habla al mismo tiempo

Dejar pasar la cacofonía, esperar o salir a la ventana. Las personas ven que hablan en el vacío... Tras haberse desahogado, terminarán por cansarse.

Intervenir resolutivamente. Encontrar el momento, hablando un poco más fuerte, para captar la comunicación reformulando para el uno y para el otro, los argumentos esenciales.

El mediador se gira hacia cada uno: «Lo que dices es muy importante, y no quiero perderme una nada. Así os pediría no hablar todos al mismo tiempo.»

Levantarse y ponerse entre los dos para que no puedan verse. Dejarán de hablar naturalmente. Aprovechar ese momento para atraer la comunicación hacia uno mismo.

La situación de bloqueo. Damos vueltas en círculo

Buscar la necesidad tras la posición: «¿Por qué es tan importante para usted mantenerse en esa posición?». Realizar encuentros por separado para explorar, entre otros:

- las razones que hacen que insistamos,
- las ofertas en las cuales las partes han podido pensar y no han querido en este punto revelar a la otra parte.

Devolver el bloque en espejo: «Hace media hora que la situación está bloqueada. ¿Qué podría hacerse para salir de esto?»

Preguntar sobre el intercambio: «Si obtuviese algo importante para usted, ¿qué podría proponer a cambio?»

Preferencia del mediador hacia una de las partes

Una persona puede parecer tener más razón que la otra, o resultar más atractiva... No mostrar su atracción. Mantenerse disponible aparentemente a todos. De lo contrario, cambiar de mediador.



Acuerdo que parece desequilibrado

Dejar un tiempo de reflexión sugiriendo consultar a un miembro de la familia, solicitar asistencia de su abogado... y fijar una nueva reunión para la firma del acuerdo. «Antes de firmar, recibir consejo»

Recoger lo que el «débil» habría podido decir al inicio de la mediación y que quizá no se ha atrevido a replantear en el momento del acuerdo.

Llevar un encuentro individual, confidencial, con el «beneficio» de poder ver con él cómo reequilibrar el acuerdo.

Así, la mediación es un proceso muy flexible. El mediador es guiado por las partes, y les conduce al mismo tiempo.

Existen pocas reglas restrictivas. Sin embargo, sí existen textos que encuadran la mediación. También los juristas deben conocer lo que el derecho dice de la mediación, y los no juristas deben conocer las bases de las situaciones jurídicas que podrían encontrarse. Este es el objeto de la segunda parte.



Parte II

MARCO JURÍDICO DE LA MEDIACIÓN CIVIL  
Y MERCANTIL EN ESPAÑA

Helena Soleto Muñoz



## Marco normativo

### 1. Situación legislativa en España anterior a 2012

Con anterioridad a la promulgación de la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en España existían algunas disposiciones legales que hacían referencia a la mediación en materia familiar y/o civil.

En el ámbito estatal, la disposición final primera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio introdujo por primera vez referencias a la mediación en los artículos 770, 771 y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el ámbito autonómico, la mayoría de las Comunidades Autónomas ya regulaban la mediación familiar a partir de la iniciativa de Cataluña en 2001, estableciendo normas análogas en la que recogían principios generales de la mediación y reglamentaban cuestiones relativas a la formación y a la calidad de la mediación.

Tras la aprobación de la Directiva de la Unión Europea de 2008 sobre mediación civil y mercantil<sup>1</sup>, y ante la inacción del legislativo central, Cataluña aprobó la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, ley de mediación civil y mercantil que vino a sustituir la anterior ley de 2001, que venía refiriéndose únicamente a la mediación familiar.

Prácticamente todas las Comunidades Autónomas (a excepción de Región de Murcia<sup>2</sup>, Extremadura, Navarra, Ciudad Autónoma de Ceuta, Ciudad Autónoma de Melilla y La Rioja, que sólo regula Puntos de Mediación Familiar) han dictado previa o posteriormente su legislación sobre mediación familiar:

1. Ley 4/2001, de 31 de mayo, de Mediación Familiar de Galicia y Decreto 159/2003, de 31 de enero, por el que se regula la figura del mediador familiar, el Registro de Mediadores Familiares de Galicia y el reconocimiento de la mediación gratuita.

---

1 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Es:PDF>

2 Murcia regula en el marco de la normativa de servicios sociales la mediación familiar.

2. Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de Mediación Familiar de la Comunidad Valenciana, Decreto 41/2007, de 13 de abril y Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven<sup>3</sup>.

3. Ley 15/2003, de 8 de abril, de Mediación Familiar de Canarias, Ley 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar y Decreto 144/2007, de 24 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de la Mediación Familiar

4. Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar del Principado de Asturias.

5. Ley 1/2015, de 12 de febrero, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla- La Mancha.

6. Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León y Decreto 61/2011, de 13 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León.

7. Ley 1/2007, de 21 de enero, de Mediación Familiar de Madrid.

8. Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco.

9. Ley 1/2009, de 27 de febrero, que regula la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Decreto 37/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

10. Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación de Derecho Privado de Cataluña y Decreto 135/2012, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado

11. Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar de las Islas Baleares.

12. Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar de Aragón.

13. Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

---

3 Se encuentra suspendida la vigencia de varios artículos de esta ley en tanto se resuelva el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno Central.

## 2. Una Directiva en 2008 y un Real Decreto en 2012

### 2.1. La Directiva 2008/52/CE

El día 21 de mayo, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea adoptaron la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Integrada por catorce artículos, precedidos de treinta considerandos, este acto jurídico comunitario de carácter vinculante (los Estados miembros debían trasponer a su Ordenamiento Jurídico interno antes del 21 de mayo de 2011) trataba de facilitar el acceso a las modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial.

La Directiva establecía la obligatoriedad de compartir en todos los Estados miembros unos mínimos sin impedir que, de manera voluntaria, los Estados miembros aplicaran el procedimiento mediatorio a todo tipo de asuntos civiles y mercantiles, e incluso a otras materias.

Su contenido material se centraba en: la necesidad de distinguir el procedimiento de mediación de la intervención de los tribunales, señalar el ámbito de aplicación y el respeto de unas normas mínimas.

La implementación de esta Directiva a los distintos ordenamientos jurídicos nacionales ha sido caracterizada por la adopción de distintos modelos: mediación completamente voluntaria, mediación voluntaria con incentivos y sanciones; sesión inicial obligatoria y mediación completamente obligatoria<sup>4</sup>. Voces expertas señalan que la consagración de una sesión inicial obligatoria de mediación combina los elementos más efectivos de los distintos modelos. Para medir esta efectividad el análisis se centra en el número de mediaciones en relación al número de casos judicializados y en el índice de éxito de la mediación<sup>5</sup>.

---

4 DE PALO, G.; D'URSO, L., "Achieving a Balanced Relationship between Mediation and Judicial Proceedings", en *The Implementation of the Mediation Directive Workshop* 29 November 2016; POLICY DEPARTMENT C: CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS.

5 Ibidem. pág.7. En este estudio, los autores señalan que los índices arrojan unos datos muy bajos en la relación entre los casos judicializados y los casos mediados: de cada 100 casos en vías judiciales, hay uno en mediación. Este dato es más positivo en Italia donde se ha implantado una primera sesión inicial obligatoria. Para ello se propone la modificación

## 2.2. El Real Decreto 5/2012

Sin embargo, el antecedente inmediato del Real Decreto 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles no fue la Directiva, sino el Proyecto de Ley el 11 de abril de 2011.

En su última versión el texto constaba de una Exposición de Motivos, veintinueve artículos (cuatro menos que el Anteproyecto) incluidos en cinco capítulos (“Disposiciones generales”, “Principios informadores de la mediación”, “Estatuto del mediador”, “Procedimiento de mediación” y “Ejecución de los acuerdos”), una disposición adicional relativa al reconocimiento de las instituciones o servicios de mediación ya existentes y ocho disposiciones finales destinadas, según el texto, a asegurar el encaje de la mediación con los procesos judiciales. El fin de la anterior legislatura y la convocatoria anticipada de elecciones supuso su no aprobación como Ley.

El viernes 2 de marzo de 2012 fue aprobado el Real Decreto-Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, con la pretensión de cumplir dos mandatos legislativos pendientes; por una parte, la trasposición de la Directiva de 2008 de la Unión Europea, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, y, por otra, la de la disposición adicional primera de la Ley de Enjuiciamiento Civil, introducida en 2005, en la que se establecía que en el plazo de un año se desarrollaría una Ley de Mediación.

Posteriormente, el 6 de julio de 2012, fue aprobada la Ley 5/2012 sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, convalidando, el Real Decreto.

Evidentemente, la actividad legislativa se produjo con un gran retraso: de un año, en el primer caso; y de siete, en el segundo.

---

del artículo 5.2 de la Directiva abogando por la obligatoriedad de que los Estados aseguren la integración de la mediación dentro del proceso judicial para casos civiles y mercantiles.

Solo Alemania, Italia, Países Bajos y Reino Unido arrojan datos de más de 10.000 mediaciones al año. Italia, en particular, es el único con más de 200.000 casos al año. En “Re-booting” the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediation in the EU; 2014; pág. 6. En este estudio, además, en su página 7 se detalla la comparación de la duración de los casos en los juzgados (566 días de media en la UE), la media de duración de la mediación después de la litigación judicial con un 50% de índice de éxito (326 días) y la media de duración de la mediación después de la litigación judicial con un 70% de índice de éxito (212,8 días). En cuanto al coste, la media del coste de la litigación en la UE es de 9.179,0 euros, la media del coste de la litigación si el juicio es precedido de una mediación exitosa en el 50% de los casos es de 7.960,5 euros y la media del coste de la litigación si el juicio es precedido de una mediación exitosa en el 70% de los casos es de 6.124,7 euros.



El incumplimiento de las previsiones de desarrollo normativo a nivel nacional no tiene normalmente mayor importancia que simplemente producir una sensación de desorganización, chapuza e improvisación en lo referente a lo normativo, que afectan tanto al Ejecutivo como al Legislativo, sin embargo sí existen mecanismos para castigar el incumplimiento de los Estados, incluso a nivel legislativo, y ésta es precisamente la razón por la que el ejecutivo español eligió la vía del Real Decreto-Ley para normar la mediación, y simplificar muy significativamente la tramitación de la tan esperada norma estatal sobre mediación.

La Comisión Europea inició en julio de 2011 un procedimiento contra nueve Estados miembros: Chipre, República Checa, España, Francia, Luxemburgo, Países Bajos, Finlandia, Eslovaquia y Reino Unido, si bien se cerró contra estos tres últimos tras comunicar las normas nacionales a la Comisión.

El procedimiento de infracción se inicia con un requerimiento de información, seguido de un requerimiento formal de cumplir el Derecho de la UE (Reasoned Opinion). Si el Estado no lleva a cabo medidas para cumplir, la Comisión puede enviar el asunto al Tribunal de Justicia de la UE, si bien en el 90 por 100 de los casos de infracción los Estados cumplen con sus obligaciones antes de que el asunto sea enviado al Tribunal. Así, la normativa francesa vio la luz en el mes de febrero de 2012, y el Ejecutivo español optó por remediar la situación lo antes posible, evitando el inicio de acciones ante el Tribunal.

### 3. Ley 5/2012. Características generales

#### 3.1. Estructura y contenido de la Ley.

La promulgación del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles supuso un hito relevante en la legislación española: además de regular por primera vez en el ámbito estatal la mediación, conllevó importantes modificaciones procesales. De hecho, modificó cerca de veinte disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ampliando así las, hasta el momento, dos menciones presentes en los artículos 770 y 777, en sede de procesos matrimoniales a la vez que contempla la suspensión de los plazos de prescripción y de caducidad de acciones con la presentación de la solicitud de mediación (art. 4 RDLMACM).

Fue convalidado por el Congreso de los Diputados el 29 de marzo de 2012, derogando el Decreto-Ley y promulgando la Ley 5/2012, de 6 de julio, sobre la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que no supuso grandes altera-

ciones, sólo se introdujeron respecto al texto del RD algunas modificaciones en doce de los veintiocho preceptos originales.

En el preámbulo, en la Ley 5/2012, se dejan claros varios aspectos de gran importancia: por un lado, la normativa estatal de 2012 pretende respetar las exigencias de las leyes desarrolladas por las Comunidades Autónomas: “La presente Ley se circunscribe estrictamente al ámbito de competencias del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, que permiten articular un marco para el ejercicio de la mediación, sin perjuicio de las disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias”.

Por otra parte, en el preámbulo se destacan las ventajas de la mediación relacionadas con la capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables, la flexibilidad del procedimiento, el ahorro en tiempo y dinero, así como la función de la persona mediadora. La mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto. La figura del mediador es, de acuerdo con su conformación natural, la pieza esencial del modelo, puesto que es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes.

Corolario de esta regulación es el reconocimiento del acuerdo de mediación como título ejecutivo, lo que se producirá con su ulterior elevación a escritura pública, cuya ejecución podrá instarse directamente ante los tribunales.

El articulado de la Ley se estructura en cinco títulos y unas importantes disposiciones finales:

– En el título I, bajo la rúbrica “Disposiciones generales”, se regula el ámbito material y espacial de la norma, su aplicación a los conflictos transfronterizos, los efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad, así como las instituciones de mediación.

– El título II enumera los principios informadores de la mediación, a saber: el principio de voluntariedad y libre disposición, el de imparcialidad, el de neutralidad y el de confidencialidad. 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.

– El título III contiene el estatuto mínimo del mediador, con la determinación de los requisitos que deben cumplir y de los principios de su actuación.

Para garantizar su imparcialidad se explicitan las circunstancias que el mediador ha de comunicar a las partes, siguiéndose en esto el modelo del Código de conducta europeo para mediadores.

– El título IV regula el procedimiento de mediación. Es un procedimiento sencillo y flexible que permite que sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus fases fundamentales. 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 alcanzar un acuerdo no es algo obligatorio, pues, a veces, como enseña la experiencia aplicativa de esta institución, no es extraño que la mediación persiga simplemente mejorar relaciones, sin intención de alcanzar un acuerdo de contenido concreto.

– El título V establece el procedimiento de ejecución de los acuerdos, ajustándose 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.

– En las disposiciones adicionales y finales se introducen importantes elementos como el coste de la elevación a público y se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil, estableciendo la relación de la mediación con el proceso (materia que se analizará en el capítulo correspondiente a la mediación vinculada con los tribunales).

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles recoge en su título II (arts. 6 a 10) los principios informadores de la mediación<sup>6</sup>.

En el artículo 6 se establece el principio de voluntariedad y libre disposición. Afirma rotundamente “la mediación es voluntaria”. De acuerdo con este artículo, la mediación es voluntaria. Esto significa el respeto a la autonomía de la voluntad y la libre decisión de las partes para aceptar, primero, la entrada en este procedimiento y, segundo, el acuerdo alcanzado en él. La voluntariedad supone que nadie se encuentra obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo (art. 6.3).

Por su parte, con el principio de libre disposición, nadie puede ser obligado a mantenerse en el proceso de mediación ni a concluir un acuerdo. En consonancia con el principio de voluntariedad.

---

<sup>6</sup> Vid. en profundidad CARRETERO MORALES, *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*, Madrid: Dykinson, 2016.

En el artículo 7 se proclaman dos principios esenciales:

– Igualdad de las partes. Sólo personas situadas en equilibrio pueden exponer su punto de vista, sin miedos, coacciones o condiciones que vicien su participación en el proceso de mediación. El acuerdo de mediación es producto de las personas que intervienen en el proceso de mediación y rara vez una persona con miedos, en inferioridad, coaccionada, podrá aportar algo suyo en ese acuerdo final. El cumplimiento de este principio será especialmente garantizado por el/la mediador/a durante las sesiones de mediación.

– Imparcialidad de los/as mediadores/as. La actuación de del/la mediador/a no puede generar ventajas o desventajas a ninguna de las partes. Este principio se relaciona con el de neutralidad, proclamado en el artículo 8 y cuya remisión al artículo 13 es de importancia: las obligaciones de la persona profesional de la mediación durante la misma se traducen en la obligación de facilitar la comunicación entre las partes, asegurarse de que estén bien informadas, mantener una conducta activa, posibilidad de que renuncie a la mediación y obligación de abandonar el proceso si cualquier circunstancia afecta a su imparcialidad.

El principio de confidencialidad queda recogido en el artículo 9. Si lo que se habla en una mediación puede ser luego utilizado en contra en otro proceso, nadie expondría abiertamente sus opiniones, intereses, necesidades en un proceso de mediación. Por este motivo, todo lo que se trate en mediación está sujeto a un deber de confidencialidad que alcanza al/la mediador/a, a las partes y a las instituciones de mediación. Este deber de confidencialidad podrá ser dispensado por consentimiento expreso de las partes o por resolución judicial motivada del orden jurisdiccional penal.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado ya sobre la confidencialidad, excluyendo al acuerdo de ella, en la STS de 2 de marzo de 2011 (núm. de recurso 1821 de 2007): “De la lectura de dicha norma se desprende que el deber de secreto que alcanza a la persona mediadora y a las propias partes se refiere a “informaciones confidenciales”, que lógicamente quedan reservadas al estricto conocimiento de la partes y del mediador, pero no puede extenderse al caso presente en que se pretende traer a un proceso judicial lo que una de las partes considera que es un acuerdo libremente adoptado y referido a las consecuencias de la ruptura matrimonial.”

Sigue reconociéndose en la STS que “lo que trata de prevenir (la norma) es la posibilidad de que se obtengan pruebas mediante procedimientos ilícitos que vulneren derechos fundamentales y que dichas pruebas logren efectividad en el proceso. La proclamada ineffectividad de las mismas queda determinada

legalmente por el hecho de que se haya obtenido la prueba con infracción de un derecho fundamental de rango igual o superior al del propio derecho a la prueba; supuesto que no es el del presente caso”

El último artículo de este título II, proclama los principios de flexibilidad del proceso de mediación conforme a lo establecido por las partes (flexibilidad que significa que el proceso no será rígido, pero que en todo caso no habrá que confundir con arbitrariedad de las partes. El/la mediador/a debe guiar el proceso y vigilar para que no se rompan los principios de la mediación ni los objetivos que ésta persigue); de buena fe, lealtad y respeto mutuo entre las partes; de exclusión de otros procesos una vez iniciada la mediación; y, por último, la necesaria colaboración y respeto de las partes hacia el/la mediador/a y viceversa.

Éstos son los principios que recoge la legislación española estatal de la mediación. En algunos otros países o instituciones se recogen otros principios interesantes como el de equidad. Este principio hace referencia a que el acuerdo alcanzado por las partes debe ser comprendido por éstas y que lo vean como justo y duradero (así, por ejemplo, American Bar Association); el principio de legalidad (conforme al cual sólo pueden ser tratados en mediación aquellos asuntos en los que las partes tenga la libre disposición); honestidad (el/la mediador/a ha de renunciar a la mediación o dar por terminada la mediación si cree que beneficia a las partes), todos ellos incluidos de forma indirecta dentro de los principios de la mediación en nuestro país.

### 3.2. Concepto de mediación

La mediación se define en el artículo 1 de la Ley 5/2012 como “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”.

Esta definición de la Ley se aparta de la definición que se recoge en la Directiva (e incluso de otras leyes autonómicas, que la definen, de inicio, como un procedimiento).

La Ley de mediación 5/2012 se refiere a ella así, como un medio de solución de controversias, en múltiples preceptos (arts. 6, 7, 9, 13, el título IV “procedimiento de mediación”, arts. 16, 17, 18, 19, 20, 22, 25, 26).

Es más, la Directiva se refiere en su primer artículo al modo de iniciarse la mediación, así como al hecho de que un juez puede llevar a cabo la mediación, siempre que no sea responsable de ningún litigio. La Ley nada dice sobre este

papel del juez y el inicio de la mediación lo regula en sede de procedimiento, en el Título IV.

### 3.3. Ámbito de aplicación

En la normativa española se ha recogido una regulación genérica sobre la mediación, lo cual es muy acertado, frente a la posibilidad de haber regulado únicamente los conflictos transfronterizos, como exigía la Directiva. La mediación en los ámbitos laboral, penal, los conflictos con las Administraciones Públicas y en materia de consumo se encuentran fuera del ámbito material de la Ley, al considerarse ámbitos excluidos del poder de disposición de las partes, y siguiendo la línea que estableció la Directiva.

Evidentemente, esta opción es la más adecuada, dada la necesidad de regulación, patente incluso desde antes de 2005, y la conveniencia de disponer de una normativa clara y coherente.

En su Preámbulo se señala que La mediación, como fórmula de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible.

En cuanto a la inclusión de la mediación familiar en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2012, se trata de una cuestión polémica derivada de la naturaleza mixta entre el Derecho Privado y el Derecho Público de la materia. Un gran número de disposiciones son de *ius cogens* y los procesos matrimoniales, al estar implicado en ellos el interés público (así, la acción para resolver el vínculo matrimonial necesita del refrendo judicial, o en aquellos asuntos en los que sea afectada una persona con discapacidad o menor de edad).

Dos razones hacen pensar que sí:

– Según su Preámbulo, la Ley 5/2012 da cumplimiento a la disposición adicional tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en la que se encomendaba al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de ley sobre mediación familiar.

– En la cultura jurídica española el derecho de familia se recoge dentro del derecho civil, y, lo que es más relevante, los procesos de familia son tramitados por los jueces de la jurisdicción civil, dado que en nuestro país no existe una jurisdicción especial y los Jueces de Primera Instancia son a lo más, especializados en la materia en los partidos judiciales más extensos.

Evidentemente, aquellas cuestiones que no tienen carácter dispositivo para las partes (estado civil, capacidad, etc.), podrán ser objeto de mediación más

o menos directamente, si bien, dado el interés público subyacente, el acuerdo sobre las cuestiones no dispositivas no vinculan a los tribunales en cuanto a la aprobación del acuerdo, ni puede ser elevado a público por un notario otorgándole valor ejecutivo, es decir, que no serán ejecutivos los acuerdos sobre materias no dispositivas sin refrendo del tribunal<sup>7</sup>.

En cuanto al límite de la aplicación de la Ley, ésta considera “conflicto transfronterizo” a aquel que surge cuando una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquel en que estén domiciliadas cualquiera de las otras partes a las que afecta, cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a ella según la ley aplicable (art. 3.1).

Asimismo, se considera transfronteriza la mediación prevista o resuelta por acuerdo, 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.

La mediación en los ámbitos laboral, penal, los conflictos con las Administraciones Públicas y en materia de consumo se encuentran fuera del ámbito material de la Ley, al considerarse ámbitos excluidos del poder de disposición de las partes, y siguiendo la línea que estableció la Directiva, si bien las aproximaciones normativas de borradores de textos legales para el ámbito penal u otros sí barajan la posibilidad de establecer su aplicabilidad.

En concreto, respecto del ámbito laboral, nada impediría la aplicabilidad de la Ley 5/2012, con las prevenciones correspondientes en virtud del interés público en la protección de los trabajadores, y lo mismo puede ocurrir respecto del ámbito contencioso administrativo o penal, o incluso de consumidores. Nada obsta a que todo o parte de la normativa de 2012 pueda ser aplicable en otras jurisdicciones distintas de la civil, con las especialidades correspondientes, ya que la ley de 2012 desarrolla además de la regulación procesal civil, elementos básicos de la mediación, como los principios, papel del mediador, procedimiento, etc.

### 3.4. Prescripción y caducidad

La solicitud de inicio de la mediación conforme al artículo 16 suspenderá la prescripción o la caducidad de acciones, evitándose así que el uso de la mediación con intenciones dilatorias no produzca la pérdida de derechos.

---

<sup>7</sup> Vid. PARDO IRANZO, V., *La ejecución del acuerdo de mediación*, Cizur Menor: Aranzadi, 2014.

La protección del método de resolución adecuado del conflicto que es la mediación impone el establecimiento de mecanismos que impidan el “abuso” del procedimiento, así, ante la posibilidad de que se inicie un procedimiento de mediación con fines dilatorios, los sistemas deben recoger mecanismos como la suspensión de la prescripción. En el caso europeo, la Directiva de 2008 recogía esta exigencia, y en el caso español se cumple a través del artículo 4 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles:

Artículo 4. Efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad

La solicitud de inicio de la mediación conforme al artículo 16 suspenderá la prescripción o la caducidad de acciones desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por el mediador, o el depósito ante la institución de mediación en su caso.

Si en el plazo de quince días naturales a contar desde la recepción de la solicitud de inicio de la mediación no se firmara el acta de la sesión constitutiva prevista en el artículo 19, se reanudará el cómputo de los plazos.

La suspensión se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, la firma del acta final, o cuando se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en esta Ley.

### 3.5. Persona mediadora

La persona mediadora es un tercero ajeno a las partes y debe revestir los caracteres de neutralidad e imparcialidad. De hecho, antes de iniciar o de continuar su tarea, debe revelar a las partes cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o generar un conflicto de intereses (art. 13.5).

La Ley 5/2012 no recoge un concepto de mediador, su artículo 5 se refiere a las denominadas instituciones de mediación. Tienen la consideración de instituciones de mediación las instituciones públicas y privadas y corporaciones de derecho público.

El artículo 11 recoge las condiciones para ejercer de mediador:

1. Pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión.

Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley.

2. 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.

3. El mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga.

Como forma de asegurar la calidad y el éxito de la mediación los operadores se preocupan por intentar establecer criterios mínimos de formación e instituciones/centros que estén homologados para impartirla, lo que se ha procurado a través del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>8</sup>.

En este RD se regula en su capítulo II la formación de la persona mediadora. Parte de una concepción abierta de la formación en la línea de los principios de libre prestación de servicios y libre competencia tal y como recoge su Exposición de Motivos. No obstante, el Real Decreto establece unas reglas básicas en cuanto a la formación en contenidos generales ( “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”), el carácter teórico y práctico de la formación (suponiendo la parte práctica al menos el 35% de la duración mínima exigida) , la duración mínima (100 horas de docencia efectiva) y la exigencia de formación continua (al menos cada 5 años y con una duración total mínima de 20 horas ). Este Real Decreto ha sido desarrollado en sus artículos 14 y 21 por medio de la Orden JUS/746/2014, de 7 de mayo, creándose el fichero de mediadores e instituciones de mediación.

En el artículo 11 se señala que el mediador debe suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga.

Esta obligación se encuentra asimismo regulada en el Capítulo IV (artículos 26 a 29) del Real Decreto 980/2013.

En el artículo 14, referido a la responsabilidad de los mediadores y de las instituciones de mediación, se señala que la aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad.

---

8 “BOE” núm. 310, de 27 de diciembre de 2013

En estas situaciones, la persona perjudicada tendrá acción directa contra la persona mediadora y, en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra el mediador. No se podrá solicitar dictamen al mediador que hubiera intervenido en el mismo asunto, salvo acuerdo de las partes, de acuerdo con el artículo 335.3 LEC.

Lo que se interrelaciona con la confidencialidad y el deber de guardar secreto profesional.

### 3.6. Coste de la mediación

En el artículo 15 se señala que 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.

Asimismo, según el artículo 15 establece que tanto los mediadores como la institución de mediación pueden 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 realizan en plazo la provisión de fondos solicitada, el mediador o la institución podrán dar por concluida la mediación. Si alguna de las partes no realiza 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.

En cuanto al coste que supone la necesaria elevación a público ante Notario para que el acuerdo alcance carácter ejecutivo, en la disposición adicional tercera de la Ley 5/2012 se establece:

Escrituras públicas de formalización de acuerdos de mediación:

Para el cálculo de los honorarios notariales de la escritura pública de formalización de los acuerdos de mediación se aplicarán los aranceles correspondientes a los “Documentos sin cuantía” previstos en el número 1 del Real Decreto 1.426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los notarios.

Esto supone un gran incentivo para el uso de la mediación por los operadores jurídicos, ya que los abogados aconsejarán a los clientes el intento de resolución colaborativa de asuntos reduciéndose así los gastos, que podrán desplazarse parcialmente al pago del mediador.

Para que la elevación a público sea más eficaz, habrán de designarse en el acuerdo de mediación los bienes y elementos de que sea objeto de la forma más completa posible, a efectos de registro, etc.

#### 4. Incidencia de la mediación en el proceso civil

Varias normas han regulado efectos de la mediación en el proceso, desde la Ley 15/2005 hasta las más recientes Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria.

La primera referencia fue introducida a través de la Ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en el ámbito del proceso de familia.

En la propia Exposición de Motivos de la Ley se hacía referencia a la importancia de lograr el acuerdo de los cónyuges sobre las medidas que los afecten, sobre todo cuando existan menores de edad, permitiendo el acceso en todo momento a la vía de la mediación.

Se introdujeron así dos referencias a la mediación en la LEC: la primera, en el artículo 770, relativo al procedimiento principal, creándose un nuevo apartado séptimo, en el que se indica que:

Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación.

La segunda novedad en cuanto a mediación introducida por la Ley de 2005 se recogió en el artículo 777, sobre el procedimiento de mutuo acuerdo, en el que se podrá adjuntar “en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar”. Entendemos que la referencia del artículo 777 está desfasada, y que no tiene sentido en la actualidad. Los documentos a aportar en el procedimiento de mutuo acuerdo son el convenio regulador y demás documentación, y no es preciso ni adecuado aportar el acuerdo de mediación.

En la disposición final tercera de la Ley de 2005 se anunció la futura legislación sobre mediación, que estaría “basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas”, lo que no se produjo hasta 2012.

Al trasponerse con la ley de 2012 la Directiva de 2008, se escogió un modelo centrado principalmente en la mediación privada, regulando residualmente los efectos en el proceso de los acuerdos de mediación o incluso de la pendencia del propio procedimiento de mediación, pero también se hace referencia al procedimiento.

Finalmente, la través de la disposición final 3.12 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria y conforme a la corrección de errores publicada de 2 de septiembre de 2015, se ha introducido la posibilidad de suspender el procedimiento relativo al secuestro de menores para intentar una mediación, y en la ley de octubre de 2015 también se añaden elementos relativos a la justicia gratuita y se mejora el texto de algunos artículos incluyendo la mediación.

Podemos clasificar las cuestiones procesales que se regulan en la LEC a partir de la Ley 5/2012 en tres grupos según el momento procesal: jurisdicción y competencia, efectos en el proceso y relación con tasas y costas.

#### 4.1. Jurisdicción y competencia

A partir de la regulación de la Ley 5/2012 se regulan en la LEC una serie de efectos procesales a la mediación realizada privadamente dentro del ámbito de libre disposición, y establece el sometimiento a mediación como motivo para plantear declinatoria de jurisdicción.

Se diseña así un sistema de relación entre la mediación y el proceso bastante curioso, pues da a la mediación un tratamiento análogo al del sometimiento al arbitraje y, como señalamos, no deja de ser sorprendente si se tiene en cuenta que un elemento básico del proceso de mediación es la voluntariedad y la posibilidad para cualquiera de las partes de abandonarla en todo momento.

El texto normativo parece que tiene como objetivo fortalecer el uso de la mediación, impidiendo que un tribunal conozca de un asunto cuando las partes se han sometido a mediación.

El artículo 39 LEC posibilita a las partes a denunciar la falta de jurisdicción por haberse sometido la controversia a mediación, lo que habrá sido realizado en un contrato, testamento o protocolo. La sumisión a mediación podrá realizarse de forma genérica, por ejemplo, a todas las controversias surgidas entre partes determinadas, o bien concreta, a los conflictos surgidos dentro de una específica relación comercial o civil.

La parte demandada habrá de materializar la denuncia de la falta de jurisdicción a través de declinatoria, instrumento que también podrá utilizar la persona que pueda ser parte legítima en el proceso iniciado por el demandado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 63 LEC. El juez habrá de sobreseer el caso si estima la declinatoria, tal como se establece en el artículo 65 LEC.

En cuanto a los recursos, también se da el mismo tratamiento que al resto de los motivos de declinatoria: el demandante podrá interponer recurso de apelación contra el auto que estime la declinatoria, conforme al artículo 66 LEC, mientras que sólo cabe reposición si el auto confirma la jurisdicción.

#### 4.2. Efectos en el proceso: la suspensión

En varios preceptos de la LEC se recoge la posibilidad de suspender las actuaciones para intentar la mediación, conforme al artículo 19, durante un plazo máximo de 60 días, como consecuencia su derecho de disposición sobre el objeto procesal: “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”.

Como consecuencia de la voluntariedad que inspira la mediación, si hubieran solicitado la suspensión del proceso y una de ellas o las dos prefirieran continuar con el proceso, pueden solicitar la continuación de éste: en el artículo 415 LEC, tras la redacción dada por la Ley 5/2012, se apunta que:

Quando se hubiera suspendido el proceso para acudir a mediación, terminada la misma, cualquiera de las partes podrá solicitar que se alce la suspensión y se señale fecha para la continuación de la audiencia.

De durar la mediación más allá de los dos meses de suspensión, teóricamente el Tribunal podría requerir a las partes o dictar resolución regulando las medidas sobre las que las partes discrepaban, sin embargo, lo habitual será que el Tribunal no realice ninguna actuación, y dado que los efectos de la falta de actuación no se dan hasta los dos años (caducidad de la instancia, art. 237 LEC), en principio no habrá mayor problema, y las partes podrán solicitar la ampliación de la suspensión<sup>9</sup>.

Los preceptos de los distintos procedimientos en los que se hace referencia a la posibilidad de suspensión para intentar la mediación son:

- El artículo 414 y 415 en la audiencia previa.
- El artículo 443.1 en la vista.

---

<sup>9</sup> En la web del Poder Judicial se puede consultar la información más actualizada de los Protocolos y los programas intrajudiciales. Vid. [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)

### 4.3. Ejecución del acuerdo

La Directiva de 2008 estableció la necesidad de ejecutividad de los acuerdos de mediación de una forma es un tanto “flexible”: se otorgó un importante margen de discrecionalidad a los legisladores estatales, al establecerse la obligación de los Estados miembros de dotar de ejecutividad a los acuerdos de mediación a instancia de las partes, si bien se salvaba la posibilidad de que el Estado al que se solicite no contemple su carácter ejecutivo, y no se considera aplicable la Directiva al reconocimiento de acuerdos ejecutivos por otro Estado. La ejecutividad podía atribuirse a través de resoluciones judiciales o incluso de otros órganos.

Por último, la Directiva establecía que los Estados debían garantizar el eventual acceso a la jurisdicción de las partes que entablan un procedimiento de mediación en relación con los plazos de caducidad de las acciones y prescripción de los derechos.

El legislador español, y como gran novedad de la normativa de 2012, se otorga el rango de título ejecutivo al acuerdo de mediación elevado a escritura pública que reuniera los requisitos legales (art. 517.2 LEC), no siendo preciso requerimiento de pago (art. 580 LEC).

De acuerdo con la regulación general, sólo se despachará ejecución tras veinte días desde la comunicación de la firma del acuerdo al ejecutado (art. 548 LEC).

La acción ejecutiva caduca a los cinco años de la firmeza de la resolución que lo apruebe (art. 518 LEC), lo que, en el caso del acuerdo de mediación elevado a escritura pública, se referirá a la fecha de elevación a público, y, en el caso de ser aprobado judicialmente, al de firmeza de la resolución que lo apruebe.

La postulación será precisa para el caso de que el acuerdo establezca el pago de más de 2.000 euros (art. 539.1 LEC).

La competencia corresponde al Juzgado de Primera instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación (art. 545.2 LEC).

La demanda ejecutiva que se base en acuerdo elevado a escritura pública habrá de acompañarse además del acuerdo, de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento de mediación (art. 550.1 LEC).

La oposición a la ejecución sólo será posible en los diez días siguientes a la notificación del auto en que se despache ejecución (art. 556.1 LEC) y con los únicos motivos de pago o cumplimiento, que se habrá de justificar documentalmente.

Se declarará la nulidad del despacho de la ejecución (art. 559.1.3.º LEC) si el acuerdo de mediación no cumple los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución.

#### 4.4. Coste y costas

El coste de la mediación vinculada con los tribunales es asumido bien por las partes, bien por el sistema público, dependiendo de las Comunidades Autónomas y programas de mediación.

La normativa estatal no entra a establecer una regulación específica del coste de la mediación vinculada con los tribunales, y se dispone en el artículo 15 de la Ley 5/2012 que:

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.

3. 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.

Esta previsión se realiza teniendo en cuenta la mediación privada, pero nada impide que se aplique igualmente a la mediación vinculada a los tribunales, de hecho es el criterio seguido en Cataluña si las partes no tienen reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita.

De conformidad con la reforma operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, en el apartado 1 de la Ley 1/1996, se incluye dentro del Asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso la información sobre la posibilidad de recurrir a la mediación u otros medios extrajudiciales de solución de conflictos, en los casos no prohibidos expresamente por la ley, cuando tengan por objeto evitar el conflicto procesal o analizar la viabilidad de la pretensión.

Sin embargo, en el Preámbulo de la Ley 43/2015 se aclara que “No obstante, la obligación de facilitar esta información no supone que deban asumirse los gastos generados en la sesión informativa a que se refiere la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”.

En el artículo 46.2 de la Ley 1/1996, recoge en relación a los litigios transfronterizos

“El beneficio de asistencia jurídica gratuita se reconocerá únicamente en los litigios en materia civil o mercantil, así como en los procedimientos extrajudiciales en estas mismas materias cuando la ley los imponga a las partes o el Juzgado o Tribunal remita a éstas a dichos procedimientos.”

Es evidente que las personas beneficiarias del derecho de asistencia jurídica gratuita deben tener garantizado el acceso a la mediación de forma gratuita.

En este sentido, en la disposición adicional segunda, titulada “Impulso a la mediación”, se dispone que:

1. Las Administraciones Públicas competentes para la provisión de medios materiales al servicio de la Administración de Justicia proveerán la puesta a disposición de los órganos jurisdiccionales y del público de información sobre la mediación como alternativa al proceso judicial.

2. Las Administraciones Públicas competentes procurarán incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, previsto en el artículo 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, en la medida que permita reducir tanto la litigiosidad como sus costes.

Pues bien, esta dicción es curiosa y no estamos acostumbrados a ella en una normativa nacional; al contrario, un enunciado flexible como el del apartado 2 de esta disposición, en el que se recoge un comportamiento de las Administraciones Públicas sin vincularlas normativamente, es una forma de regulación de soft law más en la línea de la normativa europea, que normalmente pretende establecer líneas de trabajo, dando cierta libertad a los Estados para que elijan la forma de llevarlas a cabo.

El texto de la disposición adicional segunda apunta a la necesidad de incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, si bien no la incluye expresamente y permite a las Administraciones que lo hagan o no. Evidentemente, en una situación económica como la actual, será difícil que dichas Administraciones lo lleven a cabo si no es con una expresa manifestación normativa.

La inclusión de la mediación dentro del derecho de asistencia jurídica gratuita no es una cuestión intrascendente, puede suponer una importante carga económica para el Estado si existe un número relevante de mediaciones; es comprometido incluir ese coste en el ya conflictivo ámbito del pago a los



proveedores de servicios de justicia gratuita, hasta la fecha principalmente abogados y procuradores, sin embargo se presenta como necesario.

Por otra parte, no hay que olvidar que la mediación también se puede producir en etapas posteriores a la inicial, que es a la que se refiere la ley de mediación y la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, y que la mayoría de los asuntos que se median provienen de procesos abiertos en los que se ha realizado una derivación a mediación.

Como ideal, podría diseñarse un sistema en el que la mediación derivada desde los Tribunales fuera gratuita o que su coste se tratara como tasa judicial, pero en todo caso, el procedimiento de mediación habría de ser gratuito para las personas sin recursos económicos, que nuestro ordenamiento cubre en cuanto a costes procesales en general, reformándose en este sentido la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, como se promueve en muchos proyectos. Algunas Comunidades Autónomas ya recogen estos avances.

Sería positivo intentar medidas análogas a las realizadas en otros países, como establecer tarifas a las partes dependiendo de sus niveles de ingresos, incluso si son muy bajos. Así, en programas de Estados Unidos, la sesión de mediación de asuntos derivados por los tribunales puede variar entre 30 o 120 dólares en virtud de los ingresos de las partes, teniéndose en cuenta además la diversidad de la capacidad económica de las dos partes.

- Costas o la no participación en mediación como circunstancia en la condena en costas

En el artículo 395 LEC se dispone que la no participación en la mediación intentada por una de las partes se interpretará como mala fe a efectos de imposición de costas cuando el demandado se allanare a la demanda.

Esta previsión supone la inclusión en nuestro sistema del concepto de buena fe extraprocésal en mediación que se ha desarrollado en países anglosajones, en los que ha acabado siendo un incentivo para el uso de la mediación. Esperemos que este artículo sea usado por los tribunales incluso de una forma extensiva, aplicándolo a otros casos diferentes del allanamiento.

Este tipo de incentivo supondrá un apoyo a la necesidad de que abogados y procuradores aprendan a trabajar con los sistemas de mediación, y que conozcan la institución, los programas existentes, y, sobre todo, la forma de desempeñar su papel de defensores y representantes en la mediación de la manera más ventajosa posible para sus clientes.

## Capítulo 7

### La incidencia del proceso en la mediación: la Mediación Intrajudicial o mediación conectada con el tribunal

#### 1. Introducción

La mediación es una forma de resolución de conflictos que puede darse en el ámbito privado o estar vinculada con un proceso vivo.

La mediación intrajudicial será aquella que se lleve a cabo una vez se haya iniciado un proceso a través de demanda, y en cualquier momento de su devenir, es decir, que es posible que exista mediación al principio del proceso civil, en pleno proceso e incluso en fase de ejecución de sentencia.

Las partes acudirán a la mediación bien a partir de alguna gestión de un organismo oficial, bien por iniciativa propia. En cualquiera de los casos podemos hablar de mediación intrajudicial, pues se produce una vez iniciado el proceso y desarrollo y el resultado tendrá efectos en dicho proceso, sin embargo, generalmente se hace referencia a mediación intrajudicial cuando la iniciativa de la mediación parte del órgano jurisdiccional o cuando se utilizan los servicios del órgano jurisdiccional.

Sería más correcto hacer referencia a la mediación conectada con el Tribunal, tal como se denomina a esta clase de mediación en el sistema estadounidense (court-connected mediation), aunque en otros países de Europa en general se denomina mediación judicial, como en Bélgica, donde la distinguen de la voluntaria<sup>1</sup>, o en Francia de la convencional<sup>2</sup>.

El término más adecuado puede ser el de mediación conectada con el Tribunal o mediación intrajudicial, pues el término mediación judicial puede llevar a la errónea conclusión de que es el Juez el que lleva a cabo la labor de mediación.

La mediación no conectada con el Tribunal, es decir, la de las partes a su iniciativa y con servicios privados o no vinculados al Tribunal, podrá tener

---

<sup>1</sup> Vid. Ley de 21 de febrero de 2005 que modifica el código judicial en lo que concierne la mediación. *La médiation en Europe...*, cit., p. 8.

<sup>2</sup> Rapport d'Information sur la médiation en Europe, Asssemblée nationale, 13 de febrero de 2007, presentado por FLOCH, J., p. 14. ORTUÑO MUÑOZ, J.P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civiles y penal*. Fundación Alternativas, 2007, p. 41.

sus efectos en el proceso de la misma forma que la mediación conectada con el Tribunal, a través de figuras como la suspensión del proceso, y su resultado relevancia procesal con la figura de la transacción y del acuerdo de mediación.

## 2. La información y la invitación a mediación

Uno de los elementos esenciales de la mediación es la voluntariedad, afirmada contundentemente por nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, al hacer referencia a que las partes solicitarán la suspensión para intentar la mediación, así como por la Directiva de mayo de 2008, voluntariedad evidente para que acepten el resultado de la mediación.

Es conveniente, conforme a la voluntariedad, consecuencia del principio de libre disposición, que las partes acudan voluntariamente a la mediación, sin embargo, ello no puede suceder si no conocen las características de la mediación. Lo primero será entonces recibir información sobre el procedimiento de mediación, lo cual se hace a través de la derivación a una primera sesión de mediación o sesión informativa por parte del Tribunal.

En algunas normas de las Comunidades Autónomas ya se hacía referencia a la derivación por el tribunal a mediación antes de la regulación estatal, lo cual no dejaba de plantear problemas de constitucionalidad<sup>3</sup>, aunque finalmente la Ley de 2005 vino a recoger la suspensión del proceso a instancia de las partes, aunque no la derivación a instancia del Juez, que por fin se recoge en varios preceptos de la LEC a partir de 2012:

- En la audiencia previa: en el artículo 414.1 LEC a partir de su modificación por la Ley 5/2012 se establece:

- En atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten 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.

- En la vista (art. 415 LEC).

- En la citación para la vista del juicio verbal, por el Secretario Judicial (art. 440.1).

- En la vista del juicio verbal (art. 443 LEC).

---

3 Así, la normativa gallega o valenciana, aunque, como bien señalan ORTUÑO y HERNÁNDEZ, *Sistemas alternativos...*, cit., p. 52, y SOLETO, “La mediación en el ámbito de la ruptura familiar”, en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, UNED, 2005, la competencia para reglar la derivación, como norma procesal, compete en exclusiva a la legislación nacional de acuerdo con lo establecido en el artículo 149 de la Constitución.

– Durante el procedimiento contencioso de familia se sigue manteniendo no la invitación, sino la solicitud de suspensión del proceso a instancia de las partes para intentar la mediación (art. 770.7 LEC), sin embargo, por aplicación de la normativa del proceso común también el Juez de familia podrá invitar a las partes a mediación, tal como se hace en la práctica.

Además de estos momentos recogidos en la norma expresamente, la Guía para la mediación civil del CGPJ de 2016 también describe otros momentos en los que se considera adecuado que el tribunal informe y o invite a las partes a intentar a mediación, como por ejemplo en la parte dispositiva de las resoluciones definitivas del procedimiento o en la apelación.

De conformidad con la Guía de Mediación Civil del Consejo General del Poder Judicial del año 2016, se distinguen diversos momentos en los que realizar la derivación, o más bien la invitación a mediación:

Señalan que en procesos declarativos, en el Decreto de admisión a trámite de la demanda el Letrado de la Administración de Justicia deberá incluir un párrafo informando de la posibilidad de acudir a mediación sin suspender el proceso. En la notificación de esta resolución se adjuntará una hoja informativa sobre los centros de mediación y comparativa entre el proceso judicial y el de mediación.

En los procesos declarativos la derivación podrá hacerse

– Desde que las partes han sido emplazadas hasta la fecha de la Audiencia Previa o de la Vista del juicio verbal,

– En la diligencia de ordenación convocando a las partes a la audiencia previa

– En el acto de la Audiencia Previa

– En el acto de la vista

– En la parte dispositiva de las resoluciones judiciales definitivas

En procesos de ejecución, en el traslado del despacho de ejecución al ejecutado, aunque no se haya personado en el procedimiento. Resulta necesario subrayar que se exija intentar derivar a mediación todas las ejecuciones de hacer, cuando exista conflicto sobre el cumplimiento exacto de lo ordenado en sentencia.

En el caso de ejecuciones hipotecarias se recomienda que se realice en la convocatoria el Letrado de la Administración de Justicia al solicitar la certificación de cargas y con anterioridad a la convocatoria de la subasta

En los procesos concursales, en el trámite de anuncio de situación preconcursal previsto en el artículo 5 bis de la Ley, en la medida de que, en función

de las circunstancias, pueda preverse un beneficio tanto para el deudor como para los acreedores.

En la fase de apelación, en la Diligencia de Ordenación por la que se forme el rollo de apelación, el Letrado de la Administración de Justicia incorporará un párrafo informando de la posibilidad de acudir a mediación y suspender el proceso. Durante la sustanciación del recurso, la derivación podrá realizarse:

- El Letrado de la Administración de Justicia de la Sección Civil correspondiente de la Audiencia Provincial dará cuenta personal y directamente al Ponente designado en el rollo, según criterios fijados previamente por el Tribunal, de todos aquellos asuntos que pudieran ser susceptibles de derivación a mediación. Esta actuación habrá de producirse en el tiempo que medie entre la incoación del rollo y el señalamiento para deliberación, votación y fallo, o vista en su caso.

- Al momento de resolver sobre la prueba propuesta en segunda instancia, tanto si se admite como si no, el/la Magistrado/a Ponente derivará los casos que sean susceptibles de mediación

- En la Providencia de señalamiento para deliberación, votación y fallo, o vista en su caso, se incluirá un párrafo informando de la posibilidad de acudir a mediación y suspender el proceso

- En la vista de apelación, el Presidente del Tribunal o el Magistrado-a Ponente del asunto informará personalmente a las partes y, en su caso, las convocará a una sesión informativa

En cuanto a quién, en el Protocolo se remarca la conveniencia de que el Juez (o el Secretario en las comparecencias de inventario o liquidación de bienes), promueva la mediación, realizando recomendaciones a las partes y recabando la colaboración de los abogados para que sus clientes acudan a la primera sesión informativa<sup>4</sup>.

## 2.1. Voluntariedad versus obligatoriedad

La gran diferencia entre los dos tipos principales de mediación (privada e intrajudicial) estribará en el inicio del procedimiento de mediación: las partes van al proceso cuando no consiguen resolverlo privadamente, por tanto, la derivación del conflicto a mediación es la nota distintiva; cuándo, cómo y qué asuntos —derivar a mediación—. La derivación de un asunto a mediación se

---

<sup>4</sup> <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>

circunscribe en principio a una sesión informativa o primera sesión, a partir de la cual las partes acordarán o no iniciar un procedimiento de mediación.

Esta derivación soporta una tensión entre dos principios básicos del proceso: la autonomía de la voluntad y la imparcialidad judicial.

La autonomía de la voluntad se traduce en el proceso civil en el principio dispositivo, que supone que el objeto y la pretensión pertenecen a las partes y que el juzgador tiene un deber de congruencia<sup>5</sup>, principio que, como es sabido, incide parcial y no totalmente en el proceso de familia como consecuencia del interés público subyacente<sup>6</sup>.

Este principio puede verse amenazado por el principio de autoridad judicial: el Juez es un tercero ajeno y superior al conflicto que impone su solución, que, por tanto, ha de comportarse de forma imparcial.

Surge así la tensión cuando el Juez o el Tribunal realiza la derivación a la mediación: ¿puede entenderse esta derivación como una amenaza al principio dispositivo?, ¿es posible una derivación obligatoria para las partes?

La gran diferencia entre los dos tipos principales de mediación (privada e intrajudicial) estribará en el inicio del procedimiento de mediación: las partes van al proceso cuando no consiguen resolverlo privadamente, por tanto, la derivación del conflicto a mediación es la nota distintiva; cuándo, cómo y qué asuntos —derivar a mediación—. La derivación de un asunto a mediación se circunscribe en principio a una sesión informativa o primera sesión, a partir de la cual las partes acordarán o no iniciar un procedimiento de mediación.

Esta derivación soporta una tensión entre dos principios básicos del proceso: la autonomía de la voluntad y la imparcialidad judicial.

La autonomía de la voluntad se traduce en el proceso civil en el principio dispositivo, que supone que el objeto y la pretensión pertenecen a las partes y que el juzgador tiene un deber de congruencia<sup>7</sup>, principio que, como es sabido, incide parcial y no totalmente en el proceso de familia como consecuencia del interés público subyacente<sup>8</sup>.

Este principio puede verse amenazado por el principio de autoridad judicial: el Juez es un tercero ajeno y superior al conflicto que impone su solución, que, por tanto, ha de comportarse de forma imparcial.

---

5 Vid. GIMENO SENDRA, *Instituciones de Derecho Procesal*.

6 SOLETO, “El interés público en el proceso de familia”, *Revista de Derecho de Familia*, n.º 18, Lex Nova, 2003.

7 Vid. GIMENO SENDRA, *Instituciones...*, cit.

8 SOLETO, “El interés público...”, cit.

Surge así la tensión cuando el Juez o el Tribunal realiza la derivación a la mediación: ¿puede entenderse esta derivación como una amenaza al principio dispositivo?, ¿es posible una derivación obligatoria para las partes?

Uno de los elementos esenciales de la mediación es la voluntariedad, evidentemente necesaria para que las partes acepten el resultado de la mediación como un acuerdo.

Es conveniente, conforme a la voluntariedad, consecuencia del principio de libre disposición, que las partes acudan voluntariamente a la mediación, sin embargo, ello no puede suceder si no conocen las características de la mediación. Lo primero será entonces recibir información sobre el procedimiento de mediación, lo cual se hace a través de la derivación a una primera sesión de mediación o sesión informativa por parte del Tribunal.

En los sistemas jurídicos civiles se ofrecen varias oportunidades a lo largo del proceso para que las partes intenten un acuerdo, e incluso gestionen su asunto a través de la mediación, existiendo la posibilidad de suspensión del procedimiento, bien a instancia de las partes o del juez, como también ocurre en el sistema español<sup>9</sup>.

Se plantea cada vez con más frecuencia por parte de la doctrina y operadores jurídicos la posibilidad de obligatoriedad del intento de mediación, pese a que existen importantes obstáculos como la resistencia de sectores jurídicos más tradicionales que promueven el acceso a la justicia como sistema único.

Algunos argumentan que el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción es un obstáculo a la obligatoriedad del intento de la mediación, sin embargo este planteamiento parece superado en general por la doctrina y sistemas jurídicos más modernos, y por el contrario se defiende un sistema de Justicia más amplio que integre estos mecanismos adecuados de resolución de conflictos.

El peso de derechos como un sistema de Justicia eficaz, en el que sólo los asuntos adecuados ingresen, por una parte, y la relevancia de la protección de derechos como los de los menores o los trabajadores, o en general de personas desvalidas, por otro, apoyan fuertemente la desviación inicial o posterior a mediación de los asuntos.

---

<sup>9</sup> En la LEC española, además de numerosas referencias a la información a las partes sobre la mediación, se prevé en el 414.1 que “En atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten 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”.

Los sistemas que pretenden fomentar el uso de la mediación haciéndola obligatoria suelen introducir la obligatoriedad del intento de la mediación antes del inicio del proceso: así, exigen como criterio de procedibilidad acudir a una sesión informativa o a la primera sesión de mediación, o incluso a un número mínimo de ellas.

Las consecuencias del incumplimiento pueden variar de la denegación del acceso a la jurisdicción (como ocurre en general en los sistemas de resolución de conflictos laborales con una fase previa de mediación o conciliación), o una limitación de los derechos procesales de la parte que incumpla la obligación, pasando por una multa o sanción o condena en costas.

En el marco europeo, la propia Directiva de mayo de 2008 se refiere a la voluntariedad de la mediación como uno de sus elementos básicos, si bien también se señala en el artículo 5, sobre recurso a la mediación, en el apartado 2, que “no afectará a la legislación nacional que estipule la obligatoriedad de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial”, con lo que se admite cierto grado de injerencia sobre la voluntad de las partes pero a la vez garantizando el derecho a la tutela judicial efectiva.

En general, en los países de Europa se fomenta el uso de la mediación en el ámbito familiar, y en algunos países el Tribunal puede derivar obligatoriamente a las partes a una primera sesión de mediación, como puede ser en Finlandia, Malta, República Checa, y algunos Landern alemanes<sup>10</sup>, mientras que en otros países como Reino Unido se favorece su uso optando por una fuerte recomendación de acudir a la mediación, recogida en los protocolos prejudiciales: sin ser obligatorio, se señala ha de intentarse y que el tribunal puede requerir prueba de haberse intentado la mediación<sup>11</sup>. En Italia, a partir de la Directiva, se ha establecido la obligatoriedad de la mediación en asuntos

---

10 Rapport d'Information de la Assamblée Nationale, Francia, pág. 28.

11 En Reino Unido, en la Practice Direction-Pre-action Conduct, para 8.1 se indica que “Starting proceedings should usually be a step of last resort, and proceedings should not normally be started when a settlement is still actively being explored. Although ADR is not compulsory, the parties should consider whether some form of ADR procedure might enable them to settle the matter without starting proceedings. The court may require evidence that the parties considered some form of ADR”. Sobre la estrategia de los tribunales ingleses para favorecer el uso de la mediación vid. ANDREWS, N., “Mediation in England”, en *Contemporary tendencies in mediation*, DALLA BERNARDINA DE PINHO y LOSS ANDRADE coor., Dykinson, 2015.



civiles de menor cuantía, con carácter temporal, y a efectos de expansión de la mediación como mecanismo adecuado para reducir la litigiosidad y el grave problema italiano de la dilación de la Justicia<sup>12</sup>.

Destacan entre los países con experiencias de obligatoriedad del intento de mediación Estados Unidos y Canadá<sup>13</sup>.

La obligatoriedad del intento de mediación en los procesos contenciosos de familia que afecten a menores de edad es perfectamente defendible jurídicamente e incluso constitucionalmente en todos los sistemas avanzados, ya que el principio de interés del menor justifica completamente esta exigencia procedimental. Lógicamente, habrán de preverse mecanismos para permitir al progenitor que intenta la mediación y al que el otro ignora pueda entablar el procedimiento judicial.

La doctrina señala la conveniencia de la obligatoriedad de la mediación, sobre todo a efectos de conocimiento de la mediación por parte de los operadores jurídicos, principalmente los abogados<sup>14</sup>.

Los planes de parentalidad son instrumentos que también pueden favorecer la práctica de la mediación<sup>15</sup>. Con origen en Estados Unidos y Canadá, la tendencia en los países avanzados es a implantarlos, exigiéndose un plan de parentalidad común en el procedimiento judicial como requisito de procedibilidad. Para el caso de que las partes no llegaran a un acuerdo, el coordinador de parentalidad realizará actividades de tipo mediatorio y ayudará a la redacción del documento.

---

12 MATTEUCCI, G., “Italy is doing it – should we be? Civil and commercial mediation in Italy”, en *Contemporary tendencies in mediation*, DALLA BERNARDINA DE PINHO y LOSS ANDRADE coor. Dykinson, 2015.

13 En Estados Unidos la variedad en cuanto a resolución alternativa de conflictos es muy amplia, y depende en gran medida de cada Estado e incluso de cada Condado y Tribunal. El origen puede estar en California, Estado en el que en 1980 se impuso la mediación obligatoria. Vid. MENKEL-MEADOW, “Roots and inspirations: a brief history of the Foundations of Dispute Resolution”, en *Handbook of dispute resolution*, BORDONE y MOFFIT (dirs.).

14 Varios estudios se han realizado sobre la mediación obligatoria, como el de WISSLER, R. L., “The effects of mandatory mediation: empirical research on the experience of small claims and common pleas courts”, *Willamette Law Review*, 33, 1997, págs. 565-579 cuyo resultado apunta la ventaja de la mediación para los abogados, que la recomiendan a sus clientes posteriores tras haber tenido experiencias de mediación obligatoria.

15 El plan de parentalidad debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. Deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos.

Probablemente la solución más adecuada estribe en fomentar positivamente el acceso a las formas de resolución alternativa de las disputas, favoreciendo el acceso a la mediación de forma privada, apoyando su uso a través de instrumentos no represores, sino de publicidad, y transmitiendo confianza en la institución de la mediación, o incluso implantando la necesidad de la presentación de planes de parentalidad conjuntos.

### 3. Criterios de derivación

Es importante destacar que cuando nos referimos a mediación intrajudicial se combinan criterios de dos clases para seleccionar un caso para intentar la mediación:

Por un lado, existen criterios de adecuación del caso, y, por otro, criterios de selección prioritaria de casos.

En todo programa de mediación vinculado a los tribunales se establecen criterios orientativos de adecuación para los jueces, por una parte, y criterios de selección prioritaria, por otro, dado que los servicios de mediación no tienen capacidad para gestionar todos los asuntos judicializados, habrán de seleccionarse los asuntos que sean adecuados y que tengan una relevancia especial para el tribunal o el servicio de mediación, bien porque se integren en una línea de trabajo estratégica o porque tengan mayor probabilidad de éxito en su cumplimiento.

En general, las prioridades en la derivación son establecidos por cada programa —otra vez se pone de manifiesto la adaptabilidad de la mediación a los recursos existentes, entorno social, etc.—, y, permiten, después de una primera selección del asunto un segundo filtro por parte del mediador o el equipo de mediación, que analizará si en un momento inicial el asunto es susceptible de intentar mediar.

La posibilidad de excluir un asunto en razón de su no adecuación puede darse durante todo el proceso de mediación, si el mediador considera que no es conveniente el método de resolución elegido.

Por ello es conveniente que las reglas o las prioridades para realizar la derivación no sean absolutas, que se recojan buenas prácticas, criterios preferentes, etc., en documentos que no tengan carácter de norma, sino que se trate de contenidos orientativos como protocolos, directrices de actuación o principios orientativos para cada órgano o territorio.

El establecimiento de normas o incluso trabajos sin rango normativo como protocolos o enumeración de buenas prácticas en relación con la derivación

podrá garantizar que la derivación sea respetuosa con los principios constitucionales genéricamente (derecho a la tutela judicial efectiva o derecho a un proceso debido) y con los principios relativos al proceso civil.

Lo más adecuado será adoptar protocolos adaptados a cada ámbito territorial o judicial, ya que la forma de selección y envío y conexión del sistema de mediación con el judicial puede ser muy variado, dependiendo de los medios personales y materiales del programa de mediación, la estructura del partido judicial, los órganos y personal jurisdiccional participante, etc.

El Consejo General del Poder Judicial ostenta una importante tradición de supervisión y promoción de la mediación en los tribunales españoles, apoyada por las guías que para cada orden jurisdiccional se han desarrollado<sup>16</sup>.

De la forma de la derivación dependerá el éxito de los procedimientos de mediación iniciados, fin principal de la derivación: si la mediación es utilizada para obtener resultados más satisfactorios para las partes, por una parte, y para descongestionar los Tribunales, por otra, buscando en resumen eficacia, la derivación habrá de obtener resultados en el sentido de que no podrá suponer un exceso de trabajo para el Tribunal y de que se conseguirá que las partes estén satisfechas con el procedimiento.

Así, se habrán de establecer pautas de derivación a mediación como las siguientes:

- Priorización de los asuntos susceptibles de ser sometidos a mediación.
- Momento o momentos de la derivación.
- Cómo realizar la derivación.
- Iniciativa y desarrollo de la derivación y del retorno de resultados.
- Controles de calidad (formación de los mediadores, estilo, satisfacción de los usuarios, número de acuerdos, sistemas estadísticos, etc.).
- Previsión de formación de los participantes.
- Promoción entre operadores jurídicos.
- Vínculos con otros operadores (servicios sociales, policía, etc.).

En lo que toca a posibles criterios de adecuación, aquí enumeramos algunos de los que empleamos desde el programa de Mediación de la Universidad Carlos III desde 2009, basados en los filtros más sencillos de adecuación del órgano judicial y del servicio de mediación:

Criterios de adecuación para el órgano judicial:

1. Partes con capacidad para negociar y comprometerse

---

16 Vid. [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)

2. Asuntos policéntricos, cuya resolución pasara por varias decisiones complejas

3. Asuntos vinculados a otros procesos

4. Asuntos en los que la ejecución forzosa sea de difícil eficacia en sus términos

5. Asuntos en los que existen intereses dignos de especial protección (menores...)

6. Intereses de las partes complejos, de difícil satisfacción a través del proceso

Criterios de selección prioritaria de casos para el servicio de mediación:

1. Asuntos en los que las partes tienen una relación

2. Asuntos en los que existen intereses de terceros a los que proteger (menores)

3. Asuntos sobre una materia específica sobre la que se quiere trabajar por su especial incidencia o relevancia (robo en tiendas, asuntos de familia, materia hipotecaria...)

4. Asuntos en los que las partes sean capaces de comprometerse (exclusión en general aunque no en todo caso de personas con enfermedades como alcoholismo o drogadicción)

5. Asuntos en determinada fase procesal (por ejemplo, fase inicial o fase de ejecución)

#### 4. La eficacia del acuerdo de mediación

El acuerdo de mediación se aprueba a través de auto, conforme a lo dispuesto en el artículo 206 LEC, y si se establece una obligación de pago de cantidad de dinero líquida, se devengará un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes (art. 576 LEC). En relación con la eficacia fuera del proceso, se otorga el rango de título ejecutivo al acuerdo de mediación elevado a escritura pública que reuniera los requisitos legales (art. 517.2 LEC), no siendo preciso requerimiento de pago (art. 580 LEC).

Dos cuestiones se plantean sobre la eficacia del acuerdo de mediación: por una parte, el alcance de la vinculación del Juez a los acuerdos de mediación, es decir, hasta qué punto el juez está obligado o no a aprobar lo acordado en mediación, y por otra, el encaje en el proceso y su objeto del acuerdo, con un objeto posiblemente diferente.

Evidentemente, la normativa general sobre transacciones dará la solución, dentro del marco general del principio dispositivo, recogido en los apartados 1 y 2 del artículo 19 LEC:

1. 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.

2. Si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin.

Por lo tanto, no será conflictivo el tema de la aprobación del acuerdo si la materia objeto de transacción está afectada plenamente por el principio dispositivo y se realice conforme a la legalidad y se respeten los intereses de terceros. En el caso de que nos refiramos a cuestiones de derecho dispositivo, la vinculación del Juez a los acuerdos de mediación es evidente, precisamente como consecuencia del principio dispositivo, siempre que el acuerdo sea conforme a la legalidad y se respeten los intereses de terceros.

Sin embargo, en las materias en las que exista interés público, el Juez o Fiscal, o ambos, habrán de supervisar el acuerdo de las partes, puesto que el interés público distancia el objeto del proceso del principio dispositivo, otorgando al Juez y al Fiscal competencias de control de la conveniencia de lo acordado.

Los elementos de interés público más habituales en los procesos civiles son el Estado Civil y la existencia de menores de edad o discapacitados.

En procesos de familia el acuerdo de las partes se ha de integrar en el convenio regulador, pero también es susceptible de acogerse por el Juez en cualquier momento del proceso el acuerdo general o puntual de las partes, y en este sentido la Ley de 2005 refuerza la facultad del Juez de procurar el acuerdo de las partes.

Los acuerdos de las partes han de respetar el interés público para ser aprobados por el Tribunal, lo que se controlará en caso de existir menores, incapaces o ausentes afectados por el resultado del proceso, con el concurso además del Fiscal.

La calificación de un acuerdo como contrario al interés público corresponde al Juez, y se basará habitualmente en que no garantice el bienestar del

menor. Encontramos un amplio margen de discrecionalidad en este ámbito, que puede dar lugar a la transposición de valores personales en cuanto a lo conveniente o no conveniente para el menor, y contra el que se manifiesta la propia Exposición de Motivos de la Ley de 2005:

La intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges, y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación.

Es conveniente delimitar qué cuestiones son susceptibles de control por el juzgador y qué cuestiones no, siendo evidente que las cuestiones patrimoniales pertenecen al ámbito absolutamente privado, con la excepción de los alimentos, que habrán de garantizar en lo posible el bienestar del menor y que sí son de requerido control judicial.

En cuanto al resto de cuestiones que se recogen en un acuerdo de mediación, únicamente la guarda y custodia del menor y las comunicaciones y visitas del no custodio son susceptibles de revisión por el Juez en casos extremos en los que el acuerdo de las partes sea gravemente perjudicial para el menor desde la perspectiva del Juez<sup>17</sup>; tal como se establece por la jurisprudencia del TS; la Sentencia del Tribunal Supremo 97/2005 (Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>), de 14 febrero señala que el artículo 39 CE, apunta que el conjunto normativo que regula las relaciones paterno filiales —especialmente artículo 154 CC— reconoce a los progenitores un amplio campo de libertad en el ejercicio de su función de patria potestad. De esta forma, y lo que es más trascendente en esta sentencia, el Tribunal Supremo mantiene que no cabe un dirigismo, por parte de los poderes públicos, cuya intervención está limitada a los supuestos

---

17 MARTÍN NÁJERA, PÉREZ SALAZAR Y UTRERA adjuntan al Protocolo sobre mediación familiar intrajudicial del CGPJ de 2008 una sentencia de la AP de Toledo en la que se afirma que “la voluntad de los cónyuges recogida en el Convenio Regulador sobre la guarda y custodia compartida sólo puede ser sustituida por el juez si existen razones de peso”, “son los ex cónyuges los que, conforme a la normativa del Código Civil, regulan su separación y sientan las bases de la misma, siendo la intervención judicial sólo proyectable sobre los hijos menores de existir y hacerse necesaria en aplicación del principio *favor filii* y en el supuesto de que el mismo no se salvaguarde en debida forma por los padres...” (S. de 12 de febrero de 2008). También adjuntan la tabla realizada por PÉREZ MARTÍN para realizar una aproximación a las pensiones alimenticias. En relación con este último punto, es interesante la experiencia alemana, en la que los jueces junto con los abogados de familia acuerdan periódicamente unas ecuaciones y tablas sobre la cuestión. Vid. SOLETO MUÑOZ, *Las medidas provisionales en los procesos de familia*, Tirant lo Blanch, 2002.

en que en el ejercicio de la función se lesione o ponga en peligro al menor. Así las cosas, el Tribunal Supremo limita la intervención judicial sobre los acuerdos a que hayan llegado los progenitores en sus crisis matrimoniales o de rupturas de relaciones de otra índole, en que estén implicados sus hijos menores, a los supuestos en que se lesione o se ponga en peligro al menor.

Por otra parte, también puede surgir problemática en relación con la extensión de los objetos del proceso y de la mediación.

El objeto del proceso viene determinado en el proceso civil por la demanda y la contestación, y el objeto de la mediación va a ser delimitado por el tribunal o las partes.

En este punto encontramos una tensión entre los principios procesales y el encaje de una institución que no tiene carácter jurídico, la mediación.

Es habitual que el objeto del proceso y el objeto de la mediación no coincidan, si no en un primer momento, una vez iniciada y finalizada la mediación.

Es bien conocido que el conflicto se puede describir como un iceberg, del que sólo se visualiza una parte del total. El conflicto habitualmente es muy amplio y sólo una parte se encausa a través del proceso.

Por ejemplo, unos hermanos pueden tener un conflicto que afecta a sus relaciones personales y económicas y tener en curso un proceso sobre anulación de una cláusula del testamento de su progenitor, y derivarse el asunto a mediación.

Una vez finalizada la mediación, el acuerdo puede afectar a elementos no comprendidos en el objeto del proceso, con lo que en principio el Juez no tendría competencia para aprobarlo.

El órgano jurisdiccional sólo es competente para aprobar los acuerdos de mediación que se encuentren dentro del objeto del proceso, con lo que para el caso de que el acuerdo sea más amplio las partes, asesoradas por sus abogados podrían optar por una de estas soluciones:

- Enviar la parte del acuerdo de mediación dentro del objeto del proceso para que sea aprobado por el Juez y elevar a escritura pública el resto del acuerdo. El inconveniente para esta solución será dividir la solución del conflicto y duplicar gastos y actividad procesal y extraprocesal.

- Desistir en el proceso (con el consentimiento del demandado) y elevar a escritura pública el acuerdo.

- Presentar una demanda complementando el objeto y solicitar la acumulación de procesos, y la aprobación del acuerdo.

Probablemente la segunda de las soluciones sea la más eficaz, ya que per-

mite la unidad de tratamiento del acuerdo, recogándose en un solo título ejecutivo.

La solución puede ser diferente cuando en el marco del proceso de familia el acuerdo afecta a menores de edad y, por lo tanto, el principio dispositivo no vincule al juzgador. En este caso, la aprobación de acuerdos más amplios que el propio objeto del proceso es habitual, pues el interés público que afecta a este tipo de procesos permitirá al Juez aprobar acuerdos amplios en interés del menor.

## 5. Coste

El coste de la mediación vinculada a los tribunales puede ser asumido por las entidades públicas o costado parcial o totalmente por las partes.

El sistema español incluye dentro del derecho a la justicia gratuita el asesoramiento sobre la mediación para todo el territorio desde el año 2015<sup>18</sup>, si bien no se realiza en la norma compromiso económico alguno, por lo que dependerá de futuros desarrollos o de normativas autonómicas que la asistencia del abogado a la sesión informativa o el apoyo durante la mediación sea financiado por la asistencia jurídica gratuita<sup>19</sup>.

---

18 La Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 6 de octubre de 2015), ha introducido en la Disposición final tercera en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, la información sobre mediación dentro de los contenidos materiales del derecho de justicia gratuita: (art. 6.1) “Asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso a quienes pretendan reclamar la tutela judicial de sus derechos e intereses, así como información sobre la posibilidad de recurrir a la mediación u otros medios extrajudiciales de solución de conflictos, en los casos no prohibidos expresamente por la ley, cuando tengan por objeto evitar el conflicto procesal o analizar la viabilidad de la pretensión.”

19 En la Exposición de Motivos de la Ley de 2015 se apunta la justificación de esta inclusión y sus límites: “De acuerdo con la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, los Estados miembros deben alentar a los profesionales del Derecho a informar a sus clientes de las posibilidades que ofrece la mediación. En consonancia con esta previsión comunitaria, la disposición adicional segunda de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, vino a establecer que las Administraciones públicas competentes procurarán incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, previstos en el artículo 6 de la Ley de 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, en la medida que permita reducir tanto la litigiosidad como sus costes, cumpliéndose con la reforma esta previsión. Así, se incluye



En lo que toca a la gratuidad del procedimiento de mediación respecto de los honorarios del servicio de mediación o del mediador, en el caso español, la situación práctica es variada dependiendo del territorio, si bien la mayoría de los programas intrajudiciales suelen ser gratuitos o parcialmente gratuitos, siendo un número determinado de sesiones asumidas por el sistema público y a partir de éste a cargo de las partes por ejemplo en el sistema catalán.

La inclusión de la mediación dentro del derecho de asistencia jurídica gratuita no es una cuestión intrascendente, puede suponer una importante carga económica para el Estado si existe un número relevante de mediaciones; es comprometido incluir ese coste en el ya conflictivo ámbito del pago a los proveedores de servicios de justicia gratuita, hasta la fecha principalmente abogados y procuradores, sin embargo se presenta como necesario.

Como ideal, podría diseñarse un sistema en el que la mediación derivada desde los Tribunales fuera gratuita o que su coste se tratara como tasa judicial, pero en todo caso, el procedimiento de mediación habría de ser gratuito para las personas sin recursos económicos.

Sería positivo intentar medidas análogas a las realizadas en otros países, como establecer tarifas a las partes dependiendo de sus niveles de ingresos, incluso si son muy bajos. Así, en programas de Estados Unidos, la sesión de mediación de asuntos derivados por los tribunales puede variar entre 30 o 120 dólares en virtud de los ingresos de las partes, teniéndose en cuenta además la diversidad de la capacidad económica de las dos partes.

En lo que toca a las costas procesales, algunos sistemas prevén la condena en costas o los tribunales interpretan abuso del proceso o mala fe de las partes para realizar la condena en costas a la parte que no quiso participar en la mediación ofrecida por la otra.

Este planteamiento supone la inclusión en nuestro sistema del concepto de buena fe extraprocesal en mediación que se ha desarrollado en países anglosajones, en los que ha acabado siendo un incentivo para el uso de la mediación.

Este tipo de incentivo supone un apoyo a la necesidad de que abogados y

---

expresamente dentro de la prestación relativa al asesoramiento y orientación gratuitos el derecho del beneficiario de la asistencia jurídica gratuita a recibir toda la información relativa a la mediación y otros medios extrajudiciales de solución de conflictos como alternativa al proceso judicial. No obstante, la obligación de facilitar esta información no supone que deban asumirse los gastos generados en la sesión informativa a que se refiere la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.”

demás operadores privados procesales aprendan a trabajar con los sistemas de mediación, y que conozcan la institución, los programas existentes, y, sobre todo, la forma de desempeñar su papel de defensores y representantes en la mediación de la manera más ventajosa posible para sus clientes.

## 6. Instrumentos de desarrollo

El mayor obstáculo para la selección adecuada de la mediación es el desconocimiento por parte de las partes y los operadores jurídicos.

En el caso español, la transposición de la Directiva de 2008 a través de la ley de 2012 ha venido a dar un impulso a la mediación, ya regulada en la mayoría de las Comunidades Autónomas con anterioridad.

La normativa española ha desarrollado las exigencias de la Directiva, referidas a los conflictos transnacionales, para todos los conflictos, y el legislador español ha desarrollado un modelo centrado principalmente en la mediación privada, regulando residualmente los efectos en el proceso de los acuerdos de mediación o incluso de la pendencia del propio procedimiento de mediación.

En Europa, y concretamente, en España, la mediación se ha generalizado únicamente hasta la fecha en el ámbito conectado con los tribunales, o intra-judicial, al haber sido promovida principalmente por magistrados, alentados por el Consejo General del Poder Judicial o por iniciativas asociativas como el GEMME, Grupo Europeo de Magistrados para la Mediación, sin embargo los poderes públicos, salvo excepciones como algunas Comunidades Autónomas, no han invertido en servicios de mediación ni de publicidad.

El establecimiento de normas o incluso trabajos sin rango normativo como protocolos o enumeración de buenas prácticas en relación con la derivación garantiza que la derivación sea respetuosa con los principios del proceso como derecho a la tutela judicial efectiva o derecho a un proceso debido y de seguridad jurídica.

Lo más adecuado es adoptar protocolos adaptados a cada ámbito territorial o judicial, ya que la forma de selección y envío y conexión del sistema de mediación con el judicial puede ser muy variado, dependiendo de los medios personales y materiales del programa de mediación, la estructura del partido judicial, los órganos y personal jurisdiccional participante, etc.

En España el Consejo General del Poder Judicial promueve y supervisa la mediación vinculada a los tribunales españoles. Uno de los instrumentos más interesantes que ha desarrollado el Consejo son los protocolos de mediación

en los distintos órdenes jurisdiccionales, de nueva redacción en noviembre del año 2016<sup>20</sup>

Los protocolos que se desarrollen en los territorios deberían recoger cuestiones como las siguientes:

- Priorización de los asuntos susceptibles de ser sometidos a mediación.
- Momento o momentos de la derivación.
- Cómo realizar la derivación.
- Iniciativa y desarrollo de la derivación y del retorno de resultados.
- Controles de calidad (formación de los mediadores, estilo, satisfacción de los usuarios, número de acuerdos, sistemas estadísticos, etc.).
- Previsión de formación de los participantes.
- Promoción entre operadores jurídicos.
- Vínculos con otros operadores (servicios sociales, policía, etc.).

## 7. Eficacia de la mediación

En los últimos años se han generalizado programas de mediación, sobre todo familiar, en distintos ámbitos territoriales, pero también en el ámbito penal, hipotecario y civil en general.

Dado que diversas Comunidades Autónomas han regulado la mediación familiar a través de Leyes propias, desarrolladas en muchos casos por Reglamentos, en varias de ellas se ha institucionalizado la mediación familiar como un sistema de resolución de conflictos vinculado al proceso integrante incluso del sistema de asistencia jurídica gratuita.

Las Comunidades que más actividad desarrollan son las que dedican presupuesto a ello: Cataluña y País Vasco<sup>21</sup>.

Además de estas experiencias, se han organizado programas de mediación intrajudicial liderados por el Consejo General del Poder Judicial en los distintos órdenes, que se encuentran en expansión.

Los sistemas de justicia más modernos suelen medir la eficacia de las instituciones, entre ellas la mediación.

---

20 Guía para la práctica de la Mediación Intrajudicial, Consejo General del Poder Judicial, España, noviembre de 2016, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>

21 VALL RIUS, “La experiencia de la mediación familiar en Cataluña”, en *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Estudios de Derecho Judicial, 2006, p. 539, apunta que en 2002 el Centro de Mediación Familiar de Catalunya asumió las mediaciones que hasta entonces realizaban los equipos psicosociales de los Juzgados.

La mediación ofrece ventajas a las partes que el proceso no, véase satisfacción en la participación, control sobre el resultado, mayor probabilidad de cumplimiento, pacificación de las relaciones, mantenimiento de las relaciones...

En muchas ocasiones, algunos de estos resultados son conseguidos incluso sin un acuerdo de mediación, de hecho, en experiencias de mediación intrajudicial puede producirse el acuerdo en un momento posterior, incluso después de finalizado el proceso.

En los sistemas en los que no es obligatorio el intento de mediación, es fácil que menos de la mitad de los casos derivados realicen mediación, y que de ellos la mitad no lleguen a acuerdo.

Esto no supone un fracaso de la mediación. La mediación es un instrumento de calidad de la Justicia, desconocido por gran parte de la ciudadanía, poco respaldado económicamente por los Estados en general y en desarrollo en resumen en los países latinoamericanos.

Se ha planteado que el bajo índice de aceptación a la remisión a la mediación o que las partes que aceptan no lleguen en su mayoría a un acuerdo es un fracaso del proyecto, sin embargo considero contrariamente que todas las experiencias son positivas, pues en primer lugar se ha realizado una labor que tiene gran trascendencia en la vida de las familias que recondujeron su conflicto, en segundo lugar, se han abierto vías de comunicación en parejas que han aceptado y que no han aceptado acudir a mediación, y, en tercer lugar, se ha avanzado en la idea de la existencia de métodos alternativos de resolución de conflictos respecto de los justiciables y todos los operadores jurídicos que han tenido contacto con la experiencia.

Es verdad que el éxito de una mediación en un momento de alta confrontación como es el previo a una vista, o tras la demanda, sólo puede ser remoto, dada la actitud de las partes y sus defensas, y que posiblemente otros momentos sean más adecuados, como los momentos previos o preparatorios del proceso, en manos de los abogados.

Es evidente la trascendencia de la Abogacía en el éxito de la mediación, por supuesto, de la intrajudicial, pero sobre todo, de la mediación privada. El éxito de la mediación a efectos numéricos dependerá entonces de la aproximación que los abogados hagan al conflicto, de su conocimiento de la institución de la mediación y de la capacidad y voluntad de éstos de derivar los asuntos a mediación.

En la Directiva de mayo de 2008, se llama la atención sobre esta cuestión

en el Considerando 25: “Los Estados miembros deben alentar a que se informe al público en general de la forma de entablar contacto con mediadores y organizaciones que presten servicios de mediación. También deben alentar a los profesionales del Derecho a informar a sus clientes de las posibilidades que ofrece la mediación”, y en este sentido en la Guía del CGPJ del año 2016, se incluye expresamente la posibilidad de celebrar una reunión entre el Letrado de la Administración de Justicia o Magistrado ponente y los Abogados de ambas partes a fin de desactivar las posibles resistencias y asegurar la proactividad de los asesores jurídicos hacia sus clientes con la propuesta de mediación.

En todo caso, el control de la calidad de la mediación vincula especialmente al poder judicial y al Ministerio de Justicia, que habrán de desarrollar los procesos adecuados de exigencia de capacitación y experiencia de los mediadores y de control de calidad de los procedimientos<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> CARRETERO MORALES, E., *La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia*, Dykinson, 2016.



## BIBLIOGRAFÍA

- ANDREWS, N., “Mediation in England”, en *Contemporary tendencies in mediation*, DALLA BERNARDINA DE PINHO y LOSS ANDRADE coor., Dykinson, 2015.
- CARRETERO MORALES, E., *La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia*, Dykinson, 2016.
- DE PALO, G.; D’URSO, L., “Achieving a Balanced Relationship between Mediation and Judicial Proceedings”, en *The Implementation of the Mediation Directive Workshop 29 November 2016*; POLICY DEPARTMENT C: CITIZENS’ RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS.
- GIMENO SENDRA, *Instituciones de Derecho Procesal*.
- MATTEUCCI, G., “Italy is doing it – should we be? Civil and commercial mediation in Italy”, en *Contemporary tendencies in mediation*, DALLA BERNARDINA DE PINHO y LOSS ANDRADE coor. Dykinson, 2015.
- MENKEL-MEADOW, C. “Roots and inspirations: a brief history of the Foundations of Dispute Resolution”, en *Handbook of dispute resolution*, BORDONE y MOFFIT (dirs.).
- ORTUÑO MUÑOZ, J.P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civiles y penal*. Fundación Alternativas, 2007.
- PARDO IRANZO, V., *La ejecución del acuerdo de mediación*, Cizur Menor: Aranzadi, 2014.
- SOLETO MUÑOZ, H., “El interés público en el proceso de familia”, *Revista de Derecho de Familia*, n.º 18, Lex Nova, 2003.
- “La mediación en el ámbito de la ruptura familiar”, en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, UNED, 2005.
- Las medidas provisionales en los procesos de familia*, Tirant lo Blanch, 2002.
- VALL RIUS, A., “La experiencia de la mediación familiar en Cataluña”, en *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Estudios de Derecho Judicial, 2006.
- WISSLER, R. L., “The effects of mandatory mediation: empirical research on the experience of small claims and common pleas courts”, *Willamette Law Review*, 33, 1997.
- Rapport d’Information sur la médiation en Europe, Asssemblée nationale, 13 de febrero de 2007, Francia, presentado por FLOCH, J.
- Guía para la práctica de la Mediación Intrajudicial, Consejo General del Poder Judicial, España, noviembre de 2016, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>