



FACULTAD DE DERECHO

## **COOPERAR COMO ESTRATEGIA**

Sobre el uso de métodos alternativos para la solución de los conflictos de las empresas

Autor: Paulino Fajardo Martos  
Directora: Sara Díez Ríaza

Madrid  
Octubre 2015



“Pero creo que me concederás que todo discurso debe estar compuesto como un organismo vivo, de forma que no sea acéfalo, ni le falten los pies, sino que tenga medios y extremos, y que al escribirlo, se combinen las partes entre sí y con el todo”. (Platón, “Fedro” 264 c, 2-6)



## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	13
ABREVIATURASMÁS UTILIZADAS.....	19

### CAPÍTULO I

#### **APROXIMACIÓN A LAS NECESIDADES DE LOS CLIENTES DESDE LA PERSPECTIVA DEL ABOGADO**

1. Torneos Literarios.....	21
2. De la solución a la gestión (y la Ecología procesal).....	26
3. “La forma es la solución”: la primera decisión estratégica.....	30
4. Los verdaderos intereses: características de los conflictos empresariales.....	31
A. La continuidad en las relaciones comerciales .....	32
B. La importancia del riesgo reputacional.....	33
C. Estrategia legal compleja.....	34
5. Los MASC como respuesta al conflicto empresarial.....	35
A. No erosión.....	35
B. Confidencialidad.....	37
C. Retención del control y flexibilidad .....	38
D. Flexibilidad: Estructura informal.....	39
6. Aspectos generales de los MASC.....	40
7. <i>Dix ans après</i> : una encuesta sobre el uso de la mediación en Inglaterra y Gales. Reflexión sobre los resultados.....	50

**CAPÍTULO II**  
**LA FALSA NOVEDAD DEL USO DE MÉTODOS**  
**ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LOS**  
**PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO CULTURAL**

1. Negociación vs. Autocomposición.....	55
2. Formas persuasivas.....	59
3. La paradoja del uso de la persuasión por imperativo legal .....	70
4. La persuasión a través de la función jurisdiccional: acceso a la Justicia y costas del proceso.....	74
5. Modelos y razones. Estudio comparado.....	84
6. Moral social para la armonía (o el control).....	87
7. Cuando el interés se encuentra con la moral social.....	93
A. Opción por los MASC frente a un conflicto.....	100
B. La elección del tercero.....	101
C. La estrategia de las partes.....	104
D. Las técnicas del tercero neutral.....	106
E. La actitud de las partes frente al acuerdo.....	108

**CAPÍTULO III**  
**COOPERAR vs LITIGAR. LA FILOSOFÍA DE LA CULTURA DE**  
**PAZ**

1. Utilidades de la filosofía. La negociación con perspectiva filosófica.....	111
2. Las bases de la ética de la negociación: egoísmo vs. altruismo.....	
3. De cómo hemos adoptado un modelo anglosajón para solucionar nuestros conflictos.....	112
4. El dilema del prisionero: de cómo el egoísmo como principio de	114

decisión genera reglas de juego que favorecen la cooperación y, en consecuencia, el bien común.....	119
5. Razones para cooperar.....	126
6. El uso de la información asimétrica en la práctica .....	135
A. Planteamiento.....	135
B. Razones para cooperar ante el conflicto.....	137
C. Supuesto de hecho.....	137
D. El desarrollo de una mediación: un posible guión .....	148
7. Los intereses de las partes y la información asimétrica.....	148

## **CAPÍTULO IV**

### **EL PAPEL DEL ABOGADO DE EMPRESA EN EL SIGLO XXI**

1. La formación de los abogados españoles del "Plan del 53".....	153
2. La necesidad de un cambio de cultura en los profesionales del Derecho.....	161
3. Aproximación a la mediación y a su funcionamiento.....	169
A. Las partes en el procedimiento.....	171
B. Interacción del mediador con las partes.....	175
C. Las fases del procedimiento.....	179
i. Premediación .....	179
ii. Sesión informativa.....	183
iii. Mediación .....	184
D. El papel del mediador .....	188
E. El acuerdo de mediación.....	201
4. El valor añadido de la labor del abogado en la mediación.....	204
5. La necesidad de incluir la formación en MASC en los estudios de Derecho.....	216
6. La aproximación de los Jueces a la mediación.....	220

7. La confianza como punto crítico en la mediación .....	226
A. La quiebra la confianza de las partes en la mediación o en el mediador y sus consecuencias .....	228
i. Desconfianza en la imparcialidad y neutralidad del mediador.....	228
ii. Desconfianza en el proceso .....	229
iii. Pasividad .....	230
B. Algunas reflexiones sobre la formación de los mediadores para evitar problemas de desconfianza de las partes.....	234

## **CAPÍTULO V**

### **EL ANÁLISIS DEL CONFLICTO COMO DECISIÓN ESTRATÉGICA PARA SU SOLUCIÓN**

1. La primera decisión estratégica.....	237
2. Una estrategia dual.....	240
3. Estrategias de solución: fases.....	241
A. Actuaciones previas.....	242
B. Análisis del tipo de conflicto y elección del mecanismo de solución.....	244
C. Diseño de tácticas a desplegar durante el desarrollo del mecanismo, para condicionar al mediador y a las partes y para proteger la información propia relevante en un eventual posterior mecanismo de heterocomposición..	247
4. Principios, garantías y ventajas.....	247
5. Tipos de conflictos adecuados para su resolución a través de MASC.....	253
A. Principios y garantías: límites .....	255



B. Ventajas prácticas.....	257
6. Táctica en el desarrollo.....	258
A. Estrategia del mediador .....	258
B. Estrategias de las partes dirigidas al mediador.....	260
7. Una legislación de mínimos.....	261

## **CAPÍTULO VI**

### **UN MARCO LEGAL DE MÍNIMOS**

1. Hacía una nueva cultura legal: cultura de paz.....	265
2. La experiencia comparada.....	269
A. La adopción de los modelos anglosajones de solución de conflictos en el ámbito jurídico-cultural continental.....	271
B. Enfoque multidisciplinar.....	274
3. Un marco común: la Directiva.....	276
A. Definición y características de la mediación en la Directiva 2005/36/CE de Mediación en Conflictos.....	277
B. Marco legal mínimo .....	279
4. Desarrollo e interrogantes.....	284
A. La experiencia inglesa: el cambio en la cultura procesal.....	285
B. Valoración de la trasposición de Directiva.....	297
5. Algunas cuestiones problemáticas que deben precisarse.....	303
6. Promoción integral de la mediación: el aspecto fiscal.....	305
7. Mediación concursal: ¿una alternativa útil y eficiente?.....	311
A. El procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos....	312
i. Solicitud de nombramiento de mediador concursal.	313
ii. Nombramiento de un mediador concursal.....	314
iii. Aceptación del mediador concursal.....	314

iv. Notificaciones a registros e instituciones.....	314
v. Comprobación de créditos y convocatoria de la Reunión de Acreedores.....	315
vi. Elaboración de un Plan de Pagos y de Viabilidad.	315
vii. Celebración de la Reunión de Acreedores.....	315
viii. Formalización y notificaciones.....	316
ix. Supervisión del cumplimiento.....	316
B. Mediación concursal vs. mediación .....	316
i. Cultura de cooperación .....	322
ii. Mantenimiento del control .....	323
iii. Control del riesgo reputacional .....	323
iv. Preservar las relaciones comerciales .....	324
C. La figura del mediador concursal.....	324
D. Conclusión.....	327

## **CAPÍTULO VII**

### **MÁS ALLÁ DEL DERECHO**

1. Derecho total. Aproximación holística al Derecho.....	329
2. La necesaria separación entre la formación de mediadores y la formación en mediación.....	337
3. Enfoque sectorial: el sector de seguros y la mediación.....	342
4. “Nuestro modo de proceder”. Una brújula.....	349
5. Análisis del fin del apartheid en Sudáfrica desde la perspectiva de la solución del conflictos. La aportación de Nelson Mandela como "mediador".....	352
A.Introducción: 9.000 días de preparación.....	353
B. Análisis del conflicto.....	354
C . Principios estratégicos.....	355

i. Negociar en libertad.....	355
ii. No establecer dos naciones separadas.....	355
iii. Aceptación no imposición.....	356
D. Estructura de la negociación.....	356
i. Negociación de concepto (1985-1989).....	356
ii. Negociación de detalle y mediación (1990-1994)....	356
iii. Negociación emocional (1995).....	357
E. Perfil de mediador.....	357
F. Táctica.....	357
G. Acuerdo.....	358
H. Desbloques y gente difícil.....	359
I. Comunicación no verbal.....	360
6. Ciencias de letras.....	362
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>369</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.....</b>	<b>373</b>



## INTRODUCCIÓN

Escribió Andrés Trapiello hace muchos años: "al fin y al cabo en la vida no estamos para hacer lo que se debe sino lo que se va pudiendo"<sup>1</sup>. Su reflexión me ha venido muy bien para muchas cosas, entre otras para, poco a poco, seguir adelante con la redacción de esta memoria de tesis doctoral.

A lo largo de los años, he podido dedicar, no sé si mucho tiempo pero sí gran atención, a reflexionar sobre los conflictos y su solución. El principal obstáculo para avanzar no sólo ha sido encontrar los momentos de calidad y hacerlos compatibles con otros compromisos y obligaciones familiares y profesionales, sino la búsqueda perfeccionista, a veces prematura, de conclusiones y de la forma adecuada para contextualizarlas y comunicarlas. Xandru Fernández ilustra algo parecido al rescatar la alusión de Frank Kafka al "sistema de construcción por secciones" (System des Teilbaues), utilizado para construir la Muralla China, para referirse a su propio método de escritura, construyendo partes independientes y distantes para después rellenar los huecos, "el objetivo no es la obra acabada...sino el proceso de construcción"<sup>2</sup>. En definitiva se trataba de disfrutar, y lo he logrado, pero alguien dijo que "las tesis doctorales son como las fincas, manifiestamente mejorables hasta su completa ruina".

Leyendo a EMILIO CECCHI<sup>3</sup> encontré la justificación: "Cuando una mujer navaja está a punto de acabar uno de esos tejidos, deja la trama y en el dibujo una pequeña fractura, un defecto, para que el alma no quede prisionera dentro del trabajo. Esta me parece una profunda lección de arte:

---

<sup>1</sup> Presentación de la colección de poesía "La Veleta" de la editorial Comares (Granada), en 1992.

<sup>2</sup> "...como los entrenamientos del atleta, cada reelaboración del texto es un acto de disciplina mental e incluso corporal." FERNÁNDEZ, X., en el prólogo a *En la colonia penitenciaria* de Frank Kafka, Editorial Navona, octubre 2009, Barcelona, pág. 8.

<sup>3</sup>En *México*, Editorial Minúscula, Barcelona, 2007, pág. 65.

prohibirse, deliberadamente, una perfección demasiado aritmética y cerrada. Porque las líneas de la obra, soldándose invisiblemente sobre sí mismas, constituirían un laberinto sin salida; una cifra, un enigma del que se ha perdido la clave. El primero que caería en el engaño sería el espíritu que ha creado el engaño”. Pensé que el proyecto había alcanzado su altitud de crucero, posiblemente influido por otro factor: después de tanto tiempo machacando estos temas desde la teoría y la práctica, las reflexiones se han sedimentado solas y han llegado a estar casi maduras. Tenía algunas notas escritas sobre cada uno de los temas y en verano de 2012 comencé en Motril a redactar con esta finalidad.

Más que el objeto, el hilo conductor es una reflexión sobre la adecuación de los llamados métodos alternativos para la solución de los conflictos empresariales y la identificación de algunas pautas prácticas para su desarrollo. Resumido, el planteamiento pasa por desgranar esa reflexión a lo largo de siete capítulos, en los que se abordan los aspectos descritos a continuación, hilvanados en un todo con esta introducción, las conclusiones y las notas y referencias bibliográficas comentadas:

1. ¿Por qué los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos<sup>4</sup> (MASC) son adecuados para solucionar conflictos empresariales? El conflicto empresarial, sus características. Los MASC y sus ventajas. Tipos de MASC. La experiencia en la práctica comparada y que evitar al desarrollarlos en España
2. ¿Son los MASC algo nuevo o tienen un entronque histórico y cultural?

---

<sup>4</sup> Sobre el concepto de MASC cfr. GONZALO QUIROGA, M., “Introducción a los MASC, Diagnóstico de la Situación General” en GONZALO QUIROGA, M., GORJÓN GÓMEZ, F. J., SÁNCHEZ GARCÍA, A., (coords.), *Métodos alternos de solución de conflictos, herramientas de paz y modernización de la justicia*, Dykinson, Universidad Rey Juan Carlos, 2011, pág. 27.

Su origen histórico, evolución en los distintos sistemas jurídicos comparados y los criterios prácticos que podemos extraer de otros sistemas.

3. ¿Por qué cooperar? La filosofía de fondo detrás del modelo Harvard de negociación y de los MASC. La teoría de juegos y el cambio de cultura relacional y legal.

4. ¿Cuál es la labor de un abogado? La función de los distintos operadores jurídicos en el marco de una nueva cultura legal. Su formación de futuro.

5. ¿Se pueden dar pautas estratégicas para la utilización práctica de los MASC? Criterios para su elección. Manual de uso, para qué, qué, cuándo y cómo. Cómo utilizarlos y regularlos en la práctica.

6. ¿Es necesario un marco legal para los MASC? Derecho comparado y su evolución: confidencialidad, suspensión de plazos y ejecución. La relación con los tribunales. Su promoción.

7. ¿Podemos aprender algo de la política, la empresa y las relaciones internacionales? Análisis multidisciplinar de distintos conflictos en esos ámbitos, extrayendo pautas de análisis de conflicto y de diseño de estrategias.

Las conclusiones, obviamente, surgen de estudiar estos interrogantes, aunque algunas podrían, quizá, haber sido anticipadas y encuentran su novedad y sentido en las reflexiones que sirven para argumentarlas o en el modo de ser planteadas. En el texto, los títulos de los capítulos y las subcapítulos no se corresponden con los aspectos arriba listados aunque sí el contenido, sino que utilizamos títulos distintos que, queremos pensar, permiten una mejor comprensión.

Necesariamente he de hacer una salvedad en relación al estilo: me cuesta mucho adaptarme al estilo académico, lineal, que observo en la mayor parte de las publicaciones jurídicas que pasan por mis manos. Naturalmente me sale algo más cercano al llamado “estilo anglosajón” de texto más ligero en su redacción, más ameno y fácil de leer, sin que eso suponga un gran perjuicio, entiendo, de la profundidad y el rigor. Me encuentro cómodo redactando para que se lea y se reflexione, más que para que se estudie. Mientras estudiaba, disfruté, y creo, aprendí más, leyendo las “Lecciones de Jurisprudencia”<sup>5</sup> de Adam Smith que los tratados al uso. Los años que dedique a estudiar a y sobre John Ruskin<sup>6</sup>, descubrí que la fuerza de sus escritos surgía de que no redactaba para ser leído sino para forzar una reflexión (en el fondo, escribía para ser escuchado). Al fin y al cabo, mi programa de doctorado fue en Filosofía del Derecho, Moral y Política: tendré que abandonar el Derecho, pronto, supongo.

Cuando presentamos el Proyecto de Tesis Doctoral para su aprobación, la Dra. Sara Díez Riaza, Directora esta Tesis, y yo mismo pensábamos en la incorporación a la legislación española de la Directiva 2005/36/CE de Mediación de Conflictos<sup>7</sup> (en adelante la Directiva de Mediación), esto es, en una normativa por desarrollar. Hoy contamos ya con una Ley nacional de Mediación<sup>8</sup> y algunas leyes autonómicas, así como con sus respectivos Reglamentos. Desde la publicación de la Ley se habla mucho más de la mediación de conflictos civiles y mercantiles aunque, en realidad, el texto legal haya aportado poco, o nada, en la práctica. Por ello, el enfoque

---

<sup>5</sup>SMITH, A., *Lecciones sobre Jurisprudencia*, edición de ESCAMILLA M., y JIMÉNEZ, J. J., Comares, Granada, 1995.

<sup>6</sup>RUSKIN, J., *A éste último. Cuatro ensayos sobre los principios básicos de la Economía política*, edición de FAJARDO, P., Alhulia, Salobreña, 2002.

<sup>7</sup>DOUE L 136, de 24 de mayo de 2008. Uno de los primeros trabajos publicados comentando la Directiva fue ASSOCIATION OF INTERNATIONAL ARBITRATION (ed.), *The New EU Directive on Mediation* Amberes, Maklu, 2008.

<sup>8</sup>Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.



pretende ser crítico con la aplicación práctica más que de *lege ferenda*: en su momento pensaba que no era necesario redactar una ley y, por tanto, tampoco propongo modificaciones concretas a la misma.

Discutiendo sobre un conflicto, leía hace algunos años, desde una de las salas de reuniones del departamento de gestión de siniestros de la reaseguradora alemana Munich Re, la frase grabada en el frontispicio trasero del edificio principal de su sede en Leopoldstrasse: “*Concordia Parvae Crescunt, Discordia Maximae Dilabuntur*”<sup>9</sup>.

El reto es orientar la práctica hasta conseguir hacer real un cambio en nuestra cultura legal. Una cultura legal en la que la estrategia para solucionar los conflictos se fundamente no en confrontar sino en cooperar<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup>SALUSTIO, *Bellum Iugurthinum* 10.6, “En la concordia las cosas pequeñas crecen; en la discordia se destruyen las más grandes”.

<sup>10</sup> FAJARDO MARTOS, P., “Cooperar como Estrategia, La Filosofía de la cultura de Paz”, en SOLETO, H. (dir.), *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2ª Ed. 2013, págs. 62-70.



## ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

AED	Análisis Económico del Derecho
ADR	Alternative Dispute Resolution
Art.	Artículo
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Cit.	Citado
CPR	Civil Proceeding Rules
<i>Cfr.</i>	Confróntese
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
<i>Ibid.</i>	Ibídem
LCS	Ley del Contrato del Seguro
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LIRPF	Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
MARC	Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos
MASC	Métodos Alternativos de Solución de Conflictos
Nº	Número
<i>Op. cit.</i>	Obra citada
Pág.	Página
Págs.	Páginas
RES	Revista Española de Seguros
ss.	Siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<i>Vid.</i>	Véase
UE	Unión Europea



## CAPÍTULO I

### APROXIMACIÓN A LAS NECESIDADES DE LOS CLIENTES DESDE LA PERSPECTIVA DE UN ABOGADO

#### 1. Torneos literarios

El Grupo Harmonie<sup>11</sup> es una red de despachos de abogados independientes especializados en solución de conflictos, con presencia en todos los Estados Unidos de América y, a través de sus redes asociadas, Canadian Litigation Counsel<sup>12</sup> y Harmonie Europe, en todas las provincias de Canadá y en gran número de jurisdicciones internacionales.

Anualmente Harmonie convoca tres o cuatro conferencias a las que sus miembros acuden acompañados de algunos de sus clientes, como conferenciantes. No sólo se trata de extender y afianzar las relaciones comerciales y profesionales entre sus miembros sino, principalmente, de dar la oportunidad de conocer la organización, planes y estrategia de desarrollo de empresas que operan en distintos sectores y territorios y sus necesidades y preferencias como usuarios de servicios jurídicos. Durante las sesiones el abogado anfitrión presenta al representante de la empresa invitada, el tipo de trabajo legal que le han venido encomendado y sus características. Los representantes suelen ser directores de asesoría legal, secretarios del consejo de administración, consejeros delegados, directores financieros, gerentes de riesgos, directores de seguridad, directores de recursos humanos, directores de siniestros..., en definitiva, directivos muy habituados a gestionar la solución de conflictos de y en empresas que

---

<sup>11</sup> Cfr. <https://www.harmonie.org>

<sup>12</sup> Cfr. <https://www.clcnw.com>

operan en sectores económicos diversos, a través de medios propios o contratando a profesionales externos, principalmente abogados.

En sus intervenciones, después de presentar sus empresas y sus factores diferenciales, se centran en analizar los conflictos que suelen presentárseles y la forma que tienen de enfrentarlos. Habitualmente dan relevancia a sus necesidades de asesoramiento y consejo legal, explicando de forma crítica sus expectativas y los déficits de atención que han experimentado. Para cualquier abogado presente, escucharles y participar en los debates y en las sesiones de preguntas y respuestas, debería ser una excelente oportunidad para poder corregir y reorientar la actividad de su despacho y las estrategias utilizadas para enfocar los asuntos que se les encomiendan a las necesidades reales de sus clientes, actuales o potenciales.

Michele Casey, acudió en 2010 a la conferencia organizada hace unos años por Harmonie en Boston, en su condición de Gerente de Riesgos de Republic Services<sup>13</sup>, empresa que presta servicios medioambientales y de gestión de residuos. Michele comenzó describiendo su empresa, los riesgos asociados a la actividad que desarrollan y los conflictos que se le plantean a diario y su forma de enfrentarlos (Republic emplea a 30,000 personas, opera en 2,800 municipios en 39 estados, utilizando más de 28,000 vehículos agrupados en 300 flotas de camiones, 75 plantas de reciclado, 204 estaciones de transferencia y 193 vertederos) y a continuación nos habló de lo que esperaba de los abogados que contratan:

-porque operan en seis husos horarios diferentes y por el tipo de actividad, necesita disponibilidad siete días a la semana, veinticuatro horas al día (“around the world and around the clock”);

---

<sup>13</sup>Vid. <https://www.republicservices.com>

- por el sector en el que operan, requiere conocimientos especializados del sector y la legislación medioambiental y de transporte;
- por la preferencia de su empresa y suya por el trato personalizado, deposita su confianza en un abogado aunque dentro de una firma; y, muy especialmente,
- por ser conforme a las necesidades de su empresa y de los conflictos que suelen encontrarse, valoran la capacidad y experiencia de sus abogados en el análisis y evaluación de sus riesgos y conflictos y su capacidad para diseñar e implementar estrategias dirigidas a la pronta terminación del conflicto.

A cambio, Republic, afirmó Michele Casey, ofrece lealtad en su relación: de los 27 despachos de abogados que conforman el panel legal que utiliza Republic, el que menos, ha trabajado durante 10 años para la empresa.

Pero, ¿por qué una empresa como Republic, altamente profesionalizada en la gestión de sus conflictos, selecciona a sus abogados atendiendo a su capacidad para analizar conflictos y dirigir una estrategia a su pronta solución? ¿No sería más lógico atender a los casos que ganan o pierden ante los tribunales de justicia?

¿Por qué sigue siendo importante para una empresa del tamaño de Republic que los despachos de abogados a quienes confía el cuidado de sus intereses y conflictos tenga un trato personalizado?

¿Por qué encomienda Republic el análisis de los conflictos y el diseño de la estrategia que lleven a su terminación a abogados que conocen el sector

económico en que opera la empresa, además del entorno legal en que desarrolla sus actividades?

Las profesiones legales han mantenido tradicionalmente una relación con sus clientes circunscrita solo al aspecto legal de los problemas. El abogado de empresa se ha presentado al cliente como un experto en la Ciencia jurídica, en la ley y jurisprudencia aplicable a un caso concreto con un enfoque de ganar o perder según el criterio interpretativo y decisor de un tercero (juez o árbitro). Si el abogado complementaba su formación con conocimientos de alguna otra ciencia, (Economía, Finanzas, Contabilidad...), esa ciencia se ponía al servicio de un mejor entendimiento de la norma, no de la realidad o intereses de la empresa en cuestión. Por su parte, los clientes tradicionalmente acudieron a los abogados demandando sólo esa interpretación y aplicación, casi chamanística, del ordenamiento jurídico, separando nítidamente la solución del conflicto del núcleo del negocio de la empresa. Los operadores jurídicos internos o externos no entraban a formar parte del equipo de gestión de la empresa, sino que trataban de cuestiones estrictamente legales y eso implicaba ante un conflicto sólo ganar o sólo perder.

Este enfoque de las profesiones legales comenzó a modificarse<sup>14</sup> y eso es, probablemente, lo que empresas como Republic integraron en su modelo de gestión<sup>15</sup>. Quizá sus gestores o sus accionistas entendieron que orientar sus conflictos a ganarlos o a perderlos no era coherente con la optimización de sus recursos y que quizá tendrían que orientarlos a mejorar su beneficio o

---

<sup>14</sup>Expondremos con más detalle cómo la modificación del enfoque del ejercicio de la abogacía en la empresa está directamente relacionado con la utilización de MASC en el Capítulo IV de este trabajo.

<sup>15</sup> Aunque volveremos con más detalle sobre este punto, vid. CARVER, T. B. & VONDRA, A.A., "La resolución alternativa de conflictos, por qué unas veces funciona y otras no", en SCHMIDT, W.H. *et alii*, *Negociación y resolución de conflictos*, Harvard Business Review, Deusto, Bilbao, 2001, págs. 231-260.



impedir su deterioro, a ganar más o a perder menos, y que esto, necesariamente implicaba gestionar legalmente sus conflictos, más que legalizar sus conflictos. Para conseguirlo era necesario que sus abogados tuvieran un amplio conocimiento del mercado en el que operaba la empresa, quiénes eran los actores del sector en el que operaban, con quiénes competían en los distintos territorios y en qué servicios y cuándo podía interesar cooperar con ellos y cuándo competir, quiénes eran sus proveedores y cómo se relacionaban con ellos, cuáles eran sus márgenes, cuál su estrategia de crecimiento, quiénes eran sus accionistas y por qué invertían en la empresa, cuál era su ventaja competitiva y cuáles sus puntos débiles...Entendieron que conociendo todo esto, las personas a quienes encomendaran la protección legal de sus intereses estarían mejor preparados para aplicar los conocimientos especializados propios de su técnica, el Derecho, al análisis de sus conflictos y a diseñar estrategias para una pronta solución de los conflictos. Entendieron que el integrar a una persona en el núcleo de su negocio implicaba establecer una relación de confianza, garantizada por el respeto a la abstención en caso de conflicto no sólo legal, por haber intervenido previamente en el asunto en alguna capacidad, sino también en caso de conflicto comercial o por qué la cuestión en debate<sup>16</sup> o los argumentos de defensa atentasen contra los intereses del sector, y que esto implica, normalmente, personalizar la relación. En definitiva, entendieron que la cuenta de resultados se protege analizando el riesgo legal (evaluándolo) y planificando alrededor actuaciones estratégicas que muchas veces, la mayor parte, no incluyen a los tribunales de justicia.

Escribió MARY MIDGLEY<sup>17</sup> que, “una enorme proporción de tiempo académico, papel y energía procesadora de textos se emplea en polémicas

---

<sup>16</sup> Los llamados “conflict issue” o conflictos por la materia.

<sup>17</sup> Cfr. MIDGLEY, M., *Delfines, Sexo y Utopías*. Madrid, Turner, 1996, pág. 25

entre modelos rivales, cada uno de los cuales cuenta con su posición, en vez de determinar con calma cuál es esa posición y como acoplar unas posiciones a otras”.

En resumen, el cambio consiste en entender el conflicto no como una oportunidad para dirimirlo únicamente mediante un torneo legal, a veces un torneo retórico o literario<sup>18</sup>, sino para solucionarlo mediante su gestión legal, pues lo que da naturaleza de conflicto a la confrontación o a la diferencia lo determinan sus protagonistas o los profesionales que analizan sus relaciones<sup>19</sup>. Gestión legal, así entendida, que implicará análisis (diagnóstico), estrategia (tratamiento) e implementación (aplicación). La profesionalización de la gestión de las empresas ha conllevado cambios en la gestión de sus intereses legales y de sus conflictos. Pero en la práctica no siempre se entendió así.

## 2. De la solución a la gestión (y la Ecología procesal)

El desarrollo del uso de los métodos alternativos de solución de conflictos en el entorno empresarial se facilita en la segunda mitad de siglo XX por la evolución, casi en paralelo, de la teoría del conflicto<sup>20</sup>, que se hace más compleja. Como veremos, frente al entendimiento meramente bilateral y de confrontación, se comienza a admitir una estructura compleja compatible con propuestas más flexibles y creativas de solución.

---

<sup>18</sup> Sentencia de la Sala Segunda del TS de 21 de noviembre de 1963 “los recursos contra las resoluciones judiciales no son torneos literarios para una mayor depuración de la redacción de las sentencias”.

<sup>19</sup> Cfr. MORENO MARTÍN, F., "La mediación y la evolución de la idea de conflicto", en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Coord.), *Mediación, un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010, pág. 26.

<sup>20</sup> Vid. REDORTA, J., *Cómo analizar los conflictos. La tipología de conflictos como herramienta de mediación*, (Algunos aportes del pensamiento actual sobre el conflicto), Barcelona, Paidós, 2004, pág. 39 y ss.

Simultáneamente, y en consecuencia, el concepto de solución de conflictos, entendido hasta entonces exclusivamente como eliminación, se amplía para comprender también en su ámbito la gestión del conflicto, ligada a la identificación de los intereses de las partes y separándolas de sus posiciones, minimizando los aspectos negativos e intentando maximizar las consecuencias positivas a través de un reenfoque<sup>21</sup> basado en la cooperación. Ya no se trata, por tanto, de dar la razón a una de las partes sino de alcanzar un acuerdo constructivo entre ellas.

En este contexto más complejo de análisis conflictual, es en el que los métodos alternativos despliegan sus ventajas:

- Superan la estructura dual de los mecanismos tradicionales, únicamente acorde con enfoques de confrontación.
- Frente a mecanismos de hetero-composición tradicionales (proceso y arbitraje), se evaden del enfoque estrictamente jurídico exigiendo interdisciplinariedad en los conocimientos, principalmente de psicología social<sup>22</sup>.
- Finalmente, cuando interviene un tercero neutral, controla el proceso de elaboración de propuestas de soluciones, aunque no la adhesión a las mismas, y permite una gestión aceptable del conflicto no necesariamente orientada a la solución, sino a su gestión.

---

<sup>21</sup> Sobre las técnicas de reenfoque vid. ESTEBAN SOTO, Y., "Microtécnicas en la Mediación", en SOLETO MUÑOZ, H., OTERO PARGA, M., *Mediación y Solución de Conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007, págs. 247-262.

<sup>22</sup> Cfr. CORSÓN PEREIRA, F. y GUTIÉRREZ HERNANZ, E., *Mediación y Teoría*, Dykinson, Madrid, 2014, págs. 149-152.

Desde el punto de vista teórico, el Análisis Económico del Derecho (AED)<sup>23</sup>, que surge desde la Universidad de Chicago, en torno a la materia civil, principalmente en torno a la responsabilidad civil y los seguros, constituye el germen de una posterior línea de reflexión en la Universidad de Harvard, “*Critical Legal Studies*”<sup>24</sup>, que elabora una crítica de la teoría jurídica utilizando conceptos de otras ciencias. Desde la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard se desarrollaron distintas aplicaciones prácticas en torno a la negociación que se concretarían después en el Proyecto PON<sup>25</sup>, (*Program of Negotiation*). La convocatoria de una

---

<sup>23</sup>MERCADO PACHECO, P., *El Análisis Económico del Derecho, Una reconstrucción teórica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pág. 200 y ss, se refiere a que “los factores que determinan el progresivo deterioro de la pacífica visión del derecho antes reseñada son variados y complejos”. Cree que más allá de la visión de Posner “que se concretan en el boom de determinadas disciplinas complementarias al derecho, como son la filosofía y la economía” (la publicación de “Una teoría de la Justicia” por John Rawls y el debate subsiguiente, la filosofía en Europa continental y la hermenéutica jurídica, la Escuela de la Public Choice en el análisis de los procesos políticos, la teoría de la elección social de Arrow), entiende que “estos desarrollos teóricos son reflejo de transformaciones estructurales en la sociedad que ve entrar en crisis el modelo regulativo del Welfare State”. Cree que “la pérdida de la fe en el modelo tradicional del derecho como disciplina autónoma” y que “la insatisfacción del jurista con la teoría y la práctica jurídica dominante y la búsqueda de otros caminos en otras disciplinas sociales viene determinada por esas transformaciones que minan la base sobre la que se sustentaba la confianza del jurista tradicional en sus herramientas teóricas convencionales”.

<sup>24</sup>DURÁN y LALAGUNA, P., *Una Aproximación al Análisis Económico del Derecho*, Granada, Comares, 1992, págs. 137 y 138. “La diferencia fundamental entre ambos movimientos es que *Law & Economics* propone estructurar el Derecho en función de la maximización de riqueza mientras que *Critical Legal Studies* argumenta una transformación del Derecho para la creación de decisiones realmente democráticas. Peso a ello tienen en común el haber puesto en duda la autonomía de la disciplina jurídica, aunque además de la aportación de estos movimientos, autores como Posner atribuyen esta situación también al desarrollo vertiginoso de otras disciplinas como la filosofía y la economía, en los últimos años. De cualquier modo lo que se pretende es una revisión del sistema legal, probablemente en un intento de superar el positivismo jurídico, tanto tiempo vigente en el marco académico.

Con esa finalidad, ambos movimientos buscan la adecuación del Derecho a la realidad de la sociedad moderna. Sólo que el modo de entender esa realidad es diferente en las dos perspectivas mencionadas. *Law & economics* asume como tópico específico el paradigma del homo economicus; mientras que *critical legal studies* recurre a la interpretación histórica, social y política”.

<sup>25</sup>Para profundizar este modelo de negociación nada mejor que las obras básicas de los creadores de ambos conceptos, FISHER, R; URY, W, y PATTON, B., *Obtenga el sí. El arte de negociar sin ceder*, Gestión, 4º ed., Barcelona, 2000, -originalmente publicado en 1981, el resto de manuales posteriormente publicados sobre negociación y que siguen con mayor o menos apego el modelo Harvard son secuelas del ya clásico- y FOLGER, J.

conferencia, “Conferencia Pound”, en 1976 por un magistrado del Tribunal Supremo de EEUU, Warren E. Burger, “para analizar las causas del descontento que generaba la administración de justicia”<sup>26</sup> catalizó un cambio de mentalidad.

Aunque los MASC se comienzan a introducir en Europa mucho antes, a través de escuelas de negocio, adquieren carta de naturaleza en Europa con la reforma del Derecho procesal civil en el Reino Unido en 1998 (Reforma Woolf<sup>27</sup>). Se trataba de ampliar el catálogo de opciones disponibles al operador jurídico para intentar la solución de un conflicto, más allá de la negociación entre las partes y tratando de evitar acudir a un tercero para que decida por ellas, sino que se trataba de generar el hábito de acudir naturalmente y de forma constructiva a la búsqueda de soluciones dialogadas; el verdadero reto era cambiar la cultura jurídica, rescatando para la sociedad civil la capacidad de solucionar los conflictos<sup>28</sup>. Escuché hace años al conocido mediador catalán, autor de publicaciones señeras en torno al conflicto y la mediación, Josep REDORTA, citar a alguien que

---

y TAYLOR, A, *Nuevas direcciones en mediación, investigación y perspectivas comunicacionales*, Paidós, Madrid, 1997. Una secuela que complementa la negociación en base a intereses de “Obtenga el sí” incorporando desarrollos en torno a la inteligencia emocional en FISHER, R., SHAPIRO, D., *Las emociones en la negociación. Cómo ir más allá de la razón en la planificación y desarrollo de las negociaciones*, Granica, Barcelona, 2005. Para mayor información sobre este proyecto vid. <https://www.pon.harvard.edu>

<sup>26</sup> Cfr. BARONA VILAR, S., *Solución Extrajudicial de Conflictos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 57.

<sup>27</sup> Como tendremos oportunidad de abordar en el Capítulo VI de este trabajo, en 1994 se encargó un informe sobre el estado del procedimiento civil inglés que desencadenó una reforma profunda del proceso y supuso un gran impulso al uso de los MASC.

<sup>28</sup> Resulta de interés la predicción de SAPOSNEK en relación a un incremento del uso de la mediación en los conflictos interpersonales y una disminución en las disputas complejas, con múltiples partes, “reflejando los valores confrontacionales que de forma creciente e insidiosa se promueven en nuestra sociedad” SAPOSNEK, D., “Mediation Going Forward, What Do We Know? What Can We Expect?”, en *Mediate.com*, Diciembre 2014. (<http://www.mediate.com/articles/SaposnekFuture.cfm>)

vaticinaba que el futuro del Derecho procesal sería la “ecología Procesal”<sup>29</sup>, volver a la forma natural de solucionar los conflictos: el diálogo.

Hace poco más de un siglo el Derecho procesal no era una disciplina autónoma y la regulación de los procedimientos era un capítulo, el último, de las leyes sustantivas. Quizá no sea un vaticinio baladí anticipar que los manuales de Derecho procesal lejos de dedicar una referencia en su primer capítulo a simplemente diferenciar entre auto-tutela, autocomposición y heterocomposición, se detendrán en el estudio de la *conflictología*, las técnicas de negociación, diferentes métodos de solución de conflictos. Yendo más allá, probablemente ocupen una parte sustancial de los manuales y además la disciplina se titule: Solución de Conflictos<sup>30</sup>, pues eso demandará la realidad social del tiempo en que vayan a ser estudiados.

### 3. “La forma es la solución”: la primera decisión estratégica.

La primera decisión estratégica para la solución de un conflicto entre empresas es la elección del mecanismo, tradicional o alternativo, de solución de conflictos más adecuado a los intereses de las partes.

---

<sup>29</sup> Nótese que la expresión viene referida al término "ecología" en su acepción de "defensa y protección de la naturaleza y el medio ambiente", vid. Voz "Ecología" en Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 23º ed. Espasa Calpe, Madrid., 2014 y no al término "ecología procesal" tal como es acuñado por el prof. Llobell, en referencia al respeto a la naturaleza de las cosas, vid. LLOBELL TUSET, J. "El valor jurídico de la instrucción. "Dignitas connubii", en *Procesos de nulidad matrimonial. La Instrucción «Dignitas connubii»*, R. RODRÍGUEZ-OCAÑA - J. SEDANO (ed.), Pamplona, 2006, págs. 235-301.

<sup>30</sup> De hecho, los despachos de abogados ya iniciaron ese proceso hace algunos años y comenzaron a denominar a sus departamentos “Solución de Conflictos” (“Dispute Resolution”) sustituyendo la terminología, “procesal”, “contencioso”, “litigioso”, “litigación”.

En la práctica, esta decisión viene condicionada, en parte, por la tipología y características del conflicto<sup>31</sup> y, principalmente, por las distintas ventajas que los principios y garantías (reglas del juego) que regulan los diversos mecanismos ofrecen para la protección de los intereses de las partes en un sentido muy amplio (económico-financieros, jurídicos, comerciales y de imagen). Se trata, pues, de identificar las ventajas que derivan de los principios y garantías que regulan los diferentes mecanismos alternativos de solución de conflictos empresariales.

La importancia de la materia viene dada por el creciente interés por los mecanismos alternativos de solución de conflictos y la necesidad de identificar soluciones para su aplicación en la práctica. En concreto, por ser la mediación, principalmente, una alternativa que se ha consolidado en los mercados financieros internacionales como el mecanismo más adecuado para resolver los conflictos entre empresas o, al menos, una gran parte de los mismos.

#### 4. Los verdaderos intereses: características de los conflictos empresariales.

¿Cuáles son las características principales de los conflictos empresariales, singularmente aquellas que demandan los MASC como instrumentos más idóneos para solucionarlos eficientemente?

---

<sup>31</sup> En la tipología de conflictos y sobre los conflictos “nymby” (“not in my back yard”), cfr. JUAN, R., “Dialogos Productivos”, en *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña, Vol. 1, La Mediación, conceptos, ámbitos, perfiles, indicadores*. Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2009, pág. 299. Sobre tipología conflictual una aproximación muy práctica en “Los patrones de los conflictos” en REDORTA, J., *No Más Conflictos. Cómo Resolver Tensiones, Diferencias y Problemas en las Organizaciones*, Paidós, Barcelona, 2012, págs. 71-88.

El conflicto empresarial presenta unas características que hacen de los MASC un vehículo especialmente adecuado para su solución. Se trata de conflictos en los que, además del problema específico que debe ser tratado y resuelto, concurren generalmente otros intereses, que no podemos dejar de lado a la hora de plantear una estrategia de solución:

- Relaciones comerciales continuadas
- Riesgo *reputacional*
- Estrategia legal compleja

#### A) La continuidad en las relaciones comerciales

A la hora de buscar la solución de un conflicto empresarial, merece la pena detenerse a pensar en el coste que, para la relación comercial, puede tener apostar por una solución de confrontación, tras la que puede resultar difícil mantener la relación comercial con la otra parte<sup>32</sup>.

Hay que tener en cuenta las eventuales relaciones endogámicas con competidores, que se dan en algunas áreas de negocio, la interdependencia y relaciones de *partnering* entre proveedores y clientes, la relación con las Administraciones públicas en sectores regulados o la necesidad de contar con el apoyo continuo de empresas del sector financiero (banca, seguros, inversión) para el desarrollo de cualquier actividad empresarial.

En todas estas relaciones que, por diversos motivos, deben continuarse en el tiempo, apostar por una solución negociada, en el momento inicial del

---

<sup>32</sup> Este coste comercial tiene un trasunto claramente económico que lo relaciona con la aplicación práctica del AED, en concreto del teorema de Coase, cfr. VELJANOVSKI, C., *The Economics of Law. An introductory text, Hobart Paper 114*, The Institute of Economics Affairs, London, 1990, págs. 46-47.



conflicto, puede conllevar ventajas a medio y largo plazo<sup>33</sup>. La principal ventaja sustantiva de los MASC para la solución de conflictos empresariales es que minimiza la erosión de las relaciones entre las partes.

## B) La importancia del riesgo reputacional

Actualmente la reputación de una empresa es un importante activo que debe cuidarse al plantear la estrategia de solución de un conflicto. No sólo nos referimos aquí a la protección de la marca<sup>34</sup> frente a situaciones que pueden generar conflictividad<sup>35</sup>, también importa la incidencia del buen nombre de la empresa en su posicionamiento en mercados cotizados y ratings, la reputación de la cúpula directiva, en paralelo a la reputación corporativa o la valoración del impacto mediático en la toma de decisiones<sup>36</sup>. No en vano la dirección de comunicación es hoy uno de los puestos claves en una

---

<sup>33</sup>En relación a la eficacia de la mediación para mantener y restaurar las relaciones entre las partes en conflicto, cfr. GOLANN, D., "Legal Mediation, A Process of Repair—or Separation? An Empirical Study, and Its Implications", en *Harvard Negotiation Law Review*, nº 301, 2002.

<sup>34</sup>Cfr. Sobre la relación entre marca y reputación el prólogo del estratega de marketing Jack Strout al libro de LEVICK, R. S. y SMITH L., *Stop the presses. The Crisis and Litigation PR Desk Reference*, Watershed Press, Washington, 2007.

<sup>35</sup>Buen ejemplo de esto ha sido la situación vivida por Toyota y el reflejo del conflicto en blogs y comunicaciones electrónicas. Cfr. <https://www.forbes.com/2010/06/14/bp-toyota-reputation-markets-goldman-sachs.html>, o la más reciente crisis sufrida por Volkswagen a raíz del trucaje de las pruebas de emisiones de dióxido de carbono, vid. Expansión, 23 de diciembre de 2015, recuperado en <http://www.expansion.com/empresas/motor/2015/09/22/5601b09d22601d7c278b45a5.html> y Público, de la misma fecha, en la que se hace referencia al tópico "#dieselgate" como tendencia en la red social Twitter, recuperado en <http://www.publico.es/economia/dimite-presidente-volkswagen-escandalo-manipulacion.html>

<sup>36</sup>Sobre estrategias para la protección del riesgo reputacional vid. Capítulo 4 "La reacción de los medios de comunicación a las estrategias de las instituciones. La "mediación" de las imágenes políticas.", en CANEL. M.J., *Comunicación Política. Una Guía para su Estudio y Práctica*, Tecnos, Madrid, 2006, págs. 134-162.

empresa y su opinión es cuidadosamente estudiada a la hora de tomar determinadas decisiones estratégicas<sup>37</sup>.

Si bien, en ocasiones, resolver el conflicto a plena luz puede ser el camino adecuado, en otras preservar la confidencialidad puede ser uno de los principales objetivos de la empresa, más importante, incluso, que los términos concretos del acuerdo económico al que se llegue.

### C) Estrategia legal compleja

La complejidad de los conflictos empresariales, que, además de trascender, en muchas ocasiones, lo estrictamente legal, dan lugar a consecuencias jurídicas concatenadas, obliga a su solución con el concurso de equipos legales especializados y multidisciplinares, en gran número de ocasiones de carácter internacional.

La pluralidad de partes e intereses también es una característica habitual en los conflictos empresariales, que aconseja la estructuración de varios mecanismos solutivos que aseguren una debida protección de la información y de la posición de las distintas partes<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup>De hecho la comunicación es lo suficientemente vital en el mando y control moderno hasta el punto que, en inglés se agrupa bajo la abreviatura de origen militar C3 (*command, control, communication*). Cf. ANGLIM, S., JESTICE, P.G., RICE, R.S., RUSCH, S.M., SERRATI, J., *Técnicas Bélicas del Mundo Antiguo*, Libsa, Madrid 2006, pág. 140.

<sup>38</sup>En relación a las dificultades que plantean las mediaciones con una pluralidad de partes cfr. STRONG S.I., "Beyond International Commercial Arbitration? The Promise of International Commercial Mediation" en *School of Law, University of Missouri, Legal Studies research Paper Series, Research Paper No. 2013-21*, págs. 14 y 15., "Conversely, multiparty disputes generate concerns about group decision-making dynamics that do not exist in two-party conflicts. Multiparty negotiation and, by extension, multiparty mediation often face three challenges that are absent in two-party proceedings. First, as the number of parties increase, the likelihood that coalitions will emerge also increases. Coalitional behavior can make it difficult to reach agreement in

## 5. Los MASC como respuesta al conflicto empresarial

En este contexto conflictual, ¿qué ventajas presentan los MASC frente a otros métodos de resolución de conflictos? ¿Cuáles son los principios y ventajas de los MASC como método de solución adecuado a las características del conflicto empresarial?

### A. No erosión

La principal ventaja sustantiva de la mediación para la solución de conflictos empresariales es que minimiza la erosión de las relaciones entre las partes. Esto se facilita especialmente si se extrema la asimetría de la información<sup>39</sup> conforme al siguiente modelo, que impide la contradicción:

---

complex problem-solving situations as subgroups seek to form either “winning” or “blocking” coalitions. Second, as the number of parties at the table increases, the task of managing the conversation becomes more complicated. Coordinating a problem-solving dialogue (i.e., who gets to speak, what information is shared, how written summaries of what has been agreed to are prepared, and how those not at the table are kept informed) requires not just process management skill, but legitimacy in the eyes of all the stakeholders. Finally, as the number of parties increases, the analytical challenges facing the stakeholders – especially as they try to examine and evaluate offers and counteroffers – increase exponentially. Representatives involved in multiparty negotiation must focus not just on what they want or do not want, but also on the changing nature of “their next best option” given what others at the table might conclude without them.”

These factors suggest that mediation of many international commercial disputes may never constitute the kind of quick, easy and inexpensive dispute resolution process that many commercial actors now envision. However, that does not mean that international disputes are inappropriate for mediation; it may simply mean that parties will have to find another rationale that justifies the use of mediation in complex, multiparty matters.”

<sup>39</sup> Una interesante reflexión sobre la asimetría de las posiciones de las partes y la capacidad del mediador para equilibrarlas, centrada en la mediación familiar pero plenamente válida para la mediación empresarial en, MERINO ORTIZ, C., *La Mediación Familiar en Situaciones Asimétricas*, Reus Editorial, Madrid, 2013, pág. 107, “Los temas principales relacionados con el poder y con el riesgo de caer en el discurso dominante en la mediación se resumen en cuatro planteamientos, la neutralidad y autodeterminación, la simetría, el perfil de la persona mediadora y el paradigma dominante.”

Las partes facilitan alegaciones y pruebas únicamente al mediador que no las traslada abiertamente a la otra parte, sino que las utiliza únicamente para hacer su propia relación de hechos probados. Esto le permite ir socavando los errores fácticos de las partes en sus respectivas entrevistas con ellos, depurándolos hasta hacer aceptable la propuesta del mediador.

Al no trasladar abiertamente a una parte la posición de la otra, se evita la confrontación radical entre aquéllas. En la medida que las partes sólo se reúnen para evaluar una propuesta concreta de solución, se impide la contradicción. Las alegaciones se tienden a discutir con el mediador. La contradicción tiende a restringirse a la relación parte/mediador.

De esta forma, se limita la erosión de las relaciones comerciales entre empresas, que pueden continuarlas paralelamente al desarrollo del mecanismo de solución. Igualmente, se protegen las relaciones personales entre los representantes de las respectivas empresas, que, en la práctica, tanto condicionan las relaciones empresariales.

Desde este punto de vista (no erosión), la mediación se percibe como un mecanismo más eficiente que la negociación, en la que la ausencia de un tercero neutral obliga a las partes a una confrontación directa durante el proceso.

En concreto, la no erosión se valora especialmente en sectores económicos de competencia restringida, endogámicos<sup>40</sup> por la existencia de cruces de paquetes accionariales, en los que las condiciones de mercado obligan a

---

<sup>40</sup> Como ejemplo vid. DODSON, CH., "Mediation. A commercial approach to dispute resolution" en *PLC*, Oct. 1999, pág. 26, acerca del interés del mercado asegurador por favorecer la utilización de MASC, instrumentalizado en el "Market ADR Commitment 1998".

operar a través de, UTEs, “*joint venture*” o de uniones temporales de empresas, o en los que existe un fuerte control estatal o público. Las diferencias culturales<sup>41</sup> generan también distintas percepciones y reacciones frente a la conflictividad.

## B. Confidencialidad

Las ventajas asociadas al principio de confidencialidad en la mediación han favorecido su preferencia frente a la negociación tradicional y al proceso judicial y, en ocasiones, al arbitraje.<sup>42</sup>

Esta característica ha primado entre empresas cotizadas, sometidas a procesos de venta o fusión<sup>43</sup>, en conflictos relacionados con nuevos productos o procesos en desarrollo, o en situaciones en las que la protección de la imagen<sup>44</sup> tiene singular relevancia.

No obstante la confidencialidad ha de protegerse en la mediación, en la medida en que su inicio no impide la posterior incoación de un proceso judicial o de arbitraje, si una o ambas partes deciden retirarse o poner fin a

---

<sup>41</sup> LEVICK, R. S. y SMITH L., *Stop the presses....Op. cit.*, pág. 165 y ss. sobre las diferencias entre Europa y EEUU.

<sup>42</sup> Vid. VIOLA DEMESTRE, I., "La Confidencialidad en el Procedimiento de Mediación", en *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña, Vol. 2*, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2009, págs. 165-180.

<sup>43</sup> La sentencia del Tribunal Supremo de Delaware, abre una brecha en la protección de la información confidencial al regular el derecho de los accionistas a acceder a información protegida por privilegio cuando hay una razón fundada para pensar que se ha podido transgredir el deber de buena fe. *Wal-Mart Stores, Inc v Indiana Electrical Workers Pension Trust Fund IBEW*, \_\_\_ A3d \_\_\_, 2014 WL 3638848 (Del July 23 2014).

<sup>44</sup> Cfr. el interesante comentario del profesor Moura en relación a la utilización de la mediación como elemento de marketing. (MOURA, D., “*Mediação Comercial Internacional*”, en CALVO CARAVACA, A. y AREAL LUEÑA, S. (dir.), *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Colex, Madrid, 2005, págs. 801 a 810.

la mediación sin haber solventado el conflicto o sin haberlo gestionado constructivamente.

El riesgo de ruptura de la confidencialidad ha de cuidarse especialmente en los siguientes casos:

- Cuando la asimetría de la información no se haya respetado escrupulosamente y cualquiera de las partes haya obtenido información relevante durante la mediación abortada que pudiera ser utilizada en posteriores procesos<sup>45</sup>.
- Si durante esos eventuales arbitrajes o procesos se hace referencia a detalles del posicionamiento de las partes durante la discusión de las propuestas de solución suscitadas en la mediación.
- En el caso de que el proceso de mediación sea parte de una solución híbrida de mediación o arbitraje, con coincidencia de las figuras de árbitro y mediador en la misma persona.

Las soluciones de los problemas apuntados resultan obvias. Por un lado, seguir una estructura negociadora que extreme la asimetría, incluso en las propuestas de solución. Por otro lado, cuando se regulen híbridos mediador/arbitraje, debe prohibirse que el mediador pueda actuar como árbitro.

---

<sup>45</sup> Cfr. sobre los riesgos, CARR, I, “Mediation, Features, Associated issues and Harmonisation on the Horizon”, *Journal of International Commercial Law*, vol. 2 (3), 2003, págs. 11 y ss.

### C. Retención del control y flexibilidad

El carácter no decisorio de la mediación, en la que las partes retienen el control sobre la continuación de la mediación y sobre el acuerdo, se valora especialmente en los conflictos empresariales internacionales y en situaciones jurídicamente muy inciertas.

Se acude, por este motivo, a la mediación cuando existe riesgo de corrupción, cláusulas de legislación o jurisdicción locales que no se pueden aceptar, conflictos de gran complejidad técnica, contratos elaborados bajo un sistema jurídico que serían interpretados bajo otro distinto, incluso en sus principios, etc.

Otra razón por la que las partes pueden estar interesadas en mantener el control es en los casos en los que la prioridad es obtener, no una solución en sentido estricto, sino una gestión del conflicto creativa que les permita, incluso, un incremento de las relaciones comerciales.

### D. Flexibilidad: Estructura informal

La estructura informal implica, indudablemente, una rapidez y ahorro de costes<sup>46</sup> que se asocia a la mediación frente a otros mecanismos (arbitraje, proceso judicial). Un factor que decanta a las partes a acudir a la mediación es que el tiempo medio de duración no supera las 24 horas y difícilmente, de ser solutiva, supera las 72 horas. El porcentaje de éxito de la mediación es superior a un 90% y la experiencia y especialización sectorial del

---

<sup>46</sup>El estudio auspiciado por la UE sobre *Cuantificación del Coste de no Usar Mediación* se puede consultar en:  
<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201105/20110518ATT19592/20110518ATT19592EN.pdf>

mediador, unida a los medios que facilitan las instituciones de mediación, avalan esta ventaja<sup>47</sup>.

Está singularmente indicada en situaciones en las que la demora en el conflicto hace peligrar o suspende la ejecución de un contrato, el reparto de dividendos o *bonus* o la financiación de un proyecto.

## 6. Aspectos generales de los MASC

Antes de abordar el estudio de los métodos alternativos de solución de conflictos, es necesario acotar este concepto, teniendo en cuenta que en USA se consideran como MASC todos los métodos de solución de conflictos alternativos al proceso judicial -incluyéndose, por tanto, el arbitraje, mientras que en el Reino Unido éste queda fuera de los MASC, entendiéndose únicamente por tales los métodos no decisorios de resolver conflictos<sup>48</sup>.

Con carácter general los MASC se caracterizan:

- por la flexibilidad de sus procedimientos
- por el menor coste que supone para las partes, al reducirse el tiempo de resolución del conflicto<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup>Cfr. DODSON, CH., *cit.*, pág. 26 sobre estadísticas.

<sup>48</sup> Cfr. MACHO GÓMEZ, C., "Los ADR (Alternative Dispute Resolutions) en el comercio internacional", en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2013), Vol. 5, Nº 2, p. 403.

<sup>49</sup>Cfr. RUSHTON, M., "Dispute resolution cost savings trends in 2013", en relación a la estrategia seguida por el banco Lloyds Bank TSB para introducir en su gestión legal el uso de los MASC recuperado del blog de JAMS, de 24 de octubre de 2014, [http://www.jamsinternational.com/arbitration/dispute-resolution-cost-saving-trends-in-2013?Ref=email&dm\\_i=1GWD,10VNA,7XE7ZX,34N62,1](http://www.jamsinternational.com/arbitration/dispute-resolution-cost-saving-trends-in-2013?Ref=email&dm_i=1GWD,10VNA,7XE7ZX,34N62,1)



- por la preservación de la relación entre las partes, lo que lo hace altamente eficaz para la resolución de los conflictos empresariales
- por la rapidez en la resolución

Pero ¿Cuáles son y no son los MASC? Bajo el paraguas de la expresión MARC (Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos), ADR (Alternative Dispute Resolution), EDR (Effective Dispute Resolution) o, como preferimos denominarlos, MASC (Métodos Alternativos de Solución de Conflictos), se encuentra una pléyade de métodos que tienen como común denominador su voluntariedad frente al recurso judicial, pero que tienen notas distintivas entre sí. En el ámbito anglosajón (donde estos métodos tienen una mayor difusión), no existe un único criterio<sup>50</sup>.

De hecho, sobre la misma denominación de estos métodos, REDORTA<sup>51</sup> considera muy relevante la falta de acuerdo en su propio nombre. Para el autor, el hecho de que no exista un acuerdo unánime en la denominación no es irrelevante, sino que refleja el paso de la configuración en dos bloques, judicial y extrajudicial, a la visión integrada en un solo campo: la gestión del conflicto que, finalmente, abarcaría también las soluciones judiciales.

---

<sup>50</sup>Y de nuevo sobre la denominación de la mediación y otros MASC, son de interés los comentarios de los profesores JIMÉNEZ ASENSIO, MORENO CATENA Y PASTOR PRIETO en el informe “Reflexiones sobre la justicia. Una aportación desde Galicia” elaborado por la Xunta de Galicia, en el que se pone de manifiesto la tendencia a denominar estos métodos como *Adequate Dispute Resolutions*, para evitar que sean considerados competidores de la justicia. El informe puede ser recuperado en la siguiente dirección, <http://www.estudiconsultoria.com/documentos/reflexionesgaliza.pdf>. En el mismo sentido, PELAYO LANVÍN recoge esta reflexión titulado su tesis doctoral *La mediación como vía complementaria de resolución de conflictos* (disponible en la página web de la Universidad de Salamanca, [http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110555/1/DDAFP\\_Pelayo\\_Lavin\\_M\\_LaMediacion.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110555/1/DDAFP_Pelayo_Lavin_M_LaMediacion.pdf) ). Igualmente, el profesor MOURA, en su excelente artículo sobre mediación, en el que identifica la mayor parte de las cuestiones que esta figura suscita hoy para el Derecho Internacional Privado, (MOURA, D., *cit.* pág. 803), habla de mecanismos complementarios y no alternativos .

<sup>51</sup>REDORTA, J., "Entorno de los métodos alternativos de solución de conflictos", en *Revista de Mediación*. Año 2. No 3. Marzo 2009, págs. 30 y 31.

Entre los MASC podemos distinguir, desde los más rígidos a los más flexibles<sup>52</sup>, teniendo en cuenta la vinculación de las partes a la decisión de un tercero<sup>53</sup>:

- Arbitraje

Método en el que las partes acuden voluntariamente a una institución o a uno o varios terceros -siempre en número impar- para que resuelva el

---

<sup>52</sup> Algunos autores establecen una división de los MASC dependiendo de sus características. *Vid.*, a modo de ejemplo FRANCO CONFORTI, D., "Mediación en las Organizaciones", en *Revista de Mediación* 2014, vol. 7, nº 2, pág. 14 que distingue las siguientes características en los MASC para agruparlos, "... podemos distinguir entre, (i) los métodos preventivos, cuando se acuerdan por anticipado para definir cómo se abordará cualquier conflicto futuro; (ii) los métodos negociadores, incluyen los basados en los intereses de las partes (todos ganan), los posicionales (unos ganan otros pierden) y la resolución de problemas (acordar las cuestiones a resolver), (iii) los métodos facilitados, incluyen un tercero neutral que ayuda a las partes en disputa a lograr una solución satisfactoria; (iv) los métodos de investigación, pueden ser de aceptación obligatoria o no, según el acuerdo de las partes; utilizan a un tercero o experto técnico para obtener un veredicto (generalmente sobre cuestiones técnicas-fácticas); (v) los métodos orientativos, un tercero neutral (generalmente escogido por las partes) investiga ciertos aspectos de la disputa y da una opinión orientativa en relación al resultado probable. Estos métodos incluyen la mediación por predicción de resultados (a veces llamada mediación en derecho), evaluación neutral temprana (ENT), minijuicio, juicios sumarios por jurados y arbitraje no obligatorio, también llamado de equidad y (vi) los métodos impuestos, en los que un tercero neutral toma una decisión cuya aceptación es obligatoria para las partes en relación a las cuestiones en disputa". Por su parte, MACHO GÓMEZ, *Op. cit.*, pág. 408 y ss los divide en a) ADR facilitadores, en los que la participación del tercero es mínima; b) ADR evaluadores, en los que el tercero adquiere un papel más activo y c) ADR resolutorios, en los que el tercero tiene atribuida una función investigadora. Nuestra intención a la hora de abordar este trabajo no es profundizar en los diversos tipos de MASC sino únicamente reflexionar sobre la importancia de conocer su existencia, características y detalles, como veremos más adelante, a la hora de abordar la importancia del análisis del conflicto, por lo que renunciamos a establecer ningún tipo de categorización de los MASC.

<sup>53</sup> DODSON, CH., *cit.*, pág. 34, describe sumariamente las características de los distintos mecanismos alternativos de solución de conflictos. Sobre distintos métodos ADR cfr. MATLIN R., "ADR and its use in! Commercial Insurance Disputes" en *The Metropolitan Corporate Counsel*, vol. 14, nº. 6, June 2006. Una presentación muy gráfica de los principales métodos, sus características y diferencias en "The Dispute Resolution Wheel" pág. 3 de "ADR in Asia. Spotlight of Mediation in Hong Kong" Issue 1. January 2015, publicado por el despacho internacional Herbert Smith Freehills y disponible a través de su web [www.herbertsmithfreehills.com](http://www.herbertsmithfreehills.com) (ADR Blog). Una relación de los MASC más utilizados cfr. CEDR, *The CEDR Mediator Handbook. Effective Resolution of Commercial Disputes*, London, 2004, págs. 11-16 y en MACKIE, K., MILES, D., MARSH, W., ALLEN, T., *The ADR Practice Guide. Commercial Dispute Resolution*, Tottel Publishing, Sydney, 2007, págs. 39-52. En español, CALCATERRA, R.A., *Mediación Estratégica*, Gedisa, Barcelona, 2006, págs. 299-309.

conflicto. El criterio del tercero, plasmado en el laudo arbitral, es definitivo y tiene que ser acatado por las partes. Los laudos arbitrales pueden ser ejecutados ante la jurisdicción ordinaria.

El arbitraje puede ser administrado por una institución, en cuyo caso las partes se comprometen a seguir un reglamento ya establecido -con lo que el grado de flexibilidad es mucho menor, aunque se puede ganar en certeza y rapidez- o "ad hoc" en el que el propio árbitro y las partes establecen cómo ha de ser el procedimiento. Admite muchas variantes; en los últimos años el arbitraje "baseball", en el que las partes acuerdan que el laudo haya de respetar una horquilla de mínimos y/o máximos, parece atraer el interés de las empresas<sup>54</sup>. En la última década algunas cortes de arbitraje fomentan que los árbitros faciliten el acuerdo de las partes, habiéndose generado una polémica paralela a la del rol de los jueces en la mediación<sup>55</sup>.

- Adjudicación

Se trata de un método en el que las partes quedan obligadas por la decisión del tercero o terceros neutrales en relación con un conflicto determinado. No obstante, esta decisión es provisional y puede ser confirmada o revisada, posteriormente, en un proceso judicial o en un arbitraje. El objetivo de este método es resolver provisional o temporalmente conflictos en sectores en los que confluyen múltiples partes (es un método especialmente utilizado en los contratos de

---

<sup>54</sup> En relación a la utilización de variantes del arbitraje, cfr. STIPANOVICH, T.J. y ULRICH, Z.P., "Arbitration in Evolution, Current Practices and Perspectives of Experienced Commercial Arbitrators" en *Columbia American Review of International Arbitration*, Vol. 25, 2014.

<sup>55</sup> Sobre las ventajas y desventajas de que los árbitros faciliten un acuerdo entre las partes, KAUFMANN-KOHLER, G., "When Arbitrators Facilitate Settlement, Towards a Transnational Standard", *Arbitration International, LCIA*, vol. 25, number 2, 2009, págs. 197-202.

construcción, obra civil o ingeniería, y que exigen los financiadores para evitar pérdidas derivadas de retrasos en la ejecución de las obras), que luego serán todos ellos objeto de una decisión final conjunta negociada, judicial o arbitral<sup>56</sup>.

Una variante son los Paneles de Revisión de Conflictos (Dispute Review Boards, DRB) y Paneles de Adjudicación de Conflictos (Dispute Adjudication Boards, DAB). En ambos casos al comienzo de un proyecto internacional de construcción o ingeniería se designa un panel de técnicos que representan a cada parte y de común acuerdo a un neutral que preside<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup>En los sectores de la ingeniería, la energía, infraestructuras y la construcción, la figura llamada "Adjudication" en el Reino Unido, o "Disputes Boards" en el contexto internacional, parece la más indicada para evitar demoras en la ejecución de los contratos, sin perjuicio de acudir posteriormente a la mediación, pues las decisiones en aquel mecanismo son provisionales. En relación al Reglamento de la ICC que regula esta figura, Cfr. CAIRNS, D. Y MADALENA, I., "El Reglamento de la ICC relativo a los dispute boards", *Revista Jurídica La Ley*, año XXVI, nº 6258, de 23 de Mayo de 2005.

<sup>57</sup>Para una orientación práctica sobre el papel del neutral en los MASC en el sector de la construcción cfr. Wall, C., *The Dispute Resolution Adviser in the Construction Industry*, in *Construction Conflict Management and Resolution* (Peter Fenn & Rod Gameson, ed. 1992) y el boletín editado por el departamento de Construcción de Herbert Smith Freehills, "Enforcement of Dispute Adjudication Board's decision in FIDIC Contracts" (<http://herbertsmithfreehills.com/insights/legal-briefings/enforcement-of-dispute-adjudication-boards-decision-in-fidic-contracts>). Sobre las distintas figuras de neutrales y roles en los solución de conflictos en el sector de la construcción e ingeniería cfr. STIPANOVICH, T., *Beyond "Getting to Yes," Building Mediation Skills and Insights into Relationships*, Mediate.com, Diciembre, 2014. (<http://www.mediate.com/articles/StipanowichFuture.cfm>). En España RODRÍGUEZ DE LA FLOR DE MARCOS B. "Mediación en proyectos constructivos e industriales", *Revista de Mediación* 2014, vol. 7, nº1, pág. 54-55, que explica el funcionamiento de las denominadas "Mesas de resolución de conflictos" que define como "un método de resolución de conflictos que basa su actuación en la intervención temprana y preventiva del conflicto, para ello utiliza distintas herramientas para anticiparse al mismo y en segundo lugar para evitar su escalada", Como dato interesante, la autora apunta que las MRC suponen un gasto para el proyecto estimado en 0.05/0.26% del precio de construcción.

- Med-Arb y Arb-Med<sup>58</sup>

Med-Arb es de un procedimiento híbrido<sup>59</sup> en el que las partes someten inicialmente su disputa a una mediación y, en el caso de que no lleguen a un acuerdo, o sobre los aspectos sobre los que este no se logre, se inicia un procedimiento de arbitraje. Mediador y árbitro pueden ser una sola persona, aunque esto no nos parece recomendable con carácter general. Arb-Med funciona a la inversa, primero arbitraje que se convierte en mediación.

- Defensor (*Ombudsman*)

En determinados sectores de actividad (seguros, servicios financieros) existe la figura del defensor del cliente, al que las partes pueden someter sus disputas. En este caso, la solución a la que llegue el Defensor - tercero que debería ser neutral- puede ser de obligado cumplimiento para una de las partes (en conflictos entre empresa y consumidor, cuando el defensor esté integrado en el sistema de reclamaciones de la empresa) o simplemente consultivo para ambas<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Junto al profesor NAVARRO CONTRERAS, E., desarrollamos hace años un modelo (Modelo Fajardo-Navarro) muy eficiente de híbrido, que distingue una fase de depuración fáctica configurada como mediación y una eventual fase de aplicación jurídica decisoria, configurada como arbitraje. Este modelo se encuentra descrito en GONZALO QUIROGA, M., "Convenio y procedimiento arbitral en el ámbito asegurador, una propuesta práctica", en RES N° 125, p. 93-98 y en FAJARDO MARTOS, P., "Análisis de las ventajas estratégicas que para la solución de conflictos empresariales ofrecen los principios y garantías que regulan la Mediación", en GONZALO QUIROGA, M. (dir.), *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, Perspectiva multidisciplinar*, Madrid, Dykinson, 2006, págs. 69-82.

<sup>59</sup> En relación a MASC híbridos vid. SAIZ GARITAONAENDÍA, A., "El MedArb como procedimiento mixto de resolución de conflictos, luces y sombras", en SOLETO, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Op. cit., págs. 88-102.

<sup>60</sup> Vid. Funcionamiento y características de la figura del Ombudsman en el mercado financiero inglés en CREUTZFELDT, N. AND GILL, C., *The Impact and Legitimacy of Ombudsman and ADR Schemes in the UK.*, The Foundation for Law, Justice and Society,

- Mini-juicio

Se trata de una simulación de juicio en el que los abogados de las partes defienden su posición ante un panel compuesto, generalmente, por un representante de cada una de las partes y un tercero neutral -también abogado- que dirige el proceso. Finalizada la argumentación de los abogados, el tercero presenta un informe con su valoración respecto al posible desenlace judicial del asunto y recomendaciones a los representantes de las partes. El informe sirve a las partes para llegar a un acuerdo, que no necesariamente tiene que coincidir con los términos de aquél<sup>61</sup>.

- Evaluación neutral anticipada (Early Neutral Evaluation, ENE)

A través de este mecanismo, un tercero independiente, cuyo prestigio en el área o sector en el que se produce el conflicto le acredita como experto y neutral, emite un informe en el que evalúa las posiciones de cada una de las partes. Se trata de una opinión realista y neutral que

---

Oxford, 2015. Sobre el funcionamiento de la institución del defensor en España, concretamente en el mercado asegurador vid. VERCHER MOLL, F.J., "El defensor del cliente y los servicios de atención al cliente", en BATALLER GRAU, J. (dir.) y VEIGA COPO, A. (coord.), *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Thomson-Reuters, Madrid, Civitas, 2014, págs. 1003-1028 y en el sector financiero en general, MARÍN LÓPEZ, M.J., "Los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos de los usuarios de servicios financieros y su aptitud para la defensa de los intereses colectivos", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, (nº 136, 2014).

<sup>61</sup>Vid. FIADJOE, A., *Alternative Dispute Resolution, a developing world in perspective*, Cavendish Publishing Limited, London, 2011, pág. 25. Sobre la utilización de los *mini-trials* como herramienta de acuerdo dentro del proceso judicial en Estados Unidos vid. CPR Legal Program, *ADR and the Court, A manual for Judges and Lawyers*. New York, Batterworth, 2014, págs. 100 y ss.

facilita se acorten las diferencias entre las partes para iniciar un dialogo<sup>62</sup>.

- Opinión de expertos (Expert Determination)

Se trata de un MASC utilizado para resolver controversias de carácter puramente técnico o para realizar valoraciones económicas. Se solicita una opinión técnica a un experto que, en principio será vinculante – aunque puede establecerse otra cosa. Es uno de los MASC más utilizado, junto con la mediación, el arbitraje y los *dispute boards*.

- Mediación<sup>63</sup>

Proceso en el que las partes designan a un tercero neutral que las dirige activamente en una negociación estructurada, siguiendo el procedimiento establecido por el mediador con el acuerdo de las partes. En la mediación las partes llegan a un acuerdo por si mismas sin que el mediador proponga ningún tipo de solución. Admite numerosas variantes entre las que la co-mediación destaca<sup>64</sup>. Distintas formas de

---

<sup>62</sup>Para mayor detalle sobre la ENE *vid.* MACHO GÓMEZ, *cit.*, p. 409 y 410.

<sup>63</sup>Sobre las ventajas prácticas de la mediación empresarial cfr. S. BUYER “Making the Case, Business Dispute Resolution Through Mediation” en [www.mediate.com](http://www.mediate.com).

<sup>64</sup> Sobre la comediación *vid.* QUINTANA GARCÍA, A., "Comediación, cuando el mediador son varios", en *Diario La Ley*, N° 8490, Sección Tribuna, 27 de Febrero de 2015, “ (...) la comediación se trata del trabajo coordinado de varios mediadores que actúan como tales en el mismo proceso y con un objetivo común. Es importante subrayar que la actividad desarrollada sea la de mediación y no otra, pues va más allá de un quehacer multidisciplinar o de una colaboración entre diversos expertos. Asimismo, trabajarán en condiciones de igualdad jerárquica.” La autora expone así las ventajas de este método, "a) Enriquece el proceso de mediación porque, al ser un trabajo en equipo, los profesionales se complementan, distribuyen sus funciones y experiencia; b) Mitiga el desgaste físico, psíquico y emocional de cada mediador. Compartir la tarea con otro profesional contribuye a facilitar el trabajo durante las sesiones; c) Muestra a las partes

facilitación y de dialogo asistido encaján como variantes de la mediación<sup>65</sup>.

- Conciliación

La línea divisoria entre la mediación y la conciliación es muy ténue. Formalmente la diferencia estribaría en que en la conciliación el tercero neutral propone a las partes una solución -que puede ser o no aceptada por éstas- sobre las propuestas de acuerdo que las partes intercambian a lo largo del proceso<sup>66</sup>.

---

una intervención sólida, es un trabajo interrelacionado, donde el lenguaje verbal y no verbal de los mediadores transmite unidad de criterio y acción. Además, frente a las partes es una fuente de confianza en el proceso, pues inconscientemente todo el mundo piensa que «cuatro ojos ven más que dos», lo que se acrecienta cuando los comediantes proceden de disciplinas diferentes, pues se transmite seguridad y confianza en el abordaje de materias técnicas; d) Autocontrol de los mediadores, el proceso de mediación se va sometiendo a evaluación continua sesión tras sesión. Trabajando con otros, es más fácil valorar el rumbo del procedimiento, las técnicas aplicadas, las actitudes de los mediadores. Puede contribuir a contrarrestar prejuicios, alianzas, interferencias que puedan surgir de la historia personal del mediador, etc. y e) Reflexión en equipo, lo que facilita la autocrítica y dificulta la justificación y autocomplacencia.”

<sup>65</sup> Un ejemplo sectorial de mediación en materia ambiental HARRINGTON C. B., Howard Bellman, *El empleo de “manojos de aportes” para negociar una disputa ambiental*, en KOLB, D., (Coord.), *Cuando hablar da resultado*, Paidós, Buenos Aires, 1996, págs. 97-130.

<sup>66</sup> La doctrina también encuentra compleja la distinción entre mediación y conciliación, pudiendo encontrarse autores que apuntan como diferencia el mayor carácter evaluativo de la conciliación, cfr. SQUBINI, A., PRIEDITIS, M. y MARIGHETTO, A, "Arbitration, Mediation and Conciliation, differences and similarities from an International and Italian business perspective", en *Mediate.com*, 2004, disponible en <http://www.mediate.com/articles/sgubinia2.cfm>, mientras que otros acuden al mayor carácter procesal de la conciliación, cfr. SAN CRISTOBAL REALES, S., "Sistemas alternativos de resolución de conflictos, negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil" en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVI (2013) págs. 39-62, a su ámbito de actuación, cfr. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., "Conciliación y mediación en los conflictos colectivos laborales", en *Temas Laborales* N° 70/2003, págs. 183-206 o a la terminología usada en las normas legales, cfr. VELASQUES MUÑOZ, C. J., "Conciliación del conflictos ambientales", en *Revista de Derecho de la Universidad Del Norte*, n° 21, 2004 págs. 106 -130. En España, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, regula tanto el acto de conciliación judicial, que ya no exige que tenga carácter previo a la presentación de la demanda, sino que puede realizarse en cualquier momento del procedimiento ya iniciado, como el



- Facilitación

Sistema en el que un tercero neutral, elegido por las partes, asiste a las reuniones de negociación con el fin de ayudar a las partes a que la negociación se lleve por cauces que permitan mantener el diálogo y llegar a soluciones. De especial utilidad no sólo en en solución de disputas sino en la creación y formalización de relaciones contractuales<sup>67</sup>.

PAUL LAURIE y JEREMY LACK han acuñado la expresión “Guided Choice” y la definen como:

“ un proceso en el que se nombra a un mediador para inicialmente centrar a las partes en cuestiones de procedimiento para ayudarles a identificar y abordar proactivamente posibles impedimentos al acuerdo”.<sup>68</sup>

---

expediente de conciliación ante el notario o el registrador de la propiedad. No obstante, la Ley no define la conciliación, ni explica sus características, más allá de indicar, en la conciliación judicial, que el conciliador procurará avenir a las partes "permitiéndoles replicar y contrarreplicar, si quisieren y ello pudiere facilitar el acuerdo", vid. art. 145.1 LJV. No obstante, PRATS ALBENTOSA deduce de este artículo que el funcionario (Juez de Paz o Secretario Judicial/Letrado de la Administración de Justicia, según la nueva nomenclatura dada por la reforma de la LOPJ en la Ley Orgánica 7/2015) puede proponer a las partes soluciones a su conflicto cuando éstas no puedan avenirse, lo que considera un plus en favor de la conciliación como medio de solución de controversias, especialmente en comparación con otros medios, entre los que cita expresamente la mediación. Cfr. PRATS ALBENTOSA, L., Conflictos entre particulares, solución entre particulares: la conciliación. En *Escritura Pública*, 2015, nº 95, pág. 73.

<sup>67</sup>DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, J., *Lobbies, intermediación y tráfico de influencias*, en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Coord.), *Mediación, un método de ? conflictos*. Estudio interdisciplinar, Colex, Madrid. 2010.

<sup>68</sup> LURIE, P.M. and LACK, J., “Guided Choice Dispute Resolution Processes, Reducing the Time and expense to Settlement”, en *Dispute Resolution International*, vol. 8 nº2, Octubre 2014, pág. 168.

- Negociación

Es un proceso de intercambio entre las partes en las que cada una de ellas intenta una solución del conflicto acorde a sus intereses.

Esta multitud de métodos se han facilitado por la flexibilidad y el antiformalismo que los caracteriza. El *Center of Effective Dispute Resolution* (CEDR)<sup>69</sup>, una de las instituciones más prestigiosas en este ámbito, incluye también en su oferta de soluciones al conflicto la decisión de expertos (que puede ser vinculante para las partes, como una suerte de arbitraje de equidad), intervención de un tercero neutral, investigación anticipada neutral, *partnering* y *coaching*<sup>70</sup>

7. “*Dix ans après*”: una encuesta sobre uso de la mediación en Inglaterra y Gales. Reflexión sobre los resultados.

Diez años después de la Reforma Woolf, el uso de los MASC estaba consolidado en los mercados financieros de la City de Londres. El despacho DAC Beachcroft realizó entonces una encuesta<sup>71</sup> entre ejecutivos del mercado asegurador con experiencia en la utilización de MASC, principalmente mediación, para resolver los conflictos surgidos en su

---

<sup>69</sup><https://www.cedr.com>.

<sup>70</sup>Sobre este tipo de MASC, más relacionados con la elaboración y gestión de los contratos, vid. MACHO GÓMEZ, *op. cit.*, págs. 421 y ss.

<sup>71</sup> Se puede encontrar una referencia a esta encuesta en el artículo "ADR generated mixed views" , publicado en la edición on line del magazine Post, el 6 de mayo de 2011, recuperado de <http://www.postonline.co.uk/post/analysis/2068798/post-europe-adr-generates-mixed-views> en la página web de DAC Beachcroft, <http://www.dacbeachcroft.com/documents/imports/resources/pdfs/articles/are-we-heading-towards-compulsory-mediation-in-every-case>. El contenido completo de la encuesta no ha sido publicado.

ámbito de negocio. Extractamos a continuación algunos de los resultados y unas consideraciones que surgen al respecto:

Encuesta: "*Assessing the real value of Mediation*"

a) El porcentaje de acuerdos logrados a través de mediación y el nivel de satisfacción de las partes es alto:

#### ACUERDOS ALCANZADOS EN MEDIACIÓN

0 - 25 %	5 %
26 - 50 %	15 %
51 - 75 %	48 %
76 - 100 %	31 %

#### SATISFACCIÓN CON RESULTADO

Nunca	1%
Algunas veces	35 %
A menudo	53 %
Siempre	11 %

b) Ahorro en costes, control sobre el eventual resultado y no erosión de las relaciones comerciales figuran como ventajas claramente facilitadas por el uso de MASC.

¿ES EFICIENTE ECONOMICAMENTE?

Nunca	0%
Algunas veces	41 %
A menudo	40 %
Siempre	19 %

¿SE RETIENE EL CONTROL DURANTE LA MEDIACIÓN Y SOBRE EL RESULTADO?

Totalmente de acuerdo	14 %
De acuerdo	56 %
No opinan	19 %
En desacuerdo	11 %
Totalmente en desacuerdo	0 %

¿AYUDA A MANTENER LA RELACIÓN COMERCIAL?

Totalmente de acuerdo	10%
De acuerdo	68%
No opinan	15%
En desacuerdo	7%
Totalmente en desacuerdo	0%

c) La falta de conocimiento y formación de los abogados de las técnicas de negociación y del desarrollo de los MASC les impiden evitar un papel protagonista similar al que les corresponde en los tribunales, legalizando el

conflicto y su eventual solución, retrasándola, dificultándola o impidiéndola.

¿LAS VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN SE REDUCEN POR LA INTERVENCIÓN EXCESIVA DE ABOGADOS?

Nunca	3%
Algunas veces	62%
A menudo	32%
Siempre	3%

d) A medida que los usuarios se familiarizan con el uso de MASC son capaces de apreciar, diferenciar, discriminar y elegir a los neutrales en función de su capacidad técnica y aportación de valor añadido<sup>72</sup>.

¿HA ABANDONADO ALGUNA MEDIACIÓN POR SENTIRSE DEFRAUDADO POR EL MEDIADOR?

Nunca	10%
Algunas veces	81%
A menudo	8%
Siempre	1%

e) Probablemente la conclusión más interesante es la que nos indica el cambio en la formación en técnicas de negociación, enfoques constructivos y cultura de cooperación. A medida que las partes tienen mayor capacidad

---

<sup>72</sup> Un análisis avanzado para enjuiciar el papel y características del mediador se recoge por CORSÓN PEREIRA, F., y GUTIERREZ HERNANZ E., *Op. cit.*, págs. 45- 53.

negociadora y una actitud más positiva frente al acuerdo, disminuye la necesidad de utilizar neutrales<sup>73</sup> para facilitar el dialogo, deshacer meros malentendidos, centrar a las partes en sus intereses, alejarlos de enfoques posicionales, enfrenar con una visión real de su expectativas frente al conflicto y generar opciones de acuerdo. La cultura legal ha cambiado.

### ¿HUBIERA SIDO MÁS APROPIADO NEGOCIACIÓN?

Nunca	8%
Algunas veces	66%
A menudo	22%
Siempre	4%

Siendo adecuados los MASC para la solución de los conflictos empresariales, parece obvio que ha de producirse un cambio en la cultura legal y empresarial, parecido al operado en los países anglosajones o de “*Common Law*”, para que su utilización se consolide. Esto plantea una interrogante ¿Son los MASC ajenos a nuestro sistema jurídico?

---

<sup>73</sup> Sobre la relación negociación/mediación cfr. “Why mediate? Is mediation worthwhile?” en HINT, A.J., *Mediation, A practical guide*, Cavendish Publishing, London, 2004, págs. 7-8.

## CAPÍTULO II

### LA FALSA NOVEDAD DEL USO DE MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO CULTURAL

#### 1. Negociación vs. autocomposición

¿Son los MASC algo nuevo o tienen un entronque histórico y cultural en distintas culturas y no sólo en la anglosajona<sup>74</sup>?

La solución de los conflictos por las mismas partes o ayudadas por un tercero es propio de todas las culturas<sup>75</sup>; de hecho lo novedoso fue en su momento atribuir a un tercero la capacidad de imponer un solución, aunque inicialmente no al Estado sino a un tercero privado (arbitraje obligatorio) y antes aún a un tercero cuya decisión sólo sería obligatoria si se aceptase por las partes (arbitraje facultativo)<sup>76</sup>. De modo que a la autotutela siguió la autocomposición y de ahí a la heterocomposición y no al revés.

---

<sup>74</sup> Sorprende que en los países con un sistema jurídico de “*Common Law*” también se haya presentado la mediación y el arbitraje como procedimientos e instituciones modernas. Cfr. ROEBUK, D., “The London Centre for International Commercial Mediation and Arbitration in the Reign of Elisabeth I”, en *Arbitration International*, vol. 30 n° 3, 2014, págs. 577-588.

<sup>75</sup> Y, de hecho, como apunta STORR, “no se ha producido ninguna mutación que nos haga radicalmente diferentes de nuestros antepasados prehistóricos, y poseemos el mismo material instintivo que sirvió para asegurar la supervivencia de unos hombres para quienes la existencia era una lucha perpetua.” Cfr. STORR, A., *La agresividad Humana*, Alianza, Madrid, 1970. Pág. 163.

<sup>76</sup> CALAMANDREI, P., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, págs. 148 y ss (citado por ARAGONESES P, *Proceso y Derecho procesal*, Ed. Edersa, Madrid, 1997, nota 76, pág. 95).

Como decíamos antes, al referirnos a la “ecología procesal”<sup>77</sup>, la forma natural de resolver un conflicto es mediante el dialogo y no acudiendo a un tercero que imponga una solución<sup>78</sup>. Un breve repaso por la historia del Derecho comparado nos permite identificar antecedentes de autocomposición en los distintos sistemas jurídicos<sup>79</sup>. No obstante, es cierto que en los países anglosajones su utilización en el contexto de los conflictos mercantiles y civiles se ha desarrollado exponencialmente en los últimas décadas, habiéndose implantado con rapidez y naturalidad entre los operadores jurídicos. Esto contrasta con las reticencias, obstáculos y lentitud que la generalización de su uso ha enfrentado, y enfrenta, en otros contextos culturales y jurídicos<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup>Vid. Nota 26

<sup>78</sup>En relación a la tradición histórica del pacto, vid. CASANOVAS, P., "El dialogo como fuente del derecho", en *Materiales, Op. cit.*, págs. 435-439 o FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción y Arbitraje en Derecho Romano*, Iustel, Madrid, 2006, pág. 209, “los pactos o convenciones propios del ius Gentium, producía entre los intervinientes una vinculación en cuanto al cumplimiento de lo acordado, lo basado en la *fides*, la ética comercial y las costumbres y usos propios del tráfico y por tanto no jurídica.”

<sup>79</sup> Desde los tiempos bíblicos encontramos referencias a hombres sabios a quienes se acude para dirimir conflictos como se indica en VILALTA, A.E. "Un excursus previo, el estudio comparado de la mediación", en *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña, Vol. 2, Op. cit.*, pág. 40-41, en el que se recoge la referencia a diversos tipos de MASC a través de la historia. En el mismo sentido, pero con mayor detalle WEIMAN, G., *The influencers, people who influence people*. Albany, State University of New York Press, 1994, págs. 9-28. Por su parte, CORSÓN PEREIRA, F. y GUTIÉRREZ HERNANZ, E., *Op. cit.*, págs. 63-74, analizan antecedentes del mediador en una multiplicidad de figuras del Derecho histórico y comparado consuetudinario, desde el -El proxeneta o “mediator” romano hasta el Justicia Mayor de Aragón, pasando por el “defensor civitatis” en el siglo IV, señor de las injusticias (“Sahib al-Mazalin”) en la época musulmana, “boni homines” o “meliores” en el siglo XIII, “Bo Home” en Galicia, corredores y “corredores de oreja” regulados en 1271.

<sup>80</sup>Sobre el concepto y formas de la llamada “justicia informal” (mediación, justicia reparativa y reparación) y su origen en “sociedades ácefas” frente a las sociedades capitalistas que demanda una justicia formal cercana al concepto de seguridad jurídica y la conversión de la mediación en un método de “justicia formal”, WOOLFROD, A., & RATNER, R.S., *Informal Reckonings. Conflict Resolution in Mediation, Restorative Justice and Reparations*, Routledge Cavendish, Oxon, 2008, págs. 1- 12.



Posiblemente, junto a otros factores, la ética mercantil anglosajona<sup>81</sup> es más flexible y abierta a soluciones pragmáticas que, históricamente, facilitaron un desarrollo más prematuro e intenso del comercio y la industria. Quizá por ello ha sido en USA, como ya hemos indicado, donde se ha dotado de un cuerpo científico a la teoría de la negociación, facilitado por los estudios del PON en la Universidad de Harvard y anteriormente la Escuela de Chicago a través del Análisis Económico del Derecho. En definitiva, en un mundo económica y jurídicamente globalizado, era necesario desarrollar formulas transnacionales de solución de conflictos internacionales capaces de abstraerse de las diferencias entre legislaciones y jurisdicciones. Los MASC parecen los instrumentos más adecuados.

No obstante, no debe confundirse el desarrollo científico de la teoría de la negociación con el de las formas autocompositivas de solución de conflictos.

Como anticipábamos, las técnicas de negociación avanzan exponencialmente en la segunda mitad del siglo XX en USA a través de un enfoque multidisciplinar que hunde sus raíces en la Psicología de las organizaciones, Sociología, y Antropología y en su aplicación práctica en el Derecho, la Política y la Economía de la empresa<sup>82</sup>. El realce,

---

<sup>81</sup> GARICANO, L., *El Dilema de España. Ser más productivos para vivir mejor*, Ed. Península Atalaya, Barcelona, 2014, págs. 94-95, resume la reflexión que la investigación económica moderna hace de Weber y la ética del protestantismo, centrandó las diferencias en el desarrollo en el capital humano. Lutero obligó a aprender a leer y los países protestantes impusieron la escolarización universal, “en 1900 prácticamente toda la población en los principales países protestantes de Europa sabía leer y escribir, lo que no sucedía en ningún país católico”.

<sup>82</sup> Desde esta perspectiva, resulta muy interesante esta comparación entre los métodos de estudio de DARWIN y las cualidades necesarias para entender el conflicto, “Las anécdotas, sentimientos personales y métodos creativos de Darwin entrelazados con su contexto histórico, configuran un modelo simple para entender las dinámicas de los conflictos; donde el punto no es cambiar. Su modelo integra el objeto (conflicto) con el sujeto que observa y organiza los datos. Es un ejemplo extraordinario de una manera “simple” de cambiar creencias profundas con raíces hondas de una sociedad entera

descubrimiento casi, del concepto de empatía, en cuanto “capacidad de captar intuitivamente los pensamientos, sentimientos y la conducta de otras personas. Es lo que vulgarmente se denomina “*ponerse en el pellejo del otro*” y resulta primordial para la eficacia del acto comunicacional en la práctica jurídica<sup>83</sup>”, ha tenido gran influencia en el desarrollo de las técnicas de negociación, pues está en la base del concepto de “interés” frente a posición. Los métodos autocompositivos, cada uno con sus singularidades, entroncan con distintos modelos culturales y partiendo de la autotutela han sido objeto de estudio por juristas de todas las épocas y a partir del siglo XIX quedaron principalmente encuadrados dentro del Derecho procesal. La novedad surge precisamente al conjugar ambas materias de estudio, técnicas de negociación y formas autocompositivas, dotando así a estas últimas de una relevancia en la práctica y un desarrollo en el ámbito de estudio del que habían carecido anteriormente.

Hasta el último tercio del siglo XIX, si bien la sociedad asociaba la negociación a la práctica de un abogado, las facultades de Derecho no incluían su formación en los planes de estudio. Se consideraba metajurídica y metacientífica. Sí se incluía una referencia al conflicto y las formas autocompositivas, como tuvimos oportunidad de adelantar. La formación en torno al conflicto en las facultades de Derecho se centraba, es más, se limitaba, a las formas adjudicativas o heterocompositivas, asimilando las

---

basada en observación, análisis, inducción y creciente prestigio de un pensador. El modelo para entender conflictos abarca cinco marcos de referencia, a) La vocación y cualidades mentales del observador del conflicto; b) El conflicto visto como resultado de fuerzas de la naturaleza en conflicto (interacciones sociales); c) La representación del conflicto por el observador; d) Las habilidades del observador para ponderar y responder a otros puntos de vista sobre el conflicto; y

e) La habilidad para presentar el conflicto a otros en términos accesibles.”, Cfr. DÍAZ L.M., "Darwin como teórico del conflicto", en *ADRresources.com*, 2009, recuperado de <http://adrresources.com/adr-essays/133/darwin-como-teorico-del-conflicto>

<sup>83</sup> BANDIERI, L. M., *La mediación tónica*, Editorial El Derecho, Buenos Aires, 2007, pág. 36 y nota 61. Añade “La empatía no perjudica la imparcialidad; si puede hacerlo la simpatía”.

profesiones jurídicas con el proceso judicial y la jurisdicción. En la práctica, y en los planes de estudio, la Justicia, entendida como reparto, adjudicación o reconocimiento de derechos sólo era una facultad de determinación imperativa por un tercero por derivación del poder del Estado. Como veremos, será la Filosofía del derecho y, más adelante, los procesalistas, los que ensanchan ese concepto de Justicia, formal y material, para incluir dentro de la realización de la Justicia las formas autocompositivas de solución de conflictos<sup>84</sup>.

## 2. Formas persuasivas

En esta línea y en España, el profesor ARAGONESES ALONSO desarrolla este planteamiento ya en 1960, en la primera edición de su obra “Proceso y Derecho Procesal”<sup>85</sup>, y de forma tan certera que al revisarla, para publicar 37 años después la segunda edición, en 1997<sup>86</sup>, no ha de modificar el texto. Partiendo de tratadistas alemanes, españoles, iberoamericanos e italianos de los siglos XIX y XX elabora un concepto de la Justicia y de su ejercicio en torno a la noción de “reparto” que incluye no sólo las formas coactivas sino las persuasivas, a lo que dedica un notable esfuerzo de sistematización (una quinta parte de la obra).

ARAGONESES se apoya en la teoría trialista del Derecho elaborada por su

---

<sup>84</sup> Sobre derechos humanos y las diferentes clases de “justicia” en “los procesos de transición política hacia la paz y/o la democracia” (restaurativa, reparativa, retributiva) cfr. el completo estudio prologado por Joaquín González Ibañez y obra de IBÁÑEZ NAJAR, J.E., *Justicia Transicional y las Comisiones de la Verdad*, Biblioteca de Derechos Humanos del Instituto Berg, Madrid, 2014, págs. 298-315.

<sup>85</sup> ARAGONESES ALONSO, P., *Proceso y Derecho Procesal*, Madrid, Editorial Aguilar, 1960.

<sup>86</sup> ARAGONESES ALONSO, P., *Proceso y Derecho Procesal*, Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid, 1997.

maestro, Werner GOLDSCHMIDT, entendiendo <sup>87</sup> que “el principio supremo de la Justicia es el *libre desarrollo de la personalidad*, que está en íntima conexión con el *humanismo* y con la *tolerancia*”. Humanismo que implica la igualdad de todos los hombres y su unicidad como ser singular y único. Tolerancia que consiste “en el respeto y consideración hacia las opiniones y prácticas ajenas. Su fundamento no es el agnosticismo, sino el convencimiento de que el único camino de hacer resplandecer la verdad en el mundo es el de la prédica, con el propósito de convencer con ella a los demás; sin que la convicción de la verdad pueda lograrse si no es después de haber examinado las opiniones opuestas a ella en las exposiciones completas y razonadas que puedan aducirse”<sup>88</sup>.

El propio GOLDSCHMIDT sintetizó en el prólogo a la obra de ARAGONESES su concepto de Justicia y la inclusión de las formas de reparto no autoritarias<sup>89</sup>:

“La estructura del mundo jurídico es tridimensional y se compone de hecho, valor y norma.

La faceta fáctica constituye un orden de conductas de reparto. El primer aspecto que el mundo jurídico nos brinda es el de un gran número de repartos en los que los repartidores distribuyen potencia e impotencia entre receptores beneficiados y gravados, respectivamente. Estos repartos pueden llevarse a cabo por común acuerdo entre los interesados (repartos autónomos) o pueden ser impuestos por los repartidores a los receptores (repartos autoritarios). Los repartos autónomos implican cooperación; los repartos

---

<sup>87</sup> ARAGONESES; *Op. cit.* pág. 28.

<sup>88</sup> *Ibid.* pág. 45.

<sup>89</sup> *Ibid.* pág. 30.

autoritarios suponen poder. Si los repartos, ora autónomos, ora autoritarios, son considerados ejemplares, o sea dignos de constituir un ejemplo, dirigirán como modelo los repartos que les suceden; por ello, puede decirse igualmente que los repartos son directivos. Entre los repartos-modelo y los repartos-seguimiento existe solidaridad. Aparte se dan repartos, tanto autónomos (por ejemplo, acuerdos inmorales) como autoritarios (verbigracia, hurtos), que no se estiman ejemplares. La concatenación de los repartos ejemplares forma el orden de conductas de reparto. Todo orden de conductas de reparto equivale a un régimen. Tal régimen realiza el valor de pacificación. Fuera del régimen, pero dentro de la realidad social, se llevan a efecto los repartos torticeros. Ninguna sociedad humana puede subsistir sin repartos autoritarios; en cambio, si es imaginable que una comunidad de santos prescindiera de ellos. Ninguna sociedad, cualesquiera que fuesen sus miembros, puede funcionar sin repartos autónomos. La mejor prueba de este hecho está en que ningún régimen, por poderoso que sea, ha sido capaz de eliminar de la realidad social el mercado negro”

La idea de régimen surgido de la concatenación de repartos ejemplares para formar un orden de conductas de reparto, conecta en nuestra opinión con el concepto de “reglas de reconocimiento” elaborado por HART para justificar el problema de la validez del Derecho. LÓPEZ CALERA lo sintetiza así: “La regla de conocimiento existe como una práctica compleja, pero concordante, de los tribunales, de los funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios”<sup>90</sup>.

Para ARAGONESES el libre desarrollo de la personalidad parte de la necesidad de establecer un sistema jurídico que garantice el reparto y la

---

<sup>90</sup> LÓPEZ CALERA, N., *Filosofía del Derecho*, Comares, Granada, 1985, pág. 99.

naturaleza racional del hombre exige se expliciten los criterios del reparto fundamentándolo<sup>91</sup>. En nuestra opinión, el sistema, además, ha de asentarse en la cooperación que tiene su base en la confianza, como las relaciones personales que “pueden surgir de contratos negociados con libertad, y que lo que se negocia libremente se puede anular libremente en cualquier momento”.<sup>92</sup>

Analiza los elementos del reparto distinguiendo sujetos activos y pasivos, objeto y formas de reparto:

Los sujetos activos (“repartidores”) sólo “tienen un poder para efectuarlo cuando el acuerdo entre los sujetos pasivos (“interesados”) no es posible”<sup>93</sup>, pues admite que el reparto pueda efectuarse por aquellos que tienen un interés inmediato en el mismo (“receptores”), que serán a un mismo tiempo sujeto activo y pasivo del reparto, pues “este tipo de *reparto autónomo*, del que es prototipo el *reparto contractual* prescinde de toda coacción, pero no de justificación”. La justificación, será en los contratos la causa. Afirma ARAGONESES que<sup>94</sup> “como en el reparto autónomo queda resuelta una parte del problema de la Justicia – la justificación de los repartidores -, se puede afirmar que el acuerdo de las personas inmediatamente interesadas en un reparto constituye un indicio de la justicia del reparto en su totalidad”, razón por la que las legislaciones civiles tienden a presumir la existencia de la causa. “El reparto autoritario sólo puede justificarse, por ende, en la medida que se acerque a un reparto autónomo”<sup>95</sup>, reparto autónomo que es el que se presenta como reparto ideal. El planteamiento que Platón hace en el diálogo del Eutidemo,

---

<sup>91</sup>Cfr. ARAGONESES, *Op. cit.*, págs. 44-47.

<sup>92</sup> Cfr. MIDGLEY, M, *Op. cit.*, pág. 22.

<sup>93</sup>ARAGONESES, *Op. cit.*, pág. 49.

<sup>94</sup>*Ibid. nota 16*, pág. 49.

<sup>95</sup>*Ibid.*, pág. 50.

ridiculizando el enfoque destructivo del conflicto, avala esta idea. Como afirma MIDGLEY “el encarnizamiento de controversias no tiene por sí mismo ningún valor en particular”. Por regla general acoger y desarrollar el punto de vista de otro es, cuanto menos, tan valioso como atacarlo”<sup>96</sup>.

En este sentido, y siguiendo a GOLDSCHMIDT, ARAGONESES justifica el arbitraje como *reparto parautónomo* pues “aunque las partes no realizan un reparto autónomo, directamente, pero sí producen la determinación del repartidor de una forma autónoma”<sup>97</sup>. Esto justifica que el arbitraje se incluye en el contexto norteamericano entre los métodos alternativos de solución de conflictos, no obstante su naturaleza heterocompositiva. En nuestra opinión, el reparto se aleja del autónomo en aquellos supuestos en los que el recurso al arbitraje, implique o no la designación de un árbitro concreto, vienen impuestos legalmente o por la autoridad (en terminología de GOLDSCHMIDT, *repartidores infraautónomos*).

Más allá de la disponibilidad, el objeto no suscita cuestión alguna.

La mayor aportación de ARAGONESES la realiza al abordar las formas de reparto. Parte de diferenciar entre *formas persuasivas*, en las que el reparto se produce “por convencimiento de las partes interesadas en el mismo”<sup>98</sup>, y *formas coactivas*.

Establece, no obstante, una distinción previa, común a ambas formas que merece la pena nos detengamos a examinar. A diferencia de la generalidad

---

<sup>96</sup>MIDGLEY, M, *Op. cit.*, pág. 67.

<sup>97</sup>ARAGONESES, *Op. cit.*, pág. 67.

<sup>98</sup>*Ibid*, pág. 52.

de la doctrina<sup>99</sup>, distingue entre *estructuras jurídicas establecidas para la obtención del reparto* y *estructuras jurídicas establecidas para su realización*. Las de realización se identifican con las formas anormales de terminación del proceso, o crisis procesales, incluyendo el compromiso y la transacción; en definitiva se concretan en la materialización o formalización del acuerdo. Las de obtención se refieren a los métodos, alternativos o no, de solución del conflicto.

De modo que, en el contexto de esta distinción, la caracterización correcta de los MASC sería la de *estructuras jurídicas establecidas para la obtención del reparto*, y la del acuerdo logrado a través de su utilización la de *estructura jurídica establecida para la obtención del reparto*; si uno de estos acuerdos incluyese el compromiso de desistir o allanarse en un procedimiento, estos efectos procesales tendrían que caracterizarse, en nuestra opinión, como *estructuras jurídico-procesales derivadas para la realización del acuerdo*

En el contexto de las dos distinciones que hace ARAGONESES, el objeto de nuestro estudio se limita a las estructuras jurídicas establecidas para la obtención del reparto a través de formas persuasivas, únicamente en las que es preciso exista cooperación entre las partes en mayor o menor grado. (Dejamos al margen las formas persuasivas para la realización del reparto y las coactivas tanto para la obtención como para la realización del reparto).

Todas las formas persuasivas de obtención se caracterizan porque el reparto se logra “a través de la voluntad razonable de las partes” y “son el método más justo en cuanto respetan íntegramente el principio supremo de libre

---

<sup>99</sup> En este sentido resultan de interés la referencia que hace ARAGONESES en la nota 21, *Op. cit.*, pág. 53. a la omisión por parte de ALCALÁ ZAMORA y CARNELUTTI. En especial respecto de este último al tratar sus “equivalentes procesales”.



desarrollo de la personalidad”.<sup>100</sup> Se parte pues de la superioridad del reparto por formas persuasivas frente al obtenido a través de formas coactivas. La decantación de la voluntad razonable de las partes se obtiene a través de un proceso de negociación, directo o asistido, dirigido o estructurado por un tercero, que exige como decimos, en cualquier caso, de cooperación. Esto da lugar a un alto grado de flexibilidad y capacidad de adaptación del método utilizado a las características del conflicto, como vimos en un capítulo anterior y, en consecuencia, a una gran variedad de formas.

Estas variedad de formas persuasivas dirigidas a obtener el reparto, las clasifica ARAGONESES atendiendo a los sujetos del reparto, al objeto del mismo y a la actividad realizada para realizar el reparto.

Atendiendo a los sujetos, todas las formas persuasivas en las que el reparto se obtiene siempre por la voluntad de las partes las cataloga como autocomposición. Distingue, no obstante formas en las que el reparto autónomo se obtiene “por la exclusiva actividad de las partes o con la intervención de un tercero”<sup>101</sup>.

Sin intervención de terceros el reparto puede surgir de una discusión “unipartial” o bilateral.

La discusión “unipartial” es la llamada “discusión consigo mismo” en la que una parte valora las ventajas e inconvenientes de una oferta genérica “que acepta por la ejecución del acto”. Esta figura se equipara a los “*contratos de pública promesa*” y los diferencia ARAGONESES de los actos preparatorios de un contrato, en los que a la oferta sigue un acto de la

---

<sup>100</sup>ARAGONESES, *Op. cit.* pág. 53 y 54.

<sup>101</sup>*Ibid.* pág. 55.

otra parte que manifiesta o implica que “en principio le interesa su contenido económico”.

La discusión bilateral es la negociación. “En la terminología *ius privatista* se conocen estos fenómenos como *la biología del contrato*, o más concretamente, *generación o preparación del mismo*” refiriéndose ARAGONESES a las elaboraciones de HILSERAD<sup>102</sup>.

Con intervención de terceros para procurar la solución persuasiva<sup>103</sup>, de nuevo cabe distinguir según el tercero actúe en relación con una o las dos (o más) partes.

Su intervención es *unilateral* si actúa en relación con una parte: “Si pensamos en los tres aspectos que puede ofrecer cualquier hombre como ser afectivo, intelectual o volitivo, el tercero puede ofrecer en su intervención los matices del *consejero*, del *maestro* o del *asesor*”<sup>104</sup>.

Si la intervención del tercero es *bilateral*, puede diferenciarse el supuesto en el que cada parte tiene un tercero propio de aquella en la que se trata de tercero común. El tercero propio de cada parte sólo asiste a ésta. Recoge ARAGONESES como ejemplo de formas persuasivas de reparto obtenidas con intervención de terceros propios, la llamada “tutela jurídica de los abogados” que no es otra que la “dirección jurídica extrajudicial” y la “mediación de concierto” del Derecho internacional que tiene su origen en las Conferencias de La Haya de 1899 y 1907, en las que cada uno de los

---

<sup>102</sup>*Ibid.* nota 24, pág. 56.

<sup>103</sup>La mediación no siempre tiene una dimensión jurídica; no obstante, esto exige cierta formalidad. CASANOVAS, POMPEU, “El diálogo como fuente del derecho”, en *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Vol. 2, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2009, pág. 447.

<sup>104</sup>*Ibid.*, pág 57.

estados en conflicto confía en otra potencia amiga el mantener relaciones con la equivalente de la parte en conflicto<sup>105</sup>.

Más interés tiene, sin duda, para nosotros el supuesto en el que el tercero es común a las partes. ARAGONESES interpreta la doctrina del Derecho Internacional público de la época en la que escribe diferenciando una serie de categorías que, al menos terminológicamente, hoy nos inducirían a confusión:

Si la intervención del tercero común es espontánea, diferencia entre buenos oficios, mediación y amistosos servicios. En las tres figuras el tercero actúa de forma persuasiva utilizando su fuerza moral, es común a las partes y actúa espontáneamente. Sin embargo, en los buenos oficios actúa para que no se rompan o reanuden negociaciones libres limitándose a “hacerles ver la superioridad de la forma del reparto persuasivo sobre el coactivo”, mientras que en la mediación hace propuestas y dirige el proceso. Tanto en los buenos oficios como en la mediación, no obstante, el tercero es imparcial, esto es, “actúa en beneficio común de ambas partes”, nota ésta que les diferencia de los amistosos servicios, en los que “interviene un tercero (imparcial), pero con interés (parcial)”.<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> CARRASCAL GUTIERREZ, A., “La mediación internacional en el sistema de Naciones Unidas y en la Unión Europea, evolución y retos de futuro”, *Revista de Mediación*. Año 4. Nº 8. 2º semestre 2011, pág. 29. “En la esfera internacional, la mediación es un medio diplomático de arreglo de controversias. A diferencia de los medios jurisdiccionales, los actores que recurren a ella conservan su libertad de acción y de decisión en cuanto a la solución final del conflicto. Además, la solución al mismo se plasma en un acuerdo internacional obligatorio y ésta no tiene que basarse necesariamente en el Derecho Internacional, sino que puede tener en cuenta total o parcialmente elementos de oportunidad política. Se trata de un instrumento activo, el mediador internacional no se limita a poner en contacto a las partes sino que también participa, realiza propuestas y negocia. Es preciso diferenciarla de los llamados buenos oficios –en los que un tercero pone en contacto a los dos actores internacionales a fin de que entablen negociaciones diplomáticas o suministra una ocasión adecuada para las negociaciones–, si bien ambas actividades se codificaron originariamente en los mismos instrumentos jurídicos, las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907”.

<sup>106</sup> ARAGONESES, *Op. cit.* págs. 50 a 60.

Si la intervención del tercero es solicitada por las partes de común acuerdo, ARAGONESES habla de conciliación. Si el conciliador se limita a facilitar un acuerdo persuasivo sin poder “formular una propuesta concreta para la obtención del reparto”, su labor se acerca a los buenos oficios, si puede formular propuesta se aproxima a la mediación.

Por el objeto, las formas persuasivas de obtener el reparto las clasifica ARAGONESES atendiendo a dos criterios<sup>107</sup>: intensidad en el reparto obtenido y cualidad del objeto del reparto.

Por la intensidad del reparto:

- puede fracasar y dar lugar al aquietamiento de las partes o al recurso unilateral a una forma coactiva de reparto
- puede concretarse en el acuerdo sobre el recurso a una nueva forma persuasiva con o sin intervención de un tercero o sobre el recurso a una forma coactiva concreta, identificando un tercero heterocomponedor concreto<sup>108</sup> o una institución.
- puede producir directamente el reparto

Por la cualidad, se suele pretender la fijación persuasiva mixta, esto es de hechos y de derechos, aunque puede limitarse a la fijación persuasiva de los hechos. Esta segunda modalidad en la práctica es un modo de reconocimiento extrajudicial que, no obstante, ha generado un polémico debate entre los procesalistas en torno a los “negocios de accertamento

---

<sup>107</sup>*Ibid.* págs. 64-66.

<sup>108</sup> Aunque GOLDSCHMIDT en “Guerra, duelo y proceso”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 54, 1950, pág. 71, entiende que el acuerdo de someter la controversia a un arbitraje o a un juicio de Dios no es una solución transaccional sino “la preparación de una solución coactiva”.

privado”, subrogados de la sentencia de SAVIGNY (“de lo que suple al juicio”), negocios de fijación, *Feststellungsgesschaft* o *Die Aussebtretsetzung*<sup>109</sup>. El Derecho internacional público aporta también una figura que se limita a la fijación de los hechos a través de las comisiones internacionales de investigación, que en terminología acuñada por la Convención de la Haya de 1899 se conocen como “Comisiones de Información” para prevenir “una divergencia de apreciación de cuestiones de hecho”.

Por la forma, reconoce ARAGONESES la absoluta flexibilidad: “sin que sea necesaria una forma especial”<sup>110</sup> y reconociendo que cuando se establece un procedimiento público más o menos solemne, como con la conciliación, se genera innecesariamente confusión en torno a su naturaleza persuasiva o coactiva.

Parece aparente que todos los MASC a los que hemos hecho referencia en el capítulo anterior tienen su encaje en la catalogación ensayada por ARAGONESES en 1960. Por tanto no sólo los MASC tienen un entronque en nuestra cultura legal sino que tienen acomodo científico desde antes de comenzar su desarrollo en USA. No obstante, la negociación como herramienta para el desarrollo de esas formas persuasivas de obtención del reparto no se incluyó dentro del ámbito de estudio sino que, como anticipábamos, se consideraba algo metajurídico y ajeno al entorno procesal. En este sentido nuestra anterior referencia a la “dirección jurídica extrajudicial” que FERNÁNDEZ SERRANO<sup>111</sup> reclamaba con exclusividad para los abogados, aún reconociendo que “puede confundirse con otras actividades no propias de la abogacía” justificándolo porque “en

---

<sup>109</sup>ARAGONESES, *op. cit.* Nota al pie 39, pág. 64.

<sup>110</sup>*Ibid.* pág. 66.

<sup>111</sup>FERNÁNDEZ SERRANO, A., *La abogacía en España y en el mundo*, T. V. I, Ediciones LID, Madrid, 1955, pág. 371

las negociaciones puede ser necesaria la aplicación de la técnica del derecho”. Lo cierto es que la intervención de abogados en la práctica de los MASC implica añadir a la razonabilidad en la discusión un elemento de amenaza velada en torno a cuales sería las consecuencias para las partes de acudir a un método coactivo (proceso) para intentar solucionar la disputa, en cuanto que los abogados basaran su estrategia en una anticipación del eventual resultado partiendo de la prueba de los hechos a su alcance y de su interpretación del derecho aplicable<sup>112</sup>.

Sí que obtuvo la negociación el debido reconocimiento y desarrollo científico en las facultades de Derecho norteamericanos a partir del último tercio del siglo XX. De ahí que, habiéndonos olvidado de estudios como el de ARAGONESES, se haya cuestionado si esto es algo exportado de los países anglosajones e incluso ajeno a nosotros. Pero queda claro que “las negociaciones con o sin intervención de terceros no son la solución misma de la controversia, sino el medio de lograr una solución a base de convencimiento o transacción”<sup>113</sup>.

### 3. La paradoja del uso de la persuasión por imperativo legal

Reconocido el carácter ideal de las formas persuasivas frente a las coactivas como traslación de la idea de Justicia<sup>114</sup>, será interesante desarrollar el

---

<sup>112</sup>VAQUERO GARCÍA, A., “Los costes de la justicia en España, una evaluación desde la perspectiva económica”, *Diario La Ley*, No 8078, Sección Doctrina, 8 May. 2013, págs. 9 y 10, “Así en un sistema de «cuotas litis» es más probable que el abogado dedique menos tiempo al asunto y busque un arreglo extrajudicial, para reducir los costes del tiempo en que se debería incurrir si se va a juicio.”

<sup>113</sup>ARAGONESES P., *op. cit.*, Nota 44, pág. 68.

<sup>114</sup>Sobre la conversión de la mediación en un método de “justicia formal”, WOOLFROD, A., & RATNER, R.S., *Op. cit.*, pág. 117, “the informal-formal justice complex routinely combines seemingly contradictory informal and formal justice practices, so doing, it

concepto de ejemplaridad en el uso de medios para alcanzar soluciones a conflictos. Esto podría implicar su correspondiente traslación a un nuevo régimen en torno a la imposición de costas cuando se recurra a las formas coactivas, incluso en caso de vencimiento objetivo, si se ha desconocido el precedente ejemplar en la solución obligando a poner en marcha el costoso sistema de adjudicación, público o privado, que idealmente debiera estar reservado como “ultima ratio” a los “casos difíciles” para los que no existe un precedente ejemplar. Como escribió GOMÁ, “sólo admitir una universalidad ejemplar que asuma como presupuesto inicial que *todos somos ejemplos para todos*, que todo hombre es ejemplo para los demás y los demás lo son para él, porque el yo vive en una red de influencias mutuas a la que le es imposible hurtarse<sup>115</sup>”.

Esto no implica, no obstante, que el uso de las formas persuasivas se pueda o deba imponer a la fuerza. Sólo implica que la racionalización del uso de las formas coactivas implicará una labor de divulgación y promoción de las ventajas que derivan del uso de las formas persuasivas y que la actitud de los jueces al respecto condiciona el éxito o el fracaso. El Derecho a obtener la tutela de los tribunales en caso de conflicto no se puede, obviamente sustraer de los derechos del ciudadano; sin embargo, en un entorno judicial en el que la tutela efectiva no sólo se puede obtener mediante una decisión coactiva, rechazar acudir a esas vías alternativas o complementarias del sistema judicial para obtener una tutela efectiva de los derechos debiera poder ser sancionada, normalmente vía imposición de costas<sup>116</sup>.

La conveniencia de establecer el uso obligatorio de formas persuasivas

---

enables the maintenance and reproduction of a juridical field that privileges the interventions of legal professionals and extends the reach of neoliberal governmentality by enlisting informal empowerment of the tasks of individual responsibility.”

<sup>115</sup> GOMÁ, J, *Ejemplaridad Pública*, Taurus, Madrid, 2009, pág. 213.

<sup>116</sup> GÓMEZ RODRÍGUEZ, A., “Costas procesales”, en *Diario La Ley*, nº 8072, 29 Abr. 2013.

como requisito previo a acceder a las coactivas o<sup>117</sup> de facilitar su intento incluso estando pendiente el proceso, ha sido objeto de permanente discusión.

En su contra, (LESSONA, BENTHAM, GUASP por ejemplo), se aduce la contradicción con la naturaleza voluntaria de las formas persuasivas y que en la práctica termina convirtiéndose en una formalidad, además de que favorecen al poderoso en contra del pobre que por debilidad siempre está presto a conciliar.

En su favor, entre otras, razones de política pública de promoción del uso de las formas persuasivas<sup>118</sup>. ARAGONESES lo justifica en base a la superioridad de las formas persuasivas<sup>119</sup> y refiere el debate doctrinal históricamente producido. Este debate fue objeto de una viva polémica, lo que acredita con claridad el entronque en la cultura legal de Europa continental de los métodos alternativos de solución de conflictos con anterioridad al auge en los países anglosajones en el último tercio del siglo XX.

VOLTAIRE<sup>120</sup> ya a final del siglo XVIII, escribió a favor: “La mejor Ley, la costumbre más excelente, la más útil que he visto en toda mi vida, existe en Holanda. Cuando dos hombres quieren litigar, son obligados a presentarse primero al Tribunal de los Jueces de conciliación, llamados “Faiseurs de paix”. Si las partes van acompañadas de abogado y

---

<sup>117</sup> ARAGONESES, *op. cit.* nota 36, pág. 62.

<sup>118</sup> En este sentido 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 y las diversas normas que la desarrollan en los distintos países de la UE. En España la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

<sup>119</sup> *Vid. supra.* Nota 107.

<sup>120</sup> En una carta incluida en sus *Oeuvres Completes*, París 1852-1864, tit. V, pág. 497, citada por LESSONA en “Los deberes sociales del Derecho procesal civil”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1897, págs. 465 y ss.



procurador, se obliga a que estos se retiren del mismo modo que se quita la leña de un fuego que se quiere apagar. Los “Faiseurs de paix” dicen a las partes: “Sois unos locos al querer gastar vuestro dinero y haceros desgraciados mutuamente; vamos a arreglar vuestras contiendas sin que os cueste absolutamente nada.” Si el furor del embrollo es muy grande en los litigantes, se los cita para otro día, a fin de que, el tiempo dulcifique los síntomas de su enfermedad; después los jueces los mandan llamar por segunda y por tercera vez; si su locura es incurable, se les permite litigar, del mismo modo que se abandonan a un cirujano los miembros gangrenados para su amputación; entonces la Justicia cumple su misión”.

Y CALAMANDREI<sup>121</sup> mantuvo que se trata de “un complemento útil de la legalidad” que deber servir “para eliminar entre las partes “aquellos malentendidos y aquellos rozamientos que son, muy a menudo, la única causa del litigio. Y para estimular entre las partes el sentido de la solidaridad humana para inducirlas para encontrar por sí mismas la justa solución del conflicto antes de recurrir a la obra del Juez, que debe reservarse para los solos casos en los que haya verdaderamente un desacuerdo imposible de resolver con la recíproca comprensión y buena voluntad. La conciliación respeta de esta forma el sistema de legalidad, según el cual considera como normal y deseable que los mismos ciudadanos sepan entender por si solos el derecho que regula sus relaciones: la función conciliadora debe, pues, ayudar, a los particulares, no a prescindir del derecho, sino a encontrar por si solos el propio derecho”.

Al desarrollar la Directiva sobre mediación las distintas legislaciones europeas han establecido formulas creativas con la misma finalidad.

---

<sup>121</sup>*Instituciones de Derecho procesal civil*, trad. De Sentís Melendo, Buenos Aires, 1943, pág. 119. Citado por ARAGONESES, *op. cit.*, nota 36, pág. 63.

Hoy la opinión dominante es contraria a la conciliación obligatoria, principalmente porque cuando existió en la práctica se convirtió en una formalidad muy ineficaz. Desapareció de nuestra LEC con la reforma de 1984 y aunque se mantiene la regulación de la conciliación, es voluntaria. Parece que una actitud favorable al intento de acuerdo por las partes por parte del juez, tal y como se regula hoy en el art. 414 de nuestra LEC, produce mejores resultados. De hecho ha sido el instrumento más eficaz en el Derecho comparado<sup>122</sup>. No obstante, la reforma de la LEC debiera completarse concediendo a nuestros jueces una mayor discrecionalidad en la aplicación del criterio del vencimiento objetivo al decidir sobre la imposición de costas, entendiendo que la función judicial se extiende más allá de juzgar y ejecutar lo juzgado a obtener para el ciudadano una tutela judicial efectiva, que no siempre se consigue a través de una resolución judicial sobre el fondo del asunto<sup>123</sup>.

4. La persuasión a través de la función jurisdiccional: acceso a la Justicia y costas del proceso.

Los magistrados españoles Raquel Alaustrey, desde el juzgado de Primera Instancia nº52 de Barcelona y Luis Aurelio González, desde el nº 73 de Madrid, ambos primeros juzgados pilotos de mediación civil en el proyecto puesto en marcha por el CGPJ, tuvieron el mérito de abonar el camino seguido por muchos otros, con escasos medios y por encima de muchas dificultades, para lo que termine siendo la mediación civil y mercantil en

---

<sup>122</sup>Desarrollaremos esta idea más adelante, al hacer referencia a la reforma procesal civil en el Reino Unido (Reforma Woolf) y a las decisiones que consolidaron la doctrina en relación a las costas en los casos *Dunnett* y *Halsey*.

<sup>123</sup> Una tímida reforma al art. 395.1 LEC en relación a la imposición de costas y la mediación es la comentada por COLOMER HERNÁNDEZ, I., “Comentario a la Disposición Final Tercera”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

España.

Sin más instrumento que la antigua redacción del artículo 414 de la LEC<sup>124</sup> interpretaron que las leyes procesales les facultaban para indicar la conveniencia de que las partes acudieran a la audiencia previa para intentar llegar a un acuerdo amistoso, a suspender la audiencia previa dirigiendo a las partes a una sesión informativa y a informar a los letrados de las ventajas de acudir a métodos de autocomposición para resolver aquellos asuntos que, estudiados los autos, lo meritaban<sup>125</sup>.

Luis Aurelio GONZALEZ MARTIN, Magistrado-Juez en el Juzgado de Primera Instancia nº 73 de Madrid relata así la experiencia del proyecto piloto de mediación<sup>126</sup>:

---

<sup>124</sup> La redacción original del artículo 414 1. y 2 de la LEC tenía la siguiente redacción (el subrayado es nuestro),

"Artículo 414. Finalidad, momento procesal y sujetos intervinientes en la audiencia.

1. Una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvenición, o transcurridos los plazos correspondientes, el tribunal, dentro del tercer día, convocará a las partes a una audiencia, que habrá de celebrarse en el plazo de veinte días desde la convocatoria.

Esta audiencia se llevará a cabo, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, **para intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso**, examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba.

2. Las partes habrán de comparecer en la audiencia asistidas de abogado.

**Al efecto del intento de arreglo o transacción, cuando las partes no concurrieren personalmente sino a través de su procurador, habrán de otorgar a éste poder para renunciar, allanarse o transigir.** Si no concurrieren personalmente ni otorgaren aquel poder, se les tendrá por no comparecidos a la audiencia.

<sup>125</sup> En este sentido la visión expresada por el Presidente de la corte de casación de Bruselas, Ivan Verougstraete, es motivadora, "The Courts in Europe and elsewhere have the duty to allow individuals to have a day in court but they can provide alternatives which are more attractive to litigation and give to the citizen equivalent rights. Judges quite generally strongly believe that they should do more than resolve disputes. They have a burning desire to send signals to the community and to direct the parties on how to assume greater responsibility for their problems." Cfr. VEROUGSTRAETE, I., *Judges and Mediation*, en ASSOCIATION OF INTERNATIONAL ARBITRATION (ed.), *Op. cit.*, pág. 37.

<sup>126</sup> Cfr. GONZALEZ MARTÍN, L.A., "La mediación civil y mercantil, una necesidad y una obligación legal en el espacio de la Unión Europea.

“La mediación en los conflictos civiles y mercantiles resulta absolutamente necesaria y es urgente su regulación. Así las cosas, en el Juzgado de Primera Instancia no 73 de Madrid hemos llevado a cabo un «Proyecto Piloto de Mediación Civil Intrajudicial» que fue seleccionado por el Centro de Responsabilidad Social de la Abogacía del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, en la convocatoria de ayudas correspondiente al año 2008, con el fin de que se llevara a cabo con la colaboración del juzgado. El proyecto ha sido pionero en el ámbito civil como experiencia completa y organizada,, habiendo además merecido en 2011 uno de los «Premios a la Calidad de la Justicia» que concede el Consejo General del Poder Judicial en la modalidad de «Justicia más accesible» y dentro de la categoría «Órganos Judiciales».

Pues bien, el desarrollo del proyecto piloto ha puesto de manifiesto la viabilidad y pertinencia de la mediación en los conflictos civiles que afectan a materias propias de propiedad horizontal, arrendamientos rústicos y urbanos, reclamaciones de cantidad, responsabilidad extracontractual, accidentes de tráfico, responsabilidad civil profesional, partícipes de una comunidad de bienes, conflictos sucesorios, división de cosa común, etc. Igualmente, son apreciables las posibilidades de la mediación en las disputas de índole mercantil (relaciones societarias, contrato de transporte, concurso de acreedores, propiedad industrial e intelectual, etc.).

---

La importancia de la figura del profesional de la mediación.”, en *Revista de Mediación*, Año 5, nº 9. Primer semestre 2012, págs. 7 y 8. Otro testimonio interesante de la aplicación de un programa de mediación intrajudicial lo podemos encontrar en RUIZ GARCÍA, M.J., “El encaje de la mediación en los procedimientos declarativos conforme a la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en *Diario La Ley*, nº 8133, 24 Jul. 201, en relación con el convenio firmado entre el Decanto de los juzgados de Huelva y el Ilustre Colegio de Abogados de Huelva. págs. 7 y 8.

De las consecuencias prácticas del proyecto piloto he de destacar la importancia de la labor del juez o magistrado a la hora de determinar los asuntos que se han de derivar a mediación. Es un momento trascendental, ya que de una buena elección de los litigios que han de acudir a mediación dependerá mucho la efectividad del desarrollo del proceso. Será preciso elaborar protocolos con criterios de evaluación temprana que faciliten al juzgador la elección del asunto que es mediable, diferenciándolo de aquel que no lo ha de ser en ningún caso. En fases avanzadas del procedimiento la derivación intrajudicial no plantea problema, ya que el juzgador tiene pleno conocimiento de las actuaciones. No obstante, una de las últimas reformas de la LEC ha encomendado la función de admisión de las demandas al Secretario Judicial, por lo que el asunto llega al Juez cuando ya se ha señalado vista para el juicio o para la comparecencia de la audiencia previa y se puede perder un tiempo precioso para efectuar la derivación.

Este problema de índole procesal va a hacer que sea inevitable que el Secretario Judicial y los funcionarios estén formados (o, al menos, informados) sobre las características del procedimiento de mediación intrajudicial, siendo preciso que se trabaje verdaderamente en equipo y, de esa forma, se dé cuenta al juzgador con prontitud de los asuntos en los que haya que decidir si se va o no a derivar a mediación.

En el proyecto piloto que hemos desarrollado en el Juzgado de Primera Instancia no 73, se llevó a cabo una labor previa de formación básica sobre los fundamentos de la mediación con la Secretaria Judicial y con los funcionarios y funcionarias. No solo se les informó sobre el concepto de mediación y las técnicas que se utilizan, sino que también se les motivó para que comprendieran la importancia de las soluciones alternativas para la resolución de los

conflictos. Los resultados fueron excelentes, ya que la mediación fue comprendida y aceptada por todos cuantos trabajan en el juzgado, que además terminaron siendo plenamente conscientes de las ventajas que la misma tiene para los justiciables. De esta forma y desde el principio, se trabajó en equipo y encontré siempre una completa colaboración de toda la oficina judicial.

Por otro lado, desde el primer momento en el que se comenzó a llevar a cabo el proyecto piloto, una de mis preocupaciones era cómo iba a ser acogido por los ciudadanos el hecho de que, aparte de las citaciones propias del proceso, fuera convocado para asistir a una sesión informativa, previa a la aceptación voluntaria de la mediación. Pues bien, mi sorpresa fue enorme cuando observé que los usuarios de la justicia que acudían a la sesión informativa, no solo no se mostraban incómodos o molestos, sino que lo agradecían (aceptaran o no la mediación) y eran elogiosos con la posibilidad que se les había ofrecido, poniéndolo así de manifiesto en los cuestionarios de satisfacción.

Igualmente comprobé que las derivaciones efectuadas a mediación fueron muy bien entendidas y acogidas por los operadores jurídicos, especialmente abogados y procuradores, que no pusieron pega alguna de índole procesal para que se materializara la posibilidad de que los ciudadanos optasen voluntariamente por acudir a las sesiones de mediación.

Asimismo, otra de las conclusiones que he podido evidenciar tras haber llevado a cabo el proyecto piloto ha sido que, desde el punto de vista de la Administración de Justicia, los beneficios que reporta la mediación Intrajudicial son muy destacables, tanto en lo que se refiere a la gestión de la oficina judicial, como en la notable

reducción de los costes económicos, redundando todo ello en una mejor y más eficaz asignación de los recursos”.

Todo esto pasaba por tener un convencimiento íntimo de que el modelo de Juez que deriva de nuestra Constitución no se agota en el art. 117 CE y que, como decíamos, no se limita su función a juzgar y ejecutar lo juzgado, sino que el Juez es principalmente un "Juez del 24"<sup>127</sup>, como anticipa la Magistrada Raquel Alastrey del artículo 24 de nuestra CE y que en beneficio del ciudadano le obliga a procurar que tenga acceso real a la más eficiente de las tutelas judiciales y esto abarca promover (no, coaccionar) que las partes intenten obtener soluciones negociadas de los conflictos. Como escribió Josep REDORTA: “El paradigma de la sentencia judicial como camino exclusivo y que pone fin a un proceso de solución de conflicto, está actualmente en crisis”<sup>128</sup>.

Nuestra LEC deja poco margen de interpretación en materia de imposición de costas. Aunque se han dado ciertos pasos tanto en los Juzgados de Madrid<sup>129</sup> como de Barcelona<sup>130</sup>, queda una reforma pendiente, decíamos,

---

<sup>127</sup> Expresión que suele utilizar en sus intervenciones orales la Magistrada Raquel Alastrey Gracia para condensar la idea del Juez que procura una tutela judicial efectiva a los ciudadanos, más allá del mero cometido de juzgar.

<sup>128</sup> Cfr. REDORTA, J., “La Justicia del Futuro” en *Courts and Mediation. New Paths for Justice*, European Press Academic Publishing, Florencia, 2011, pág. 1.

<sup>129</sup> La Sentencia 0082/2014 de 24 de abril de 2014 del Juzgado de Primera Instancia nº73 de Madrid, lo razona de la siguiente forma,

NOVENO.- las costas procesales han de ser impuestas a la parte cuyas pretensiones hubiesen sido totalmente rechazadas (artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000).

Ahora bien, la prueba practicada en autos nos permite llegar a la conclusión de que la demandante y el demandante, están actuando con una absoluta mala fe, intentando con esa manera de actuar perjudicar a la demandada.

El artículo 7 del Código Civil abunda en el sentido de que los derechos deberán

---

ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

Pues bien, desde el Derecho Romano sabemos que se viene exigiendo, en las más diversas instituciones, un contenido ético en el obrar humano en el campo jurídico y especialmente se alude a la buena fe en las actuaciones procesales.

Efectivamente, el legislador acentúa la exigencia de la buena fe en distintos campos jurídicos. Este principio rector tanto en sentido objetivo, como en sentido subjetivo, tiene una común referencia a los aspectos éticos de la vida jurídica, se trata de una exigencia de carácter básico o general exigible en todos los derechos, por lo que hay que precisarla a través de la labor interpretativa de la doctrina científica y de la jurisprudencia.

En este sentido, volvemos a reiterar que en el caso que nos ocupa aparece nítidamente configurada la mala fe en el obrar de ambos demandantes quienes, conocedores sobradamente de la improcedencia de su reclamación por las reiteradas quejas de la demandada, mantuvieron su demanda a pesar de las posibilidades para llegar a un acuerdo.

Pero es que, además, nos encontramos con que a las partes se les ofreció la posibilidad de solucionar pacíficamente su conflicto, en aras de las indicaciones de las normas comunitarias y también de otras normas ya vigentes en nuestro país. Asimismo, en la audiencia previa y en el acto del juicio, el juzgador exhortó a las partes a conciliación, como establece la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pues bien, mientras que la demandada, aun cuando estaba insatisfecha por el servicio recibido por parte de los actores, planteó un posible acuerdo llegando a ofrecer una determinada cantidad a los demandantes, estos se mantuvieron contumaces en su reclamación y no se mostraron propicios a la transacción, lo que motivó la posterior celebración de juicio con el resultado antes detallado.

Igualmente, nos encontramos con que a las partes se les ofreció la posibilidad de solucionar pacíficamente su conflicto, en aras de las indicaciones de la Ley de Mediación Civil y Mercantil, vigente en nuestro país, de la Ley de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid, de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil y de las normas del derecho comunitario europeo al respecto. Al hilo de lo expuesto, en la audiencia previa el tribunal les instó a que acudieran a una sesión informativa de mediación, señalándose por providencias las características de la actuación procesal. Pues bien, la institución de mediación ha certificado que citó a ambas partes a la sesión informativa y que solo acudió la demandada, sin que lo hicieran los demandantes, sin justa causa alguna.

Entendemos que una postura como la demostrada por la demandante y por el demandante, quienes reiteradamente hacen caso omiso al ofrecimiento de resolución pacífica del conflicto y no atienden las indicaciones del juzgador, quien valoró la derivación a mediación habida cuenta el objeto del pleito y las partes en conflicto, es claramente contraria a los principios de la buena fe.

Es, por todo ello, que se le han de imponer las costas solidariamente a la parte actora, de quien se ha de hacer expresa declaración de mala fe y temeridad”.

<sup>130</sup> La resolución pionera en imponer las costas más allá del criterio objetivo de vencimiento fue la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 22 de Barcelona, en el procedimiento ordinario 779/07. Se trataba de una reclamación de la Organización de



que dé a los jueces confianza al resolver como ha ocurrido en el Derecho comparado, donde el “Juez del 24” parece haber tenido más apoyos.

El modelo que ha operado una muy eficiente racionalización en el acceso a la tutela judicial efectiva ha sido, como anticipábamos, el que recurre a la discrecionalidad judicial para sancionar vía costas a la parte que rechaza intentar acudir a formas persuasivas para solucionar los conflictos o que intentándolo mantiene una postura irrazonable en su desarrollo.

---

Consumidores y Usuarios (OCU) contra Red Eléctrica de España (REE) y Endesa, por los daños y perjuicios causados a los consumidores que se derivaron del corte de suministro eléctrico que sufrió Barcelona a raíz del incendio de una subestación eléctrica. En la audiencia previa Endesa reconoció su responsabilidad y se comprometió a indemnizar a los perjudicados en unas cantidades determinadas. La OCU rechazó la oferta por entender que estaba muy alejada de su reclamación. La indemnización fijada en la sentencia coincidió exactamente con las cantidades ofrecidas por Endesa en la audiencia previa. Por este motivo el pronunciamiento sobre costas se matizó condenando a la actora al pago de las costas de Endesa a partir de la audiencia previa. Este pronunciamiento fue revocado en apelación por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sentencia 527/2010 de 21 de octubre) que consideró que la redacción del artículo 394.2 LEC solo permite obviar el principio de vencimiento objetivo en el caso de apreciarse temeridad en alguno de los litigantes –lo que en el caso concreto no apreció la Sala–.

Por su parte el Juzgado de Primera Instancia nº 52 de Barcelona, ha dictado diversas resoluciones abriendo pieza separada para imponer multas por abuso del proceso. En el Auto de 26 de enero de 2015 justifica su posición del siguiente modo:

“QUINTO.- Según estudios publicados por el Consejo General del Poder Judicial (vid. S. Pastor. ¿Penuria de medios? Un análisis empírico de los costes públicos y privados visibles y ocultos de la Justicia. Cuadernos de Derecho Judicial VI/2008, pág. 47) el coste social, es decir, lo que soportan todos los contribuyentes por poner en marcha la maquinaria judicial, de un proceso verbal en el año 2000, era de 2.610 € Catorce años después con toda seguridad será mayor.

Que las compañías mantengan litigios por determinadas consecuencias derivadas de accidentes de tráfico de escasísima cuantía, cuando el accidente en sí mismo ni se cuestiona, constituye cuando menos un abuso del proceso determinante de un daño para los intereses generales que puede dar lugar a responsabilidad conforme al art. 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues tienen a su alcance otros métodos de realizar el valor de lo justo en cada caso concreto, mucho más barato, mucho más rápido y menos gravoso para las arcas públicas, como puede ser la mediación, cuyo uso ni siquiera lo intentan.

De conformidad con dicho precepto procede abrir pieza separada con testimonio de esta resolución, a fin de darle audiencia a XXX previo a resolver sobre la imposición de multa”.

Sobre sanciones impuestas a los letrados de la parte apelante por interponer un recurso de apelación “con frivolidad”, cfr. la sentencia dictada por un juzgado federal de distrito en el asunto *DigiTelCom Ltd v Tele2 Sverige AB*, 12 Civ 3082, at \*1 (SDNY July 25 2012) y también en el asunto *DMA International, Inc, v Qwest*.

Partiendo del desarrollo que ARAGONESES hacía de las formas persuasivas de solucionar conflictos podemos llegar hasta una judicatura “del 24” más cercana quizá al mandato constitucional de promoción de la justicia<sup>131</sup>. “Juez del 24” que entiende las formas persuasivas no como una forma alternativa de solucionar los conflictos, y por tanto ajena a su función, sino como complementaria de sus facultades de juzgar y ejecutar y que le obliga a una activa promoción de la tutela judicial efectiva, incluso sancionando vía costas. Implica entender que el ciudadano sólo ha de acudir al “Juez del 24” para que ejerza su exclusiva función del “117” como “última ratio”, en casos excepcionales<sup>132</sup>, sin precedente ejemplar.

Merece la pena reproducir el planteamiento y síntesis de criterios que plantea REDORTA bajo el título “La desjudicialización”<sup>133</sup>, con el que coincidimos:

“Planteamos que el acceso a la justicia por los ciudadanos debe ser visto como el derecho al acceso a los medios apropiados de resolución de conflictos en función de las circunstancias del caso. Esto supone la generación de una cultura de resolución de conflictos menos vinculada exclusivamente al litigio y esta función corresponde a los poderes públicos.

---

<sup>131</sup>ALASTRUEY, R., “La Mediación ante la ejecución Hipotecaria, una oportunidad para la dignidad, un ejercicio de responsabilidad social”, en *El Notario del siglo XXI*, noviembre/diciembre 2012, págs. 14, “Siendo Juez que entiendo mi función desde la perspectiva del artículo 24 de la Constitución Española, que debo tutelar los intereses legítimos de todos (deudores y acreedores) y no como mera aplicadora ciega de la ley escrita y estricta, (...) abogo desde aquí porque todos recuperemos la responsabilidad social que nos corresponde y sepamos hallar los caminos para las mejores soluciones posibles.”

<sup>132</sup> En este sentido REDORTA en “La Justicia del Futuro”, *cit.*, pág. 7.

<sup>133</sup> *Ibid.*, págs. 5 y 6.

A título indicativo y en lo que a la mediación con técnica standard se refiere, podemos indicar que las soluciones extrajudiciales, en general, tienden a ser más eficaces en supuestos de este tipo:

- a) La comunicación entre las partes es pobre.
- b) Las relaciones entre las partes son constantes.
- c) Hay necesidad de desahogar sentimientos.
- d) Conexión de una disputa con otra
- e) Múltiples partes en conflicto
- f) Complejidad tecnológica del problema de fondo
- g) Valoración de la privacidad
- h) Necesidad de rapidez en la resolución y cooperación de las partes
- i) Minimización de gastos
- j) Pequeñas reclamaciones

Mientras, que en otros supuestos, lo más indicado es una solución judicial. Por ejemplo:

- a) Supuestos de discriminación
- b) Supuestos de derecho necesario
- c) Defensa de principios o creencias importantes
- d) Necesidad de sentar precedentes.
- e) Maximizar o minimizar la reparación económica
- f) Vindicación
- g) Opinión neutral y pública
- h) Diferente perspectiva del Derecho
- i) Presión de términos legales

Si esto es de esta manera, se hace necesaria una política que articule el sistema en base a los objetivos generales de eficacia y

satisfacciones de los intereses de la ciudadanía y la sociedad. Esto supone una visión más amplia que la exclusiva del derecho. Supone estudios multidisciplinares y un importante ajuste del sistema.”

Esto conllevaría no sólo optimizar la utilización eficiente de recursos públicos, muy costosos, sino principalmente una mayor calidad en las resoluciones judiciales y una mayor satisfacción del ciudadano con la efectividad de la tutela judicial otorgada<sup>134</sup>.

Para llegar desde allá hasta aquí, quizá convenga contrastar nuestro entendimiento cultural de la mediación con el de otros sistemas jurídicos y su evolución.

## 5. Modelos y razones: Estudio comparado

Nuestro entorno es el de conflictos empresariales que se suscitan en una aldea global en la que conviven distintos sistemas jurídicos. Conflictos que surgen de relaciones entre empresas que operan internacionalmente y que necesariamente contienen elementos extranjeros respecto de un sistema legal concreto. Asumimos, por ser una obviedad, que en todas las culturas han existido formas de solucionar basadas en el diálogo y no en la imposición de un tercero y que los MASC son capaces de traspasar las limitaciones de los sistemas legales nacionales al abordar transnacionalmente la solución de un conflicto. En este contexto quizá sea útil comprender, más allá del desarrollo histórico o heurístico de los MASC

---

<sup>134</sup> “Unresolved conflicts are costly to any society, whether they be social conflicts that arise from inequality and empire; economic conflicts that arise from scarcity and a hierarchical division of labor; or political conflicts arising from autocracy, graft and the corruption of elites. Mediation, dialogue and conflict resolution systems design offer ways of discussing, addressing, and resolving all of these.”, cfr. CLOKE, K. “Conflict and Movements for Social Change, The Politics of Mediation and the Mediation of Politics”, en *Mediate.com*, July 2013, <http://www.mediate.com/articles/ClokeK16.cfm>,

en las distintas culturas, el fundamento, la naturaleza y función que los MASC han jugado en distintos sistemas jurídicos y sus características propias.

Estamos de acuerdo con PERCAZ FOUR-COME<sup>135</sup> en que la mayor parte de los actos por comisión que motivan conflictos interpersonales, no son en sí mismos cuestionables, sino que se revisten de falta o inconveniencia, de acuerdo con los códigos de las personas que los catalogan. Por tanto, según las atribuciones que le demos, la misma acción puede ser punible o no; encomiable o no serlo. O incluso resultar indiferente.

La revisión de usos y costumbres en culturas diversas y en diferentes épocas de una misma sociedad (inclusive en diferentes clases y grupos de una misma sociedad) nos muestra que un mismo acto tiene una lectura e interpretación diferente en relación con los ojos del observador. Los seres humanos dotamos de sentido a nuestro entorno y un mismo acto se reviste de significados diferentes detrás de esas líneas mentales llamadas fronteras. Por ello, cada sociedad cuenta con modelos diferentes para la solución de conflictos.

Los diferentes modelos responden, a nuestro entender, a diferentes justificaciones de los MASC en diferentes culturas que casi se corresponden con ámbitos geográficos, de desarrollo económico o de áreas de influencia cultural, asumiendo las limitaciones con las que en la sociedad de la información y en un mundo globalizado hemos de valorar estos criterios<sup>136</sup>.

---

<sup>135</sup> PERCAZ FOUR-POME, M., “El poder de la disculpa sincera”, en *Revista de Mediación*. Año 1. Nº 1. Marzo 2008, pág. 33.

<sup>136</sup> POOLE, C., “The Importance of Culture in Conflict Resolution”, en *Mediate.com*, october 2013. <http://www.mediate.com/articles/PooleCbl20131025.cfm>, Confirma la relación entre cultura y comunicación verbal en la mediación., “One of the key aspects of culture is non-verbal communication and the role it plays in conflict resolution.”

En cada cultura los MASC han tenido un desarrollo histórico coherente con su propia justificación y mantienen hoy sus características propias, sin perjuicio de haber confluído en el contexto de las relaciones comerciales internacionales y por la globalización jurídica, hacía un modelo anglosajón dominante. No obstante, su aplicación práctica habrá de ser necesariamente respetuoso con las raíces culturales del entorno donde se aplique<sup>137</sup>.

En definitiva, si los MASC se pueden utilizar para solucionar conflictos surgidos en el ámbito de distintas culturas legales, habría que intentar que su utilización respetase y conciliase aquellos fundamentos idiosincráticos de la utilización de la palabra como vía de solución en distintos contextos legales<sup>138</sup>. En la práctica puede tratarse de diferencias de enfoque que pueden obstaculizar su utilización o su eficacia.

Con las limitaciones de cualquier categorización y al sólo objeto de sintetizar ciertas pautas que nos permitan mejorar un enfoque multicultural de la mediación empresarial internacional, centramos nuestro análisis diferenciando dos modelos que coexisten hoy: modelo comunitario y modelo comercial. Responden a fundamentos de armonía social y de interés, respectivamente (decir que a Oriente y Occidente, sería simplificar demasiado). El comercial coincide con el modelo que conocemos y que venimos desarrollando. Sin embargo, puede resultar útil describir algunos aspectos del comunitario para extractar algunas consideraciones útiles para mejorar nuestro propio modelo, más que analizar ambos comparadamente.

---

<sup>137</sup> Sobre choques interculturales, COHEN S.P. y ALTIMIRA, R., *Claves de negociación...con el corazón y la mente*, McGraw Hill e Instituto Empresa, Madrid, 2003, págs. 119-130 (Capit 9. “La globalización empieza en casa, problemas interculturales”). Sobre diferencias culturales en el entendimiento del lenguaje verbal, cfr. “Cultural Differences”, en PEASE, A. y PEASE, B., *The definitive Book of Body Language*, Penguin, London, 2004, págs. 107-124.

<sup>138</sup> OREJUDO, A. *Un Momento de Descanso*, Tusquets, Barcelona, 2011, pág. 87, “Los americanos confían ciegamente en el poder curativo de la palabra y sienten por la sinceridad un respeto sacramental”.

## 6. Moral social para la armonía (o el control)

En el modelo comunitario, el uso de la mediación mantiene la cohesión social en los diferentes niveles de la comunidad al reforzar el mediador los principios de una moral común. La mediación en China, parte del Sudeste asiático (India, Bangladesh, Nepal y Pakistán) y el Islam, se encuadran en este modelo.

La tradición oriental deposita poca confianza en el derecho como instrumento para asegurar el orden social y la justicia. Las leyes representan allí modelos de conducta más que normas imperativas, lo que responde a un viejo brocardo chino: “para los barbaros el derecho, para nosotros la ética y el buen gusto.”<sup>139</sup>

En China la mediación ha sido en los dos últimos milenios y hasta hoy el método generalmente utilizado para solucionar conflictos<sup>140</sup>; de hecho hasta 1911 no existieron jueces profesionales. El recurso a los tribunales es testimonial, como sigue siendo el número de abogados en relación al

---

<sup>139</sup>VILALTA, A.E., "Un excursus previo, el estudio comparado de la mediación", en *op. cit.*, pág. 35.

<sup>140</sup> Escuché a alguien afirmar en una reunión profesional que “Chinese they know when they are wrong and you simply need then to give you something back in stead. Yo don't fight in China. If you fight you will loose; you need and advocate. You negotiate.”. La primera referencia a la mediación en la literatura china sitúa el origen dos milenios antes de Cristo, en referencia al Emperador Shuen que se mezcló con su pueblo para comprender mejor su modo de vida y la manera en la que surgían las disputas como medio para ofrecer soluciones adecuadas. Cfr. sobre el origen y desarrollo histórico de la mediación en China, PEI, CAO, “The Origins Of Mediation In Traditional China”, *Dispute Resolution Journal*, May 99, Vol. 54 Issue 2, pág. 32. En relación al desarrollo de la mediación en China y su situación en la actualidad, cfr. LI, MINGQUAN & BILLIET, P. “The Evolution of Mediation in China”, *Op. cit.*, págs. 67-73.

número de mediadores<sup>141</sup>.

El recurso a la mediación surge como respuesta a un sistema inflexible que impedía adaptar la solución legal a las particularidades del caso, el “Legalismo”, que rigió en China desde la Dinastía Qin (221-07 a.C). El Legalismo derivó en una desconfianza del ciudadano frente a las instituciones y en la necesidad, singularmente palpable en un país tan vasto, de buscar soluciones locales y no estatales<sup>142</sup>.

El Confucionismo<sup>143</sup>, como modelo de creencia dominante, y muy posteriormente el Maoísmo, desarrollaron y mantuvieron un sistema de mediación de conflictos basado en la enseñanza moral como criterio de mantenimiento armónico de las relaciones interpersonales. El litigio se ve como un fracaso que altera las relaciones familiares y comunitarias y la armonía social. Si los ciudadanos se conducen éticamente el litigio no existiría y la instrucción moral era una responsabilidad de los gobernantes. El litigio daña la reputación del individuo, de la comunidad y del

---

<sup>141</sup>En relación a la falta de desarrollo de los métodos híbridos en países en los que la mediación ha sido el método más habitualmente utilizado, como en los países del sudeste de Asia, en concreto Vietnam. cfr. NET L., “Mediation and arbitration – bringing the best of both worlds together”, en *ILO Litigation*, abril 2015, “East and Southeast Asian countries have traditionally been mediation nations, as maintaining harmony and reconciling differences are entrenched in their culture. Vietnam is no exception; as such, it is almost an anomaly that the med-arb and arb-med models have failed to take off.”

[http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Detail.aspx?g=bce376e4-c289-4131-8df8-0b52567353f4&utm\\_source=ILO+Newsletter&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=Arbitration+%26+ADR+Newsletter&utm\\_content=Newsletter+2015-04-23](http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Detail.aspx?g=bce376e4-c289-4131-8df8-0b52567353f4&utm_source=ILO+Newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=Arbitration+%26+ADR+Newsletter&utm_content=Newsletter+2015-04-23)

<sup>142</sup> CHINA DAILY, May 29, 1999, disponible en <http://www.chinadaily.com.cn/ncndydb199905d2-2nota.e28html>. CLARK, C., *The Philosophical Underpinning and General Workings of Chinese Mediation Systems, What Lessons Can American Mediators Learn?*, pág. 119. 2 Pepp. Disp. Resol. L.J. (2001) disponible en <http://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol2/iss1/5>

<sup>143</sup> El árbitro y mediador norteamericano PETER PHILLIPS, F., en *Commercial Mediation in China, The Challenge of Shifting Paradigms* (en su blog, <http://www.businessconflictmanagement.com/index.html>) realiza una interesante comparación entre el modelo norteamericano y chino de mediación, resumiendo algunas ideas del Confucionismo en contraste con las ideas de FISHER.



gobernante. Por este motivo se establecen distintas barreras para evitar que el conflicto devenga litigioso, de modo que inicialmente se intenta solucionar el asunto privadamente dentro de la familia, el clan o la comunidad. Si no se logra un acuerdo un funcionario estudiaría el asunto y lo devolvería al jefe local para intentar mediar un acuerdo, sólo si no se alcanzase decidiría la cuestión.

La mediación del Confucionismo y del Maoísmo tienen en común<sup>144</sup> la ausencia de protección de los derechos individuales en aras de los derechos de la comunidad y difieren en el nombramiento de mediadores estatales (Comités de Mediación), y no por la comunidad, obra del Maoísmo (de hecho, los Comités de Mediación cumplían una función de control social. Las reformas políticas operadas en las últimas décadas han devuelto a las comunidades el nombramiento de los mediadores).

La mediación, principalmente, sigue un patrón de presentación de posiciones por las partes, re-enfoque de los hechos por el mediador y de posteriores sesiones privadas<sup>145</sup>. El mediador en China refuerza los conceptos de moral social, una vez alcanzado el acuerdo, a través del recurso a la autocrítica y reflexión por las partes sobre las razones que dieron lugar a la disputa. La autoridad y poder del mediador en este modelo distan mucho del que conocemos en Occidente y nos debiera hacer repensar sobre este concepto como vienen indicando algunos autores.<sup>146</sup> Dado el desvalor social o deshonor que se asocia al conflicto, “salvar la cara” es una

---

<sup>144</sup> CLARK, K.C., *cit.*, pág. 126.

<sup>145</sup> *Ibid*, pág. 132.

<sup>146</sup> LAW, Siew-Fang, “The Construct of Neutrality and Impartiality in Chinese mediation”, en *Australasian Dispute Resolution Journal*, vol. 22, nº 118, 2011, desarrolla este concepto; disponible en [http://www.academia.edu/699315/The\\_Construct\\_of\\_Neutrality\\_and\\_Impartiality\\_in\\_Chinese\\_Mediation](http://www.academia.edu/699315/The_Construct_of_Neutrality_and_Impartiality_in_Chinese_Mediation)

herramienta muy utilizada por los mediadores en China<sup>147</sup>.

En paralelo, en India, los “Panchayat” o “asambleas de cinco” han sido el modo de gobierno tradicional y el recurso a ellos o a los ancianos la forma tradicional de solucionar conflictos en la India rural; las primeras referencias datan del año 500 a.C. Muy enraizados en la cultura de ciertas áreas del sudeste asiático (India, Pakistán, Bangladesh y Nepal) perviven adaptados a las nuevas necesidades políticas y de gestión.

El recurso a la comunidad, por el apoderamiento de los “panchayat”, dota de gran eficacia social al sistema<sup>148</sup>. Un estudio realizado en la universidad de Missouri<sup>149</sup> por WALL, ARUNACHAN Y CALLISTER compara el sistema hindú y norteamericano de mediación e incluye una muy interesante relación de técnicas de mediación utilizadas por los “panchayat”, reflejo de su poder y prestigio en la comunidad y que nos obligan, en Occidente, a repensar nuestro concepto de neutralidad, que quizá no deba ser tan aséptico como se ha venido manteniendo; de hecho se está cuestionando la formación recibida por los mediadores hasta ahora sobre este aspecto.

La práctica de GANDHI, que ejerció como abogado durante 20 años, trasladó estos enfoques de la mediación, coherente con su formación

---

<sup>147</sup> Cfr., NG, J., “The four faces of face” en *Mediate.com*, May 2008; disponible en [http://www.mediate.com/articles/the\\_four\\_faces\\_of\\_face.cfm](http://www.mediate.com/articles/the_four_faces_of_face.cfm), donde realiza una revisión de las ideas recogidas por TING-TOOMEY, S., en “Intercultural Conflict Styles, A Face Negotiation Theory, KIM, Y.Y. Y GUDYKUNST, W.B. (ed.), *Theories in Intercultural Communication*, Beverly Hills, CA, Sage, 1988, pág. 213-235.

<sup>148</sup> TIONG TAN, N, “Cultural Conflict and Conflict Resolution” en HEALY, L.M. Y LINK, R.J. (ed.), *Handbook of International Social Work*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pág. 131.

<sup>149</sup> WALL, J.A.; ARUNACHALAM, V. y CALLISTER, R., *Indian and U.S. Community Mediation*. 16th Annual IACM Conference Melbourne, Australia. Disponible en SSRN, <http://ssrn.com/abstract=398160> o en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.398160> (cfr. págs 22-24).

espiritual, a su modo de ejercer la profesión como describió en su autobiografía<sup>150</sup>: “Comprendí que la verdadera función de un abogado era unir a las partes en desacuerdo”.

Del mismo modo en los países islámicos la mediación tiene profundas raíces que anteceden al Islam. Como razona KEMICHA<sup>151</sup> El recurso a la mediación era la forma habitual de resolver los conflictos en un contexto tribal e inter-tribal. La *Sharia* vino a reforzar esto acudiendo en distintos versículos a conceptos religiosos de armonía y paz como hizo el Confucionismo en China. Esta práctica incluso ha trascendido a la forma de resolver los conflictos surgidos entre los países árabes. Se diferencia la mediación como proceso (*Al Wasata*) de la conciliación como acuerdo (*Sohl*). Del mismo modo, en el arbitraje (*Al Tahkim*) se presume en el árbitro el intento de alcanzar una solución convenida.

Por otro lado, también en la cultura y en la historia occidental encontramos ejemplos de mediaciones, realizadas muchas de ellas por sacerdotes o prelados que por su presumible talante de hombres de paz y por la autoridad moral que se les suele conceder, fueron desde los comienzos de la historia mediadores por excelencia. En ocasiones eran los propios reyes o emperadores los que intentaban actuar como el “hombre de paz”<sup>152</sup>. Un par de ejemplos son la mediación realizada en 1648 entre Austria y Francia por

---

<sup>150</sup> GHANDI, M., *Mis experiencias con la verdad* vol. II. Capt XV (“Preparativos para el pleito”), Ed. Eyras, Madrid, 1955.

<sup>151</sup> KEMICHA, F, “The Approach to Mediation in the Arab World” en Conference on Mediation, March 29, 1996, Geneva, Switzerland, recuperado de <http://www.wipo.int/amc/en/events/conferences/1996/kemicha.html>

<sup>152</sup> MUÑOZ FERNÁNDEZ, A., "La mediación femenina como forma de acción política. Tiempos, contextos y transformaciones de un rol político (Castilla, siglos XIV-XV)", *E-Spania*, 15 de febrero de 2015, recuperado en <http://e-spania.revues.org/24146>, “Pocas veces vemos involucradas a las mujeres en los discursos o en las retóricas de la paz. Sin embargo, se comprueba una y otra vez que fueron piezas imprescindibles en los mecanismos que construían una paz, como parte necesaria en un marco estructural de alianzas políticas fundadas en la alianza matrimonial.

el Papa Inocencio X o la gestionada en 1866 entre Austria y Prusia por Napoleón III.

Es también llamativo el papel de las mujeres en la mediación política<sup>153</sup>. Las modalidades de la acción mediadora que pusieron en juego las mujeres de la realeza tiene mucho que ver con las técnicas modernas de mediación, ya que incorporan el ruego, el lenguaje de los afectos y, si la ocasión lo requería, el recurso de la intercesión, pero también el hábil manejo de las reglas del débito entre parientes, los usos retóricos de la amonestación, el análisis y la evaluación política<sup>154</sup>.

Las antiguas civilizaciones han tenido mediadores o figuras similares no basadas en el poder político reconocido, sino en otros argumentos que

---

<sup>153</sup>MUÑOZ FERNÁNDEZ, A., *cit.* “Entre la docena de mujeres entraron a formar parte de la categoría de las santas reinas, un grupo hagiográfico que aglutina figuras de espacios y tiempos distantes que discurren entre los siglos VI y XIII, ya se deja ver la asociación mujeres y paz. A Adelaida, la reina otónida que entró en ese lugar de la memoria social que constituye la santidad reconocida, sus hagiógrafos la encomiaron por ser *semper pacis amica*. Como ella, Batilde, Hedwige, Radegunda o Isabel de Portugal también se significaron por su talante pacificador. Del estudio de esta casuística emergía una modalidad de acción ejercida por mujeres que se hallaban vinculadas a los círculos del poder monárquico, a la que cabía otorgar el rango de “política”. La hipótesis se reforzaba a medida que se constataba que el talante pacificador de estas reinas era algo más que una *virtus* hagiográfica estereotipada, pues se refrendaba en el campo de la práctica por una amplia documentación. Así, Isabel de Portugal, la única figura hispana recogida en el grupo de las santas reinas, como Adelaida, se destacó por su intensa actividad mediadora en planos de conflictividad frecuentemente registrados en las sociedades políticas del Medievo. No sólo intervino en el enfrentamiento que enemistó a su marido don Dionis con su hijo, también lo hizo en los que se dirimieron entre el rey y los nobles del reino portugués y, ampliando el círculo territorial, en otros surgidos en el tablero político de los reinos ibéricos, con cuyos monarcas tenía lazos de parentesco. La obra de Mercedes Gaibrois sobre María de Molina nos ponía ante la pista de una reina regente que también trabajaba con la herramienta de la concordia como forma de gobernabilidad. Otra reina negociadora que afloraba en los contextos políticos de la Edad Media Central.”

<sup>154</sup>*Ibid.* párr. 30., “Las prácticas de mediación femenina comentadas en este trabajo se hacen visibles en unos sistemas políticos inestables, que estuvieron surcados de episodios conflictivos enraizados en el pulso que sostiene la alta nobleza con una monarquía en proceso de afirmación institucional. Estas prácticas, no lo olvidemos, se sustentaron en realidades operacionales como la autoridad, la influencia, el vínculo de proximidad y el ascendiente de las mujeres, madres, esposas, hermanas e hijas en unas sociedades políticas que tenían en la familia y el parentesco los mimbres básicos desde los que construía el hacer político.”

permitían que el pueblo asumiera libremente a esas personas para dirimir sus conflictos. Platón proponía que gobernasen la ciudad los más sabios, que él denominaba filósofos, porque debían tener más conocimientos sobre lo justo e injusto que el resto, y por lo tanto más experiencia para poder organizar la vida de los seres humanos en sociedad.

El “pater familias” de la sociedad romana, el padrino de la camorra o el patriarca gitano son considerados los responsables de la sociedad de referencia y su decisión tenía una fuerza mayor que la de cosa juzgada<sup>155</sup>.

En España tenemos, quizá, un ejemplo de mediación en el Tribunal de las Aguas de Valencia que funcionó desde el siglo XIII, compuesto por campesinos y con la función del reparto equitativo del agua en las huertas de la zona<sup>156</sup>.

En todo caso, y pese a las peculiaridades de cada país o cultura, se puede afirmar que en las distintas tradiciones jurídicas el fenómeno de la mediación ha sido abordado de manera ciertamente similar, con el resultado de provocar una importante aproximación de prácticas.<sup>157</sup>

## 7. Cuando el interés se encuentra con la moral social

Cuando el psicólogo social holandés Geer Hofstede<sup>158</sup> publica en 1980 *Culture's Consequences: Comparing Values, Behaviors, Institutions and Organizations Across Nations* y en 1984, *Culture's Consequences: International*

---

<sup>155</sup> CORSÓN PEREIRA, F. y GUTIÉRREZ HERNANZ, E., *Op. cit.*, pág. 73.

<sup>156</sup> MIRANZO DE MATEO, S., “Quiénes somos, a dónde vamos. Origen y evolución del concepto mediación” *Revista de Mediación*. Año 3. No 5. Marzo 2010, págs. 10 y 11.

<sup>157</sup> VILALTA, A.E., "Un excursus previo, el estudio comparado de la mediación", *cit.* pág. 35.

<sup>158</sup> Sobre Geert Hofstede y sus estudios actuales <http://www.geerthofstede.com> y <http://geert-hofstede.com> en relación al Centro de Estudios Hofstede y las aplicaciones desarrolladas por sus colaboradores y seguidores.

*Differences in Work-Related Values*, sienta las bases de la investigación intercultural comparada. Sus desarrollos empíricos han permitido desarrollar un estudio científico de los diferentes patrones culturales aplicables a la economía, la gestión, la comunicación y la cooperación más allá de una mera reseña de estereotipos<sup>159</sup>.

Su estudio era el resultado de la investigación que comenzó a desarrollar para IBM en 1967 sobre modelos culturales en un contexto internacional. Elaboró la Teoría de las Dimensiones Culturales utilizando 5 índices (inicialmente 4) para clasificar los patrones socioculturales utilizados en los 64 países en los que IBM estaba presente a través de empresas filiales o asociadas. Una de las conclusiones principales de su trabajo fue que la implantación de la cultura de empresa entre los empleados de la multinacional estaba muy condicionada por las diferencias culturales locales. Los estudios de HOFSTEDE sobre interculturalidad, aunque el término inglés *crosscultural* resulta más gráfico, siguen siendo una referencia para el desarrollo de diversos aspectos de la gestión empresarial internacional, singularmente en el ámbito de la solución de conflictos<sup>160</sup>.

HOFSTEDE reconoce la influencia factores relativos a antecedentes familiares, patrimonio personal y personalidad; no pretende predecir comportamientos individuales sino permitir el análisis de una cultura concreta y facilitar la toma de decisiones en un contexto cultural determinado. Los índices utilizados por HOFSTEDE para elaborar la Teoría

---

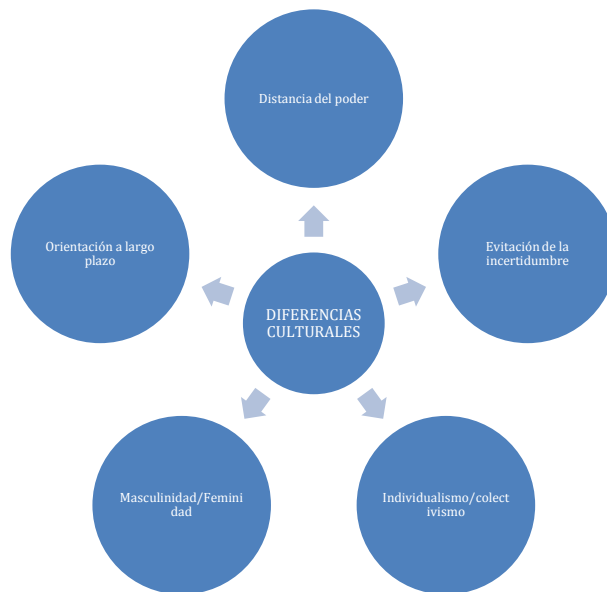
<sup>159</sup> BROWN, J.A.C., *Técnicas de Persuasión*, Alianza, Madrid, 1978, Pág. 51, "...en los países modernos, con toda su complejidad, se inculca o se trata de inculcar a sus habitantes determinadas actitudes que forman lo que habitualmente describimos como "carácter nacional. A pesar de la complejidad de sus respectivas estructuras sociales, los españoles, alemanes, franceses, japoneses, e ingleses, difieren significativamente, diferencias que son importantes, sobre todo para el propagandista, a la hora de comprender sus reacciones."

<sup>160</sup> HOFSTEDE, G., *Culturas y Organizaciones. El software mental. La cooperación internacional y su importancia para la supervivencia*, Alianza, Madrid, 1999.

de las Dimensiones Culturales son:

- Índice de distancia del poder (PDI): “la distancia del poder se refiere a la medida en que los miembros menos poderosos de las organizaciones e instituciones (como la familia) aceptan y esperan que el poder se distribuya de forma desigual”. Se pretende analizar cómo se siente una persona respecto del poder (no como se distribuye el poder). Si la cultura concreta asume que los miembros parten de un entendimiento igualitario y democrático de las relaciones o si los menos poderosos son conscientes y aceptan su posición jerárquica.
- Índice de Individualismo contra colectivismo (IDV): “el grado en que las personas se integran en los grupos”, según prime la consecución de objetivos individuales o grupales.
- Índice de evitación de la incertidumbre (UAI): “tolerancia de una sociedad de la incertidumbre y la ambigüedad”. Las culturas más abiertas al cambio son tolerantes y relativistas, se dotan de menos normas y están son flexibles. Sin embargo las culturas poco predispuestas al cambio regulan sistemas rígidos de normas y sistemas filosóficos y religiosos basados en verdades absolutas que reducen la tensión que genera la incertidumbre asociada al cambio.
- Masculinidad contra femineidad (MAS): “distribución de los papeles emocionales entre los géneros”. Pretende medir la importancia de valores asociados a lo masculino (asertividad, ambición, el poder, materialismo), y a lo femenino (empatía, relaciones humanas) y su reflejo en las culturas primando la competitividad o el desarrollo de las relaciones.

- Orientación a largo plazo contra orientación a corto plazo (LTO): según el horizonte temporal de una sociedad sea lineal, orientado al futuro y a los objetivos, o circular que asocia el presente y el pasado primando el desarrollo de las relaciones. Una prima la previsión y el ahorro y la otra, más tradicional, el trato y las relaciones sociales.



El quinto índice, Orientación al Largo Plazo (LTO), se añade en 1991 tras los estudios auspiciados por HOFSTEDE y desarrollados por Michael Harris Bond junto a profesores chinos, se aplica inicialmente sólo respecto de 23 países y tiene como punto de partida el Confucionismo. En 2010 Michael Minkov extiende su aplicación a 93 países y lo redenomina “Pragmático frente a Normativo” (PRA) e incorpora un sexto índice “Indulgencia frente a Contención” (IND) según la cultura prime la



satisfacción de los deseos o la contención de los impulsos<sup>161</sup>.

Dimensiones culturales	Análisis
Individualismo/ Colectivismo	Priorización de las necesidades individuales v. priorización de las necesidades del grupo
Masculinidad/ Feminidad	Desigualdad de reglas entre hombres y mujeres v. igualdad
Aversión al riesgo	Mayor tolerancia a la incertidumbre en los cambios v. menor tolerancia
Distancia del poder	Grado de distribución del poder (igual/desigual) en una sociedad
Perspectiva temporal	Orientación a largo plazo, planificación de futuro y perseverancia en valores v. orientación al corto plazo y al presente
Indulgencia/ Contención	Permitir la gratificación de impulsos relacionados con el disfrute y el placer v. regulación de estas conductas con normas restrictivas

HOFSTEDE parte de un cierto nivel de estabilidad de los resultados en el

<sup>161</sup>HOFSTEDE, G. (2011). "Dimensionalizing Cultures, The Hofstede Model in Context" *Online Readings in Psychology and Culture*, recuperado en <http://dx.doi.org/10.9707/2307-0919.1014>

medio plazo <sup>162</sup> y agrupándolos diferenció 8 culturas en el mundo que incluían a distintos países <sup>163</sup> y que se identificaban por respuestas uniformes frente a los 4 primeros índices estudiados. Los agrupó del modo siguiente:

1. Países latinos más desarrollados: Bélgica, Francia, Argentina, Brasil, España, Italia.
  - a. alto distanciamiento del poder
  - b. alta aceptación del nivel de incertidumbre
  - c. nivel medio de individualismo, y
  - d. mediana masculinidad
2. Países latinos menos desarrollados: Colombia, México, Venezuela, Chile, Perú, Portugal
  - a. alto distanciamiento del poder
  - b. alta aceptación del nivel de incertidumbre
  - c. bajo nivel de individualismo, y
  - d. todo el rango en materia de masculinidad
3. Países más desarrollados de Asia: Japón
  - a. mediano distanciamiento del poder
  - b. alta aceptación del nivel de incertidumbre
  - c. nivel medio de individualismo, y
  - d. alta masculinidad
4. Países menos desarrollados de Asia: Paquistán, Taiwán, Tailandia, Hong Kong, India, Filipinas, Singapur
  - a. alto distanciamiento del poder
  - b. baja aceptación del nivel de incertidumbre
  - c. nivel bajo de individualismo, y

---

<sup>162</sup>Cfr. FARÍAS NAZEL, P., “Cambios en las distancias culturales entre países, Un análisis a las dimensiones culturales de Hofstede”, *Opción*, Universidad del Zulia, Venezuela, vol. 23, num 52, abril, 2007, págs. 85-103.

<sup>163</sup> Además de en la web personal de Hofstede y la del Centro Hofstede antes citadas, se pueden encontrar interesantes desarrollos prácticos de las ideas de Hofstede en la web de Clearly Cultural (<http://www.clearlycultural.com>) que recoge a través de mapas los resultados de aplicar los índices en los distintos países del mundo.

- d. mediana masculinidad
- 5. Países del cercano Oriente: Grecia, Irán, Turquía, Yugoslavia
  - a. alto distanciamiento del poder
  - b. alta aceptación del nivel de incertidumbre
  - c. nivel bajo de individualismo, y
  - d. mediana masculinidad
- 6. Países germánicos: Austria, Israel, Alemania, Suiza
  - a. bajo distanciamiento del poder
  - b. mediana aceptación del nivel de incertidumbre
  - c. nivel mediano de individualismo, y
  - d. mediana masculinidad
- 7. Países anglosajones: Australia, Canadá, Gran Bretaña, Irlanda, Nueva Zelanda, USA, Sudáfrica
  - a. bajo o mediano distanciamiento del poder
  - b. baja o mediana aceptación del nivel de incertidumbre
  - c. nivel alto de individualismo, y
  - d. nivel alto de masculinidad
- 8. Países nórdicos: Dinamarca, Finlandia, Países Bajos, Noruega, Suecia.
  - a. bajo a mediano distanciamiento del poder
  - b. baja o mediana aceptación del nivel de incertidumbre
  - c. nivel mediano de individualismo, y
  - d. nivel bajo de masculinidad

Como anticipábamos, los estudios de HOFSTEDE, más allá de sus críticos y de sus desarrollos posteriores parece que hayan quedado desfasados en ciertos aspectos. Sin embargo, los parámetros de la Teoría de las Dimensiones Culturales pueden servirnos para enmarcar ciertas reflexiones que permitan aproximar los modelos de solución de conflictos utilizados en

distintos sistemas legales por corresponder a contextos culturales diversos.

La importancia de las ideas de HOFSTEDE para la negociación internacional y/o multicultural resultan obvias y han sido estudiadas y aplicadas ampliamente <sup>164</sup>. Nos limitamos a continuación a revisar críticamente algunos de los aspectos prácticos de nuestro modelo comercial de métodos alternativos de solución de conflictos para tratar de incorporar algunas enseñanzas extraídas del modelo comunitario, utilizando como método de análisis los índices de HOFSTEDE.

#### A. Opción por los MASC frente a un conflicto.

El índice de evitación de la incertidumbre condiciona la aceptación de MASC en conflictos internacionales si son interculturales.

La retención del control sobre la decisión es una de las ventajas, veámos, que derivan del uso de los MASC y que principalmente valoran las partes al acudir a ellos para la solución de un conflicto. Someter una disputa al criterio vinculante de un tercero genera una desconfianza en entornos culturales con mayor aversión a la incertidumbre o al cambio y que, normalmente, gozan de un entorno legal con alto nivel de seguridad jurídica<sup>165</sup>. Cuando el conflicto se plantea en su propio entorno cultural y legal uno de los motivos para acudir a MASC será retener el control si la solución legal del conflicto no es predecible. Este criterio de decisión se

---

<sup>164</sup>En relación a dimensiones culturales vid. BRETT, J.J., "Cultura y negociación", en MUNDUATE, L. Y MEDINA, F.J. (Coord.), *Gestión del Conflicto, Negociación y Mediación*, Piramide, Madrid, 2005, págs, 307-322.

<sup>165</sup>Sobre el concepto y formas de la llamada "justicia informal" (mediación, justicia reparativa y reparación) y su origen en "sociedades ácefas" frente a las sociedades capitalistas que demanda una justicia formal cercana al concepto de seguridad jurídica., cfr. WOOLFROD, A., & RATNER, R.S., *Informal Reckonings. Conflict Resolution in Mediation, Restorative Justice and Reparations*, Routledge Cavendish, Oxon, 2008, págs. 1- 12.

amplifica cuando no operan en su entorno y se enfrentan a conflictos en jurisdicciones ajenas a la suya y/o sometidos a un derecho sustantivo distintos del suyo.

Al contrario, las culturas más abiertas al cambio y la incertidumbre tienen menor aversión a las soluciones impuestas. La predisposición cultural a acudir a métodos de autocomposición frente a la heterocomposición, probablemente está relacionada con la fortaleza de una sociedad civil o con la confianza en sí mismo de un pueblo y con el grado de aceptación y cumplimiento de las normas<sup>166</sup>.

En conflictos internacionales especialmente si son interculturales, la decisión de las partes de aceptar acudir a MASC estará condiciona por su mayor o menor aversión al riesgo; a mayor aversión al riesgo mayor será la tendencia a retener el control y aceptar los MASC como instrumento adecuado de solución.

#### B. La elección del tercero (¿neutral?)

El índice de distancia al poder condiciona la elección del tercero neutral en conflictos internacionales según sean o no interculturales.

El concepto de neutralidad<sup>167</sup> como característica esencial en los terceros

---

<sup>166</sup>“La presencia del conflicto puede actuar como desencadenante de la participación en los movimientos sociales, mientras que la ausencia de contacto con el conflicto retarda la toma de conciencia.” Cfr. TEJERINA, B. “Movimientos sociales y nuevas formas del conflicto social. Visibilidad, negociación y resolución de conflictos”, en MORENTE MEJÍAS, F. (Dir.), *La mediación en tiempos de incertidumbre*, Dykinson, Madrid 2010, pág. 61.

<sup>167</sup> Un visión rigurosa y práctica del concepto de neutralidad del mediador en SPENCER, D. y BROGAN, M., *Mediation Law and Practice*, Cambridge University Press, Sidney, 2006, pág. 91-100.

que intervienen para ayudar a las partes a solucionar por sí mismas un conflicto es relativamente nuevo. Los antecedentes históricos<sup>168</sup> de la mediación o del recurso en general a métodos autocompositivos ligan la figura del tercero a personas con un ascendente moral, familiar, religioso o político dentro de la respectiva comunidad o grupo social con independencia de su neutralidad o posición aséptica frente al problema. Surge en el entorno de los conflictos comerciales, dominados por la negociación en base a intereses y con una impronta anglosajona; de hecho se utiliza la expresión “neutrales” o “terceros neutrales” para referirse a ellos.

Hoy se quiere configurar al tercero como alguien que adquiere competencias principalmente en las técnicas de comunicación<sup>169</sup> utilizadas en los MASC y que mantiene una postura neutral frente al conflicto. No obstante la clave de bóveda para poder desarrollar su trabajo es la confianza de las partes no sólo en su capacidad técnica para lograr que las partes se aproximen, se comuniquen y se avance en el camino hacia una solución acordada, sino en su distancia respecto de las partes y el conflicto que garantiza que no desequilibrará el desarrollo del método a favor de ninguna de las partes<sup>170</sup>. La cuestión surge al considerar de donde surge y cómo se mantiene esa confianza.

---

<sup>168</sup> Referentes históricos de la mediación en Cataluña se recogen en DE BALANZÓ SOLÁ, I., “La (re)instauración de la mediación en Cataluña durante la última década del siglo XX”, en *Materiales...*, *op. cit.*, págs. 210-212.

<sup>169</sup> Una guía práctica para la utilización de las herramientas de comunicación utilizadas en mediación en FARRÉ SALVA, S., *Gestión de Conflictos, taller de mediación. Un enfoque socioafectivo*, Ariel, Barcelona, 2004, págs. 55-68.

<sup>170</sup> ROONEY G. Y ROSS M., “Un cambio de foco, de mediar el problema a mediar el momento. Uso de la intuición como guía” en *Revista de Mediación* 2014, vol. 7, nº1, pág. 42, “Si aplicamos esto al contexto de la mediación, si el mediador consigue estar completamente presente en el momento con las partes, con su mente suspendida equilibradamente y considera a las partes sin juicios o racionalización entonces podrá utilizar esa experiencia y permitir que se materialice la concienciación intuitiva. Esta respuesta intuitiva surge del aquí y ahora del momento y puede ayudar al mediador a decidir qué es lo siguiente que hay que hacer en la sesión.”

En los conflictos comerciales o, mejor, en las mediaciones comerciales se elige a los terceros neutrales en atención a su prestigio profesional o experiencia y se evalúa su neutralidad, en un contexto internacional, acudiendo a los criterios utilizados para decidir sobre la independencia de los árbitros que forman parte de paneles de arbitraje comercial internacional<sup>171</sup>. Parece obvio que los criterios utilizados para cribar la independencia del tercero que interviene en un método heterocompositivo no han de ser los mismos que para valorar la neutralidad de un tercero, que no tendrá capacidad de decidir ni de imponer una solución.

Fuera de este ámbito de tercero neutral o aséptico, en ciertos entornos culturales la confianza se encuentra y se deposita en personas que por su posición dentro del grupo tienen un ascendente moral sobre las partes. Esta idea parece trasladable, *mutatis mutandi*, a la práctica de los conflictos comerciales. El criterio académico al formar a los mediadores refuerza la idea de que el énfasis al elegir mediador se ha de poner en sus habilidades técnicas y que la cercanía o conocimiento del sector económico concreto incrementa el riesgo de que el tercero prejuzgue el conflicto o la posición de las partes, se contamine con preconcepciones o tenga una actitud directiva al identificar una solución para el conflicto en vez de ayudar a que las partes la encuentren. Sin embargo, la realidad es que los usuarios tienden a preferir que intervenga alguien que conoce el sector económico en el que se produce el conflicto y que sea conocido o tenga experiencia en ese sector<sup>172</sup>. Esa experiencia y conocimiento probablemente quizá sea

---

<sup>171</sup> Cfr. INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, *Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional. Aprobadas por el Consejo de la International Bar Association el 22 de mayo de 2004*. Disponibles en la página web de la asociación, [www.ibanet.org](http://www.ibanet.org)

<sup>172</sup> Cfr. GAILLARD, E., “Sociology of International Arbitration”, en *Arbitration International (LCIA)*, vol. 31, nº 1, 2015, págs. 1-17. En especial el apartado 2 “International Arbitration as a Social Field”.

equiparable a la autoridad moral a la que hacíamos referencia como criterio para elegir a un tercero en otros entornos.

El criterio de elección del tercero utilizado en el modelo de mediación comunitaria basado en el ascendente moral puede ayudarnos a revisar nuestra idea de mediador neutral, aséptico, y parece que la práctica o la opinión de los usuarios de la mediación comercial nos lleva a pensar que su preferencia por el tercero que forma o ha formado parte del respectivo sector, que lo conoce y es conocido dentro del mismo, permita equipar su experiencia con el ascendente moral en la comunidad.

El índice de distancia al poder condiciona la elección del tercero neutral en conflictos internacionales según sean o no interculturales, en cuanto que los países con alta distancia al poder coincide con aquellos en los que el tercero es tradicionalmente elegido en función de su ascendente moral, familiar, religioso o político y en los países donde es baja se prima la neutralidad. Al elegir al tercero será preciso tener en cuenta esta diferencia de enfoque para poder lograr que las partes lleguen a un acuerdo sobre los criterios para elegir al tercero que quizá deba seguir siendo el de neutralidad, pero quizá una neutralidad no tan aséptica sectorialmente como se predica para que logre tener y mantener la confianza de partes que provienen de entornos culturales diversos en su relación con el poder.

### C. La estrategia de las partes

El índice de individualismo frente al colectivismo condiciona la identificación de intereses y la estrategia seguida por las partes en conflictos internacionales sean o no interculturales.



La diferencia más aparente entre lo hemos denominado mediación comunitaria y comercial radica en el distinto interés que se prima al buscar el acuerdo y que subyace tras la estrategia seguida por las partes al abordar la solución del conflicto: colectivos o individuales, interés de la colectividad o grupo social al que pertenecen las partes en conflicto o interés individual de cada una de las partes.

En la mediación comercial se atiende al interés de la parte contraria en la medida que ello resulta útil para favorecer un acuerdo y además, un enfoque constructivo del acuerdo evita la erosión entre las partes, permite la continuidad de relaciones y, sobre todo, sienta las bases para la ejecución de lo acordado.

No obstante, este enfoque comercial que atiende los intereses de ambas partes no debe confundirse con el interés de la colectividad, propio del modelo comunitario de mediación. No se trata en este caso de buscar y atender únicamente a los intereses de las partes en conflicto, sino que se trata de buscar el interés del grupo al que pertenecen, en cuanto que el conflicto en sí perjudica y pone en riesgo la estabilidad de las relaciones y la moral social del grupo. Subyace la idea del conflicto hecho público y de la búsqueda de soluciones fuera del propio grupo ligado al deshonor<sup>173</sup>. Restablecer las relaciones superando el conflicto entre las partes implica mantener las bases de la moral social del grupo.

---

<sup>173</sup> Vid. TRUJILLO, J.R., GARCÍA GALBALDÓN, J., *Teoría y Técnicas de Negociación, Comunicación y Cortesía Verbal*, Ediciones 2010, Madrid, 2004, págs. 126 y 129-130. “Todo individuo posee una imagen pública que desea mantener. La relación social constituye una amenaza para la imagen, por lo que se emplea la cortesía verbal para salvarla”. A continuación desarrollan “posibles elecciones estratégicas y sus concreciones comunicativas”. Para TURCHET “Desde Descartes y el siglo XVIII, la razón, lo que hace que seamos racionales, se construye contra nuestros sentimientos”...”Estamos, pues, invitados a construir la imagen de la “persona honrada” del siglo XXI como la de un ser capaz de ser racional, precisa y únicamente, porque siente emociones vivas, que le tocan y le motivan para hacer decisiones racionales.” en TURCHET, P., *EL Lenguaje del Cuerpo*, Mensajero, Bilbao, 2010, pág. 306.

El índice de individualismo frente al colectivismo de una cultura permite anticipar el criterio que se seguirá para identificar y jerarquizar los intereses al fijar la estrategia seguida por las partes para la solución en conflictos internacionales sean o no interculturales, buscando prioritariamente la satisfacción de intereses individuales o del grupo social y condicionando, igualmente, el nivel de determinación para mantenerse en el entorno de la autocomposición o para escalar a métodos de heterocomposición ante la dificultad de lograr una solución pactada.

#### D. Las técnicas del tercero neutral

El índice de masculinidad condiciona la elección y el uso de las competencias técnicas y habilidades utilizadas por el tercero neutral en conflictos internacionales si son también interculturales.

Aunque las técnicas de comunicación son una de las competencias clave en la formación de los mediadores en el modelo de mediación comercial, se hace de forma combinada con técnicas de negociación basada en intereses. El análisis de conflicto e identificación de intereses suponen una parte importante de la labor a desarrollar por las partes y mediador, separada y conjuntamente<sup>174</sup>. Escucha activa y empatía son herramientas importantes en ese proceso más que para comprender, simplificando, para construir un acuerdo; esto es tiene una orientación de futuro.

Sin embargo, el énfasis que en el modelo de mediación comunitario se pone

---

<sup>174</sup> Muy interesante y práctico es el análisis que plantea JARRET sobre análisis de conflicto y estilos de mediación, multidisciplinariedad, interculturalidad y enfoque sectoriales JARRET, B., "Exploring and Practising Integral Mediation" en *Dispute Resolution International*, vol. 6, nº1, May 2012, págs. 46-56.

en el dialogo, como escucha retrospectiva y circular, no sólo es mayor sino con finalidad y técnica distinta a su uso en la mediación comercial. En aquel se pretende restaurar la urdidumbre de relaciones dentro de un colectivo, para que las bases sobre las que se asienta el grupo no se vean afectadas por el conflicto<sup>175</sup>; en éste, sin embargo, la finalidad es atender a los intereses de las partes en conflicto. El uso del tiempo en el diálogo y la atención al pasado o al presente son necesariamente distintos<sup>176</sup>.

Un índice de masculinidad alto en una cultura se asocia a un mayor nivel de asertividad y búsqueda de intereses materiales o tangibles, casi mensurables. Una cultura con un índice de masculinidad más bajo primará el dialogo y la empatía de por sí y no sólo como instrumentos de aproximación a un acuerdo; se tratará de acercar a las partes y no sólo de acercar posturas.

Esa importante diferencia de enfoque, debería condicionar la elección y el uso de las competencias técnicas y habilidades utilizadas por el tercero neutral en conflictos internacionales si son también interculturales entre entornos con un índice de masculinidad diferente<sup>177</sup>.

---

<sup>175</sup> CASTAÑEDA, M., *Escuchar(nos)*, Taurus, Mexico D.F., 2011, “Comunicar es un verbo transitivo (comunicarse) que se ha convertido en intransitivo (comunicar)”.

<sup>176</sup> Recordemos que “El lenguaje es un instrumento al servicio de la comunicación, se adapta a nuestros intereses. La cortesía estratégica, en el ámbito de lo verbal, nos proporciona mecanismos lingüísticos que ayudan a que el mensaje sea aceptado por el receptor, puesto que, como venimos señalando, *la forma de decir las cosas afecta al modo de recibirlas.*”, Cfr. BRIZ GÓMEZ, A. (Coord.), *Saber Hablar*, Instituto Cervantes-Aguilar, Madrid, 2008, pág. 188. Y que “para convencer no basta con argumentos racionales, sino que, ya que se trata de decisiones que implican valores, es decir, preferencias, además hay que apelar a los afectos o sentimientos, y no sólo eso, para garantizar el resultado es preciso hablar bien, el discurso tiene que gustar. De ahí la triple finalidad ciceroniana, *docere, delctare, movere*, o enseñar, deleitar y conmover. Se trata, pues, de apelar a la razón, al sentido de lo bello y a las emociones.”, cfr. ROMO FEITO, F., *La Retórica. Un paseo por la retórica clásica*, Montesinos, Barcelona, 2005, pág. 34.

<sup>177</sup> En el entorno de las dimensiones culturales, incorpora novedosas consideraciones sobre la labor del intérprete en los diferentes momentos de una negociación con elementos interculturales la obra de GRABARCZYK, A.H., *La mediación cultural en la*

## E. La actitud de las partes frente al acuerdo

El índice de orientación a largo plazo condiciona la actitud de las partes durante el desarrollo del MASC y respecto de posibles opciones de acuerdo.

Las consideraciones que acabamos de hacer sobre la búsqueda de un objetivo tangible o de la restauración de relaciones en los modelos comercial y comunitario de mediación, son replicables al analizar la influencia que la orientación a largo plazo tiene en la actitud de las partes frente al acuerdo. Las culturas que priman la colectividad y las relaciones están orientadas al corto plazo y al pasado; las culturas que priman los objetivos y la negociación por intereses están orientadas al largo plazo y al futuro. Frente a la ingeniería de las relaciones, que sustentada por la moral social del colectivo disuelve el conflicto en el modelo comunitario, el modelo comercial primará la confluencia de intereses de las partes en disputa sólo para solucionar la disputa.

En consecuencia un alto índice de orientación a largo plazo, que coincide con culturas donde se ha desarrollado el modelo comercial de mediación condiciona la actitud de las partes durante el desarrollo del MASC y respecto de posibles opciones de acuerdo con una orientación de futuro (solución del conflicto y nuevas posibilidades de relación) de forma inversa a lo que ocurre en culturas con orientación al corto plazo, al presente, que primarán el mantenimiento de la relación cimentándola sobre el pasado y

---

*interpretación bilateral de negociaciones empresariales. Una perspectiva etnolingüística*, Textos Mínimos-Universidad de Málaga, Málaga, 2009, págs. 87-102. También sobre las diferencias culturales resulta especialmente interesante el Capítulo. 4 “Frenos para la conversación. Lo que no hay que decir”, págs. 45-56, McCRUM, M., *Hacersel el Sueco en las Antipodas*, Ariel, Barcelona, 2007.

no sobre las oportunidades de futuro<sup>178</sup>.

En resumen, creemos que la Teoría de las Dimensiones Culturales de Hofstede sirve para aconsejar cierto sincretismo de los modelos comunitario y comercial al intervenir como neutral en conflictos interculturales<sup>179</sup>, como justifica la síntesis de distintos estilos de mediación<sup>180</sup>.

Más allá de las diferencias de enfoque en relación a los MASC en distintos sistemas jurídicos y culturales y de su posible aproximación, distintos sistemas de pensamiento condicionan también la actitud de las partes frente a la cooperación para alcanzar acuerdos y sus estrategias. Conviene que reflexionemos, a continuación, sobre las filosofías de la cooperación (o de la confrontación).

---

<sup>178</sup> GREENE, R. y ELFFERS, J., *Las 48 Leyes del Poder*, Espasa Calpe, Madrid, 2002, pág. 300, “tener un objetivo claro y un plan de largo alcance proporciona libertad”.

<sup>179</sup> SHER, M, "Unravelling Cultural Diversity in Mediation", en *Mediate.com*, agosto 2015, disponible en (<http://www.mediate.com/articles/sherm7.cfm>)

<sup>180</sup> Para una precisa aproximación a los estilos y enfoques en mediación de conflictos empresariales, cfr. CEDR..., *Op. cit.*, págs. 33-40 (The mediator's style and approach) y en SPENCER, D. y BROGAN, M., *Op. cit.*, págs. 100-109.



## **CAPÍTULO III**

### **COOPERAR VS LITIGAR. LA FILOSOFÍA DE LA CULTURA DE PAZ**

#### 1. Utilidades de la filosofía. La negociación con perspectiva filosófica.

Algunas personas piensan, y dicen, que la filosofía es una rama del conocimiento inútil, una abstracción sin ninguna aplicación práctica.

En el contexto de la negociación y de la solución de conflictos empresariales, la referencia a la filosofía que subyace en un contrato, una relación comercial o cualquier negocio jurídico, suscita el rechazo de la contraparte. Se interpreta la apelación a la filosofía como un ardid para evitar el cumplimiento de la literalidad de lo acordado. Sin embargo, tanto los sistemas del Common Law como en los codificados, la verdadera intención de las partes (la filosofía de fondo, en definitiva) se acoge como principal criterio interpretativo.

Estudiar todas las cosas por sus últimas causas según la luz natural de la razón, que diría un Tomista y antes Aristóteles, podría ayudarnos a obtener un mejor entendimiento de nuestros propios actos y de los de los demás. Negociar comprendiendo el por qué de las actuaciones y posiciones propias y ajenas debiera servir para ayudarnos a diseñar la estrategia, los criterios

de decisión y las tácticas más favorables al acuerdo y a nuestros intereses en un proceso negociador<sup>181</sup>.

## 2. Las bases de la ética de la negociación: egoísmo vs. altruismo.

Asociar un concepto que ya genera recelo, ética, a un término ya cuestionado, filosofía, parece que no facilitará nuestro intento de encontrar una utilidad práctica para este tipo de ciencia en el ámbito de la solución de conflictos empresariales.

Ética, filosofía moral, implica valores, axiología, principios, y otros conceptos válidos o estándares no objetivables<sup>182</sup> que, aparentemente, no se compadecen bien con la orientación práctica del "comportamiento de los mercados". Podría pensarse que la valoración del éxito en la toma de decisiones se asocia más al aprovechamiento de una situación coyuntural, especulativa, que al respeto a un código de conducta, solidario o no. No obstante, y sin perjuicio de lo que termina ocurriendo en la práctica, cada mercado establece sus normas de comportamiento, de forma expresa o sobreentendida, y la filosofía moral estudia el origen y justificación de esos códigos de conducta identificando por qué determinados individuos o grupos deben actuar de un modo concreto ("la última causa").

Aplicado a las relaciones empresariales y simplificando, quizás más de lo aconsejable, la filosofía moral identifica dos modelos de actuación para la

---

<sup>181</sup>Sobre las formas de poder, cuestiones al planear una estrategia y consideraciones tácticas en la práctica, cfr. MILLS, H. A., *Negociar, el arte de ganar*, Barcelona Editorial De Vecchi, 2000, págs. 143-165.

<sup>182</sup>RUSSELL, B., *A History of Western Philosophy and its Connection with Political and Social Circumstances from the Earliest Times to the Present Day*. London, 1947. (Trad. castellana, *Historia de la Filosofía*. Madrid, Espasa-Calpe, 1971).



conducta del hombre-empresario: el egoísmo (propio interés) y el altruismo (interés de los demás).

Ambos modelos, propio interés e interés ajeno, tienen un punto de convergencia obvio que es el bien común<sup>183</sup>. Una correcta aplicación práctica de ambos debiera conducir al mismo efecto: el mayor bien común. Sin embargo, la lógica en la toma de decisiones es radicalmente distinta: para el modelo egoísta una decisión será o no correcta en función del resultado, más o menos bueno que traiga como consecuencia<sup>184</sup>. Para el modelo altruista, la decisión será correcta si se ajusta a unos límites generales (reglas o principios) preestablecidos.

Simplificando<sup>185</sup> (seguro que más de lo aconsejable), nos referiremos al modelo egoísta<sup>186</sup> como “utilitarista”<sup>187</sup>, “consecuencialista” o “anglosajón” y al altruista como “kantiano” o “continental”. En consecuencia, con independencia de la estricta moralidad de ambos modelos, (que no cuestionamos, sin perjuicio, eso sí, de preferir) lo cierto es que aunque converjan en el efecto (bien común), su método al abordar la

---

<sup>183</sup> TEICHMAN, J. y EVANS, K., *Filosofía. Una Guía para Principiantes*, Madrid, Alianza Editorial, 1994.

<sup>184</sup> MADRID LIRAS, S., "El dilema de la Elección y los Buenos Maestros", en *Revista de Mediación* 2014, vol. 7, nº 2, pág. 5. “El deseo económico de lograr algo, alcanzar algo en su beneficio (no me refiero con lo económico a lo monetario, que también, sino a la sensación de «sacar algo», de ganar algo, de «sacar partido» de algo, que es motivador en sí mismo) apela a nuestra parte más individualista. Si pienso en mí mismo, el resultado más válido es aquel en el que yo gane más o en el que yo pierda menos.” Sobre la toma de decisiones y la diferencia entre inconsciente adaptativo y subconsciente, vid. GLADWELL, M., *Inteligencia intuitiva. ¿Por qué sabemos la verdad en dos segundos?*, Punto de Lectura, Barcelona, 2006. pág. 22.

<sup>185</sup> Dos precisiones para justificar la simplificación, a) se pretende introducir algunos aspectos de la filosofía moral para mejorar las habilidades negociadoras; y, b) no debe interpretarse el término "egoísta" en su sentido usual, esto es en sentido negativo o peyorativo, sino como referencia a un sistema de pensamiento que parte de la búsqueda de la propia felicidad como medio para conseguir la felicidad del mayor número, lo cual es un fin altruista.

<sup>186</sup> MANDEVILLE, B., *The fable of the bees, or Private Vices Public Benefits*, Londres, 1729.

<sup>187</sup> MILL, J. S. *El Utilitarismo*, Alianza Editorial, Madrid, 1984.

solución de un conflicto empresarial será distinto. Ser capaces de identificar que alguien con quien estamos negociando tomará sus decisiones en atención a las consecuencias que generan sus actos o en el marco de los principios que rigen su conducta, tendría que servirnos para comprender y enmarcar las tácticas de las partes y anticipar su estrategia<sup>188</sup>.

3. De cómo hemos adoptado un modelo anglosajón para solucionar nuestros conflictos.

El conflicto, y su solución, es consustancial a la naturaleza humana y propio de todas las culturas y de todos los tiempos. Bajo las normas jurídicas sustantivas básicas (Derecho penal, Derecho civil) subyacen códigos morales compartidos como universales en sus principios. Y las normas procesales, aunque parecen no haber seguido patrones tan homologables de una cultura a otra, tienden a respetar ciertos principios compartidos por los distintos sistemas jurisdiccionales. Desde mitad del siglo XX los sistemas jurídicos han experimentado un notable acercamiento que permite hablar de una "aldea jurídica global", más allá de los logros de la Pandectística y de la Escuela de Bolonia.

En el ámbito del Derecho del Comercio, diversos factores han servido para facilitar la homogeneización: el movimiento uniformador de las legislaciones auspiciado por la Organización para las Naciones Unidas y, en

---

<sup>188</sup> Sobre los sesgos en la toma de decisiones v. HAMMOND, JS, KEENEY, R. y RAIFFA, H., "The Hidden Traps in Decision Making", *Harv Bus Rev.* 1998 Sep-Oct;76(5), 47-8, 50, 52 passim y OVEJERO BERNAL, A., *Técnicas de Negociación. Cómo negociar eficaz y exitosamente*, McGraw Hill, Madrid, 2004 pág. 48, analiza con detalle las preconcepciones en la toma de decisión racional y la negociación, "A partir de una serie de variables psicosociales (...) inferimos datos que no están ahí y que "nos interesa" inferir. En este proceso cometemos sesgos de considerable importancia." Entre esos sesgos destaca, 1) Sesgo de confirmación; 2) Sesgo de perseverancia en las creencias; 3) Heurístico de disponibilidad; 4) Sesgo de la "memoria adaptativa".

nuestro ámbito, la Unión Europea; el desarrollo del Derecho comparado, que adquiere mayor rigor sistemático a partir de los estudios del profesor René DAVID<sup>189</sup> y, muy singularmente, la colonización legal que el predominio de los mercados financieros anglosajones ha impuesto en todos los países y en todos los sectores económicos, por su dependencia de fondos de inversión, banca y seguros. Este movimiento se ha ido concretando en cuerpos de doctrina legal disponible para los operadores jurídicos internacionales como la “Lex Mercatoria”<sup>190</sup>, la influencia como precedente de los laudos de la Cámara de Comercio Internacional, los principios de UNIDROIT, las reglas de UNCITRAL, “TRANS-Lex” que es el proyecto recopilatorio de “CENTRAL”, Centro de Derecho Transnacional, dirigido por el profesor Klaus Peter Berger desde la Universidad de Colonia<sup>191</sup>.

Centrándonos en este último factor, los colonos han sido los despachos multinacionales de abogados, ingleses o americanos, contratados por los operadores del sector financiero, que han propagado por todo el mundo sus modelos de contratos y sus clausulados estándar de impronta anglosajona (en exceso detallados y prolijos para la práctica de los sistemas legales

---

<sup>189</sup>DAVID, R., “The Methods of Unification” en *American Journal of Comparative Law*, vol. 16, 1968 p.13-27, “The comparatist has a more comprehensive and differentiated view of the international unification of law. For him, unifying rules of law is merely the last step in a much larger process. Indeed, as Roscoe Pound has pointed out, differences between legal systems result primarily from factors other than the diversity of the rules of law. What divides legal systems most deeply and at the same time makes it possible to group them in families is more than the diversity of the rules which they comprise; it is rather the difference in the concepts on which they rely, in the methods which their lawyers use, and in the standards of conduct to which they refer. Each legal system seeks to express a certain perception of the world and manifests a certain manner of conceiving justice and efficacy in social relationships. Each legal system puts into effect given concepts and is based on techniques peculiar to it; its laws are characterized by their own manner of formulation and structure which responds to the psychology of those to whom the law applies and those who are charged with its application.”

<sup>190</sup> Una interpretación de la utilidad actual en CONNERTY, A., “Lex Mercatoria, Reflections from an English Lawyer”, en *International Arbitration (LCIA)*, vol. 30 n°4, 2014, págs. 701-719.

<sup>191</sup>Vid. <http://www.trans-lex.org/principles/>

codificados). Las escuelas de negocios, también, han prestado una importante ayuda en la consolidación de esta cultura jurídica internacional de base anglosajona al prestar gran atención a las necesidades prácticas de las transacciones con un elemento extranjero.

El desarrollo e implantación del arbitraje, por las vías y medios referidos, y de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, ha venido a paliar el obstáculo que las jurisdicciones locales, prácticamente ajenas a esa cultura legal anglosajona, suponían para la interpretación de aquellos modelos contractuales desde la óptica de los derechos nacionales. En definitiva, y en la práctica, un sistema jurídico sustantivo supranacional, el del comercio internacional, se ha dotado de un sistema jurídico supranacional de solución de conflictos, sin perjuicio de acudir a los apoyos jurisdiccionales que se precisen para la ejecución forzosa de los acuerdos o resoluciones. Jan Paulson, un referente en el arbitraje internacional, escribía recientemente<sup>192</sup> que “los estudiosos y los practicantes del arbitraje han entendido que el mandato en una cláusula de arbitraje –a menos que este redactada en terminos inusualmente limitativos- es la solución razonable de disputas, no la justificación de los contratos”.

Los arbitrajes internacionales regulados por las cláusulas conocidas como “Bermuda Form” representan un buen ejemplo de cómo el comercio internacional, en este caso los mercados internacionales de seguros se han dotado de sistema jurídicos supranacionales para mejor atender la solución de los conflictos que se generan en su seno. Las “Bermuda Form”<sup>193</sup> surgen para evitar la interpretación que los tribunales de EEUU venían realizando de las coberturas de reaseguro de responsabilidad civil respecto de acciones

---

<sup>192</sup> PAULSON, J., “Metaphors, Maxims, and Other Mischief. The Freshfields Arbitration Lecture”, en *Arbitration International (LCIA)*, vol. 30, N° 4, 2014, pág. 633.

<sup>193</sup> FELLAS, J., “International Arbitration under the Bermuda Form”, en *Dispute Resolution International*, vol. 8 n°2, Octubre 2014, págs. 129 a 147.

colectivas por daños relacionados con la utilización de asbestos. Dos compañías radicadas en las islas Bermudas, que es un importante mercado reasegurador, XL Insurance Company Ltd<sup>194</sup> y ACE Insurance Company Ltd<sup>195</sup>, comenzaron a utilizar esta cláusula., “Bermuda Form” que implica la elección de las leyes del Estado de Nueva York como derecho aplicable para la resolución de los conflictos de cobertura pero siendo Londres la sede del arbitraje con sujeción a la Ley inglesa de Arbitraje.

Con abstracción del arbitraje, heterocompositivo, las últimas décadas se ha desarrollado en los países anglosajones una serie de mecanismos alternativos de solución de conflictos autocompositivos, (si bien existían en el Derecho histórico de los distintos sistemas jurídicos contemporáneos), y que han sido adoptados por los mercados financieros internacionales como métodos eficientes para resolver sus conflictos y, además, exportados por sus abogados, se han incorporado por las legislaciones nacionales.

Los MASC, especialmente la mediación, entroncan históricamente, como decíamos, con las distintas culturas jurídicas. Sin embargo, en su configuración actual, responden principalmente a un modelo anglosajón: la colonización legal referida no sólo ha exportado unos métodos o procedimientos de solución de conflictos, sino que incorpora unas técnicas de negociación<sup>196</sup> que responden a una "última causa" en la toma de

---

<sup>194</sup>Vid. <http://xlgroup.com/insurance>

<sup>195</sup>Vid. <http://www.acegroup.com>

<sup>196</sup> En relación a los diferentes tipos de métodos, que incluyen la negociación, el arbitraje internacional favorece el uso de estrategias de negociación durante el arbitraje regulando la posibilidad de realizar ofertas con distintos efectos, en el mismo sentido que las ofertas bajo la sección 36 CPR en el Derecho inglés, cfr. DHINGRA, J., "Is it time to Unseal Sealed Offers in International Arbitration, As a Negotiation Strategy or Pressure Tactics?" en, *Arbitration International*, vol. 28, No.3, 2012, págs. 511-531, así como permitiendo, en algunos casos, que los árbitros faciliten el acuerdo entre las partes, cfr. KAUFMANN-KOHLER, G., "When Arbitrators Facilitate Settlement, Towards a Transnational Standard", en *Arbitration International, LCIA*, vol. 25, number 2, 2009, págs. 197-202.

decisiones ajena a la cultura continental (principios) y más acorde a la cultura anglosajona (intereses).

El desarrollo de la mediación, y del resto de MASC, procede de la negociación basada en la cooperación. El modelo de mediación exportado (Escuela de Harvard) parte de la búsqueda de la cooperación entre las partes, identificando el propio interés por aversión a la negociación desde los propios principios, que se entiende bloquea las vías de diálogo<sup>197</sup>. Subyace el consecuencialismo como motor de decisión. Desde esta perspectiva de optimización de los costes de transacción, ha recibido un notabilísimo empuje doctrinal desde los partidarios de Análisis Económico del Derecho<sup>198</sup>. El método de solución y su desarrollo es válido si es eficiente al obtener un resultado querido por ambas partes (bien común). El interrogante que nos surge es si ese desarrollo es necesariamente compatible con los principios del sistema continental<sup>199</sup>. ¿Si las reglas del método exigen atender al propio interés, implica esto que no se pueda, a veces, atender a nuestros principios con independencia de la bondad del resultado? Quizás por esto, varios autores proponen a Maquiavelo como modelo de negociación. ¿Son conciliables los sistemas y podemos conciliar principios y propio interés?. Es probable que el análisis del conocido como "dilema del prisionero" no nos permita liberarnos de nuestras dudas, pero tal vez ayude a identificar ciertas reglas del juego, que no principios, en la

---

<sup>197</sup>MUÑOZ MOLINA, A., *Todo lo que era solido*, Seix Barral, Barcelona, 2012, pág. 185 compara la cultura de Estados Unidos con la española y refiere la capacidad de confiar, la disposición para llegar a acuerdos que mejoren las cosas frente a nuestra disposición a subrayar las diferencias.

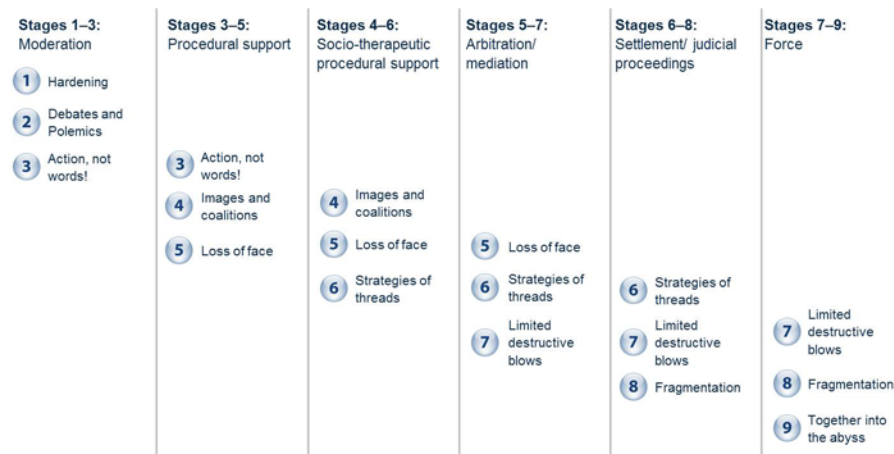
<sup>198</sup>Cfr. COASE, R., "The problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, vol. III, Oct. 1960, pág. 1 a 44. Como iniciador del movimiento doctrinal, parte del "coste de transacción cero" para internalizar los efectos externos de un conflicto (Teorema de Coase).

<sup>199</sup>VÁZQUEZ LÓPEZ, A., *La mediación como activo intangible en la ética discursiva de la resolución de conflictos*, <http://es.slideshare.net/alnmediagroup/la-mediacion-como-activo-intangible-en-la-etica-discursiva-de-la-resolucion-de-conflictos>.

solución de conflictos compatibles con los modelos de decisión anglosajón y continental.

4. El dilema del prisionero: de cómo el egoísmo como principio de decisión genera reglas de juego que favorecen la cooperación y, en consecuencia, el bien común.

ZWEIG introdujo su obra “Momentos Estelares de la Humanidad”, escribiendo que “toda crisis necesita de un periodo de preparación... lo que por lo general transcurre apaciblemente, de modo sucesivo o sincronico, se comprime en ese único instante que todo lo determina y todo lo decide”<sup>200</sup>. Pero los conflictos suelen escalar de forma relativamente predecible y esto facilitó su gestión y control. El modelo elaborado por Friedrich Glasl<sup>201</sup> es una guía fiable. Transcribimos aquí el cuadro elaborado por los consultores Kraus & Partner<sup>202</sup>:



<sup>200</sup> ZWEIG, S., *Momentos Estelares de la Humanidad*, Acantilado, Madrid, 2004, pág. 9.

<sup>201</sup> GLASL, F., *Conflict Management and Industrial Relations* en el capítulo 6 “The Process of Conflict Escalation and Roles of Third Parties”, Kluwer-Nijhoh, Boston, 1982, págs. 119-140 y GLASL, F., *Confronting Conflict*, Hawthorn Press, Bristol, 1999. (En Mediate, Thomas Jordan publicó un resumen del modelo corregido por el propio Glasl, <http://www.mediate.com/articles/jordan.cfm>).

<sup>202</sup> [www.kraus-partner.eu](http://www.kraus-partner.eu) (“Conflict Management in Projects”)

La guerra, “forma parte de una estrategia adaptativa”<sup>203</sup> y, en definitiva, es un método de solución de conflictos, por ineficiente que sea, que comparte con los juegos la complejidad estratégica. La importancia de diseñar un plan global comprensivo de los diversos factores y momentos, incluyendo el efecto sorpresa, son comunes al "arte de la guerra"<sup>204</sup> y a participar en un juego.

El matemático VON NEUMANN <sup>205</sup> analizó las actuaciones de los jugadores, inicialmente, de dos participantes para concluir que sus decisiones siempre son racionales si sus intereses son opuestos (cuando siempre gana uno si pierde otro). Desarrolló después análisis de juegos más complejos y, en 1944, publicó, junto al economista MORGERSTERN, una aplicación de sus teorías a la toma de decisiones económicas: siempre existe una decisión óptima.

En el contexto de sus estudios sobre estrategia armamentística militar para el ejército del aire norteamericano, y en plena “Guerra Fría”, 1950, MERRY FLOOD <sup>206</sup> y MELVIN DRESHER, desarrollaron la teoría de juegos mediante un estudio sobre un dilema, el dilema del prisionero, que le permitiría estudiar la estrategia en la toma de decisiones. Sin perjuicio de la

---

<sup>203</sup> HARRIS, M., *Vacas, cerdos, Guerras y Brujas*, Alianza, Madrid 1974, pág. 77.

<sup>204</sup> VVAA, *EL Arte de la Guerra de Napoleón Bonaparte, Técnicas no convencionales para el mundo de los negocios y la política*, Distal, Buenos Aires, 2004, pág. 75 “...cuando uno tiene catorce ejércitos, que cada uno haga un tipo de guerra relativo al plan global (la estrategia) y a la fuerza y las circunstancias – sean topográficas o políticas- del Estado enemigo.”

<sup>205</sup> NEUMANN, J. V., *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton University Press, Princeton, Nueva Jersey, 1944.

<sup>206</sup> FLOOD, M., *Some Experimental Games*, memoria de investigación R.N.-789, RAND Corporation, Santa Mónica, California, 1955.



evolución y múltiples variantes desarrolladas desde entonces, se puede sintetizar “el dilema del prisionero”<sup>207</sup>, del siguiente modo:

Dos personas son detenidas y confinadas en celdas separadas. A ambas se les da la posibilidad de ser liberados si acusan al contrario de un asesinato. Si ambos se acusan mutuamente, cada uno sufrirá la mitad de la condena, y si ninguno de ellos se acusa, después de pasar el periodo máximo de prisión preventiva, ambos tendrán que ser liberados por falta de pruebas.

La regla estratégica básica a extraer es simple: decidir egoístamente perjudica y decidir pensando en el otro favorece, asumiendo que el otro hace lo mismo<sup>208</sup>.

- Si la decisión de ambos es racional, se favorecen ambos.
- Si sabemos que el otro prisionero aplicará un modelo continental (principios) sabemos que no declarará en mi contra, pues aplicaré el principio de no mentir o no dañar al contrario.
- Si creemos que aplicará un modelo anglosajón (su propio interés) anticiparemos que nos acusará y aplicar por nuestra parte un modelo continental nos perjudicaría a nosotros mismos; tendremos dudas.
- ¿Es la decisión racional, pues, decidir conforme a principios? Es más previsible, más seguro.
- Pero ¿y si la policía nos induce a pensar que el otro es culpable y no hacemos el cálculo racional sino puramente egoísta ...?

---

<sup>207</sup> POUNDSTONE, W., *Prisoner's Dilemma. John von Neumann, Game Theory and the Puzzle of the Bomb*, Doubleday, Nueva York 1992.

<sup>208</sup> Sin embargo, lo más fácil es tomar una decisión emocional, cfr. LEHRER, J., *The Decisive Moment. How the brain makes up its mind*, Edimburgh, Cannongate, 2009. Pág. 167, “Kant and his followers thought the rational brain acted like a scientist, we used reason to arrive at an accurate view of the world. This meant that morality was based on objective values, moral judgments described moral facts. But the mind doesn't work this way. When you are confronted with an ethical dilemma, the unconscious automatically generates an emotional reaction.”

Traslademos el dilema del prisionero al ámbito comercial. Partiremos de que una de las características del conflicto empresarial<sup>209</sup> es que las relaciones entre las partes tienden a ser continuadas y a repetirse a lo largo del tiempo, generándose, en consecuencia, sucesivas transacciones y reiteradas decisiones de cooperar o no, de comportarnos egoístamente o conforme a principios establecidos<sup>210</sup>. Utilicemos un juego, entonces, en el que unos mismos jugadores deciden la jugada siguiente analizando la interacción de sus decisiones previas; es decir, es preciso fijar una estrategia y modificarla a medida que se desarrolla el juego.

Partiremos de que habrá diez envites y los jugadores obtendrán las siguientes puntuaciones (años de cárcel):

- Si ambos guardan silencio, esto es, si cooperan, un año cada uno.
- Si ambos se delatan (no cooperan entre sí), cinco años cada uno.
- Si uno guarda silencio (coopera) y el otro delata (no coopera), diez años para uno y libertad para el otro.

Eso, más o menos, es lo que hizo el matemático y politólogo AXELROD<sup>211</sup> en los años 80. AXELROD complicó más la teoría de juegos al pensar en la proyección futura: mi estrategia y mi siguiente envite, al igual que mi decisión en el presente, dependerá de nuestra historia común, pero también de que vamos a seguir jugando en el futuro.

---

<sup>209</sup>Sobre errores en la toma de decisiones económicas cfr., PHILBIN, D., “The Psychology of Bad Economic Decisions”, en *Dispute Resolution Alert (JAMS)*, vol. 7 n°4, 2007.

<sup>210</sup>La dificultad de establecer estrategias cooperativas cuando hay una sola decisión la pone de manifiesto CONTHE, M., *La Paradoja del Bronce. Espejismos y Sorpresas en el Mundo de la Economía y la Política*, Crítica, 2007, pág. 249. “En toda situación social que tenga estructura de dilema del prisionero la buena voluntad individual de quienes la padecen no bastará para solventarla, sobre todo si son muchos los afectados. Por eso a la gran mayoría le interesará el establecimiento de un mecanismo coactivo que fuerce a cada uno de ellos a cooperar, elimine tentaciones y castigue a los *escaqueadores*”.

<sup>211</sup>AXELROD, R., *The Evolution of Cooperation*, Basic Books, Nueva York, 1984.

AXELROD contó con la colaboración de un grupo de expertos en la teoría de juegos, cada uno aportó una estrategia a seguir para todos los diferentes envites del juego. AXELROD recibió de sus colaboradores numerosos modelos de estrategias para la toma de decisiones en el juego que aplicó para intentar determinar cuál de las estrategias obtenía en la práctica el mejor resultado (en nuestro caso, un menor número de años de condena).

Existían tres estrategias básicas:

- Delatar siempre (estrategia egoísta). Consiste en no dar ventaja al contrario. Uno se anticipa al juego del contrario y se beneficia si el otro utiliza una estrategia cooperativa.
- Cooperar siempre. Es arriesgado si el otro no sigue sus mismos principios de cooperación.
- Delatar o cooperar al azar.

Sin perjuicio de estas tres estrategias básicas, los jugadores deciden en función de la decisión anterior del contrario, y tomando en cuenta la expectativa de las siguientes partidas. Los jugadores no se pueden comunicar (la información se mantiene asimétrica) excepto a través de sus decisiones, que el contrario interpreta para vaticinar el siguiente movimiento.

La decisión racional sería: cooperemos, esto es, guardemos ambos silencio. Una manera de transmitir la amenaza de "si delatas, te delato", es delatando una vez. En la práctica, no obstante, generará una cadena de delaciones. La manera de trasladar el mensaje racional y acordar una línea de cooperación es comenzar cooperando. Esta es la estrategia que mejores resultados dió a AXELROD: "tit for tat" (golpe por golpe o "donde las dan las toman"). Es

conocida como “la estrategia correcta” o “estrategia amable” en la teoría de juegos.

La formulación de la estrategia es muy simple: "coopera en el primer envite y replica en el envite siguiente lo que haga el otro jugador en el envite anterior".

"*Tit for tat*"<sup>212</sup> tiene una serie de ventajas:

1. Es simple y, por tanto fácil de interpretar por el contrario.
2. Si ambos jugadores la aplican no genera ningún riesgo futuro.
3. Si uno de los jugadores traiciona, el contrario tiene capacidad de reacción enviando una amenaza y evita así “hacer el primo”. Lo contrario sería favorecer al delator.
4. Al reaccionar, permite al traidor corregir su traición en la siguiente jugada.
5. Otorga al ofendido la capacidad de perdonar, volviendo a cooperar tras la amenaza.
6. Es una estrategia abierta, que no precisa de escaramuzas para enviar mensajes o evitar que sea descubierta. No es competitiva: todos dan.

Volviendo a aquella simplificación extrema de la filosofía moral en modelo egoísta y altruista, utilitarista y kantiano, o anglosajón y continental, parece que el imperativo categórico kantiano, tratar a los demás como queremos que nos traten, nos sitúa conceptualmente más cerca del "*tit for tat*" que del hobbesiano "*homo homini lupus*".

---

<sup>212</sup>SINGER, P., *Ética para Vivir Mejor*, Ariel, Barcelona 1995, págs. 165-170 (Edición original "How Are we to Live?", William Heinemann Ltd., Londres, 1993).

Lo cierto, no obstante, es que en el contexto de los conflictos empresariales internacionales, se han impuesto los mecanismos alternativos de solución de conflicto de corte anglosajón, diseñados para ser operados utilizando un modelo de Harvard de técnicas de negociación que parte de la identificación del propio interés (sin perjuicio de considerar el del contrario sólo por una razón estratégica)<sup>213</sup>.

¿Sitúa esto en desventaja a quienes provienen de ámbitos en los que culturalmente no se decide en base a principios? Probablemente sí en la primera jugada, pero no en la siguiente, si aplicamos el "tit for tat": comenzar cooperando y después adaptar el juego al del contrario<sup>214</sup>.

Imaginemos una mediación en el que las partes no han decidido si comenzar cooperando o no. Probablemente el éxito de la mediación dependerá del clima de confianza inducido por el mediador en el momento inicial para favorecer el que el primer movimiento sea cooperador, y en

---

<sup>213</sup>Y, de hecho, una correcta argumentación debe sostenerse sobre principios no egoístas, que no suponen descuidar los propios intereses, Cfr. PÁRAMO ARGÜELLES, J.R., "Democracia, Preferencias y Negociación", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 2-1999, "(...) parece que el hecho de argumentar puede producir ciertas consecuencias muy beneficiosas. Si se cree que alguien defiende sus argumentos por razones de principio, se está más dispuesto a hacer algún tipo de concesiones y genera más confianza en quien escucha. Además, el prudente esfuerzo de ocultar intereses particulares bajo la forma de argumentos generales pone límites a nuestra insaciable capacidad de vencer sin convencer. Un ejemplo drástico de lo que puede ser un razonamiento *ad baculum* nos lo suministra la famosa reunión de Yalta al término de la segunda guerra mundial. Se dice que Churchill informó a los demás que el Papa sugería seguir tal o cual curso de acción. Se afirma que Stalin manifestó su desacuerdo al preguntar, "¿Y cuántas divisiones dice usted que tiene el Papa para el combate?". Sin embargo, a pesar de la visión escéptica de Stalin por la argumentación -en eso sí fue coherente durante toda su vida- el hecho de aducir razones generales puede verdaderamente llegar a convencer a otras personas. Supongamos que los miembros de una asamblea darán su apoyo a un argumento imparcial, si y solo si, sus intereses personales no se ponen en juego. En esa asamblea algunos oradores promueven una propuesta que favorece claramente sus intereses, mientras que otros están al margen. Para convencer a éstos, los primeros deberán sostener su argumentación sobre principios no egoístas, y esto es compatible con el hecho de que el auditorio sabe que se trata de una exclusiva defensa de sus intereses."

<sup>214</sup> Cfr. Sobre la relación entre utilitarismo y la "teoría del reflejo condicionado" Paulov, RUSSELL, B., *A History of Western Philosophy... Op. cit.*, págs. 829 a 830.

mantener velada la amenaza de la traición a lo largo de la mediación para mantener contenidos los impulsos "egoístas" de las partes<sup>215</sup>.

Se puede cooperar porque egoístamente no nos favorece, o por principios, pero si "tit for tat" es una estrategia racional, el egoísmo conduce a la cooperación y no a lo contrario (eso sí, "tit for tat" es una estrategia claramente defensiva y no de ataque o agresiva). Axelrod también analizó la estrategia de cooperación o no agresión, espontáneamente seguida por los soldados franceses y alemanes en la guerra de trincheras durante la Primera Guerra Mundial, conocida como "vive y deja vivir"<sup>216</sup> y que, a juicio de Peter Singer, justifica que "la biología no impone que nuestra elección radical sea estrechamente egoísta"<sup>217</sup>. Lynn Hunt va más allá "la capacidad de sentir empatía es universal, ya que tiene sus raíces en la biología del cerebro; depende de una capacidad con base biológica, la de comprender la subjetividad de otras personas e imaginar que sus experiencias internas son como las propias".<sup>218</sup> En palabras de MUÑOZ MOLINA<sup>219</sup>, "no se trata de renunciar a lo que es: es aceptar la parte en la que nos parecemos a los otros".

## 5. Razones para cooperar

Egoístamente, porque es una estrategia que nos protege. Altruístamente, porque nos gustaría que cooperasen con nosotros.

---

<sup>215</sup>Sobre el "óptimo de Pareto", el reparto eficiente pero no justo, y la ausencia a veces, como en el dilema del prisionero, de una "mano invisible" que armonice las ineficiencias/falta de justicia cfr. UGARTE, J.L., *Análisis Económico del Derecho. EL derecho Laboral y sus Enemigos*, Fundación de Cultura Universitaria, Santiago de Chile, 2001, pág. 25-26.

<sup>216</sup>AXELROD, R., *Op. cit.* págs. 73 a 87.

<sup>217</sup>SINGER, P., *Op. cit.*

<sup>218</sup>HUNT, L., *La Invención de los Derechos Humanos*, Tusquet, Barcelona, 2009, pág. 39.

<sup>219</sup>MUÑOZ MOLINA, A, *Op. cit.* pág. 225.

Ninguno de los dos modelos es puro: el modelo altruista reaccionará egoístamente si se le agrede y el egoísta, en la práctica, respeta principios semejantes al altruista. Probablemente el riesgo está en el inicio de la interacción, momento en el que existe el riesgo de que se genere una espiral de agresión si el modelo egoísta inicia los movimientos.

PÁRAMO ARGÜELLES <sup>220</sup> considera que hay muchas razones para cooperar y que, por el contrario, la falta de cooperación es, junto a la imposibilidad de predecir, uno de los problemas de orden social que ponen en peligro la integración y la estabilidad. El autor apunta que el interés racional de los individuos puede llevarles a conducirse de maneras que son colectivamente desastrosas. Para evitarlo, pueden ceder su poder a medios coercitivos (Estado) o pueden buscar la cooperación valiéndose de instrumentos como la negociación. Pero en la negociación deben darse determinados rasgos.

Uno de estos rasgos es la interdependencia, que esta estrechamente ligada con el concepto de cooperación y, por tanto, se trata de un elemento clave que identifica las situaciones de negociación. Se trata de que la satisfacción de los objetivos perseguidos no dependan exclusivamente de una de las partes, sino que deben verse influidos por las decisiones que toman otros individuos.

Por otro lado, debe darse lo que PÁRAMO denomina como "percepción de un posible conflicto de intereses", que pueden ir de situaciones puramente competitivas o distributivas en las que las partes tienen intereses estrictamente opuestos (si uno gana, el otro pierde), hasta situaciones puramente cooperativas o de coordinación donde las partes tienen intereses

---

<sup>220</sup>PÁRAMO ARGÜELLES, J.R., *cit.*, pág. 54 y ss.

estrictamente idénticos (ganan o pierden conjuntamente). Estas dos situaciones extremas han sido caracterizadas como juegos de suma cero. Entre ellas hay una serie de situaciones mixtas, que constituyen el segmento en el que se localizan la mayoría de los procesos de negociación y el que presenta los verdaderos dilemas que tiene que resolver el negociador.

El tercer rasgo es la posibilidad de acuerdo; esto es que ambas partes puedan encontrar un resultado más satisfactorio mediante un proceso de negociación que sin llevarlo a cabo. Su acción conjunta –cooperativa- les debe deparar un resultado mejor que el que podrían obtener de otra manera.

Para MADRID LIRAS <sup>221</sup> apoyarnos en la tendencia natural social de necesidad de colaborar del ser humano, evidenciar las cesiones del otro y apelar a la empatía para ello, puede ayudar en muchas ocasiones a superar el egoísmo, entendido como deseo de vencer al otro por encima de todo, a menudo encubierto en:

- el deseo de tener razón;
- el ímpetu moralizador sobre las conductas del otro
- el deseo de obtener una ganancia *por encima* de la del otro

Sobre el primero, el deseo de tener razón, es para muchos un elemento en juego permanente en la mediación. Muchos sólo solicitan eso: que alguien les dé la razón y se frustran mucho al inicio del proceso cuando el mediador aclara que no es su papel juzgar eso. Deben acudir al otro, a su oponente, para que éste les reconozca que tienen, cuando menos, «parte de razón».

---

<sup>221</sup> MADRID LIRAS S., "El dilema de la elección..." *cit.* , pág. 5



¿Podemos extraer de todo esto algunas pautas de conductas frente al conflicto de la teoría de juegos en la aplicación que hace Axelrod si tenemos en cuenta, como PÁRAMO ARGUELLES<sup>222</sup>, que el juego es un situación de interdependencia estratégica, de modo que el resultado de las decisiones de un jugador –sus estrategias- dependen de lo que elija el otro o los otros jugadores?

Peter SINGER<sup>223</sup> extrae y sintetiza magistralmente algunas pautas de aplicación cotidianas del "*tit for tat*", que nosotros adaptamos a las relaciones empresariales:

---

<sup>222</sup> PÁRAMO ARGUELLES, *cit.*, pág. 55, "También se tendría que tener en cuenta que en algunos juegos las jugadas son consecutivas, mientras que en otros son simultáneas. En el juego de turnos consecutivos se aplica un razonamiento lineal, si yo hago esto, mi adversario puede hacer aquello, lo que yo a mi vez puedo responder de otra manera...Estos juegos se pueden estudiar dibujando un árbol de juego, y las mejores jugadas se pueden encontrar aplicando la siguiente regla, mire hacia delante y razone hacia atrás. Cada jugador tiene que mirar hacia adelante y prever las respuestas futuras del contrincante para razonar hacia atrás y decidir su propia jugada presente. Uno de los mejores ejemplos de este tipo de juegos es el ajedrez el razonamiento estratégico en este juego consiste, precisamente, en mirar hacia adelante para prever las consecuencias de la jugada en curso.

Pero en los juegos de turno simultáneo ninguno de los jugadores puede observar la jugada completa de su adversario antes de hacer la suya propia. Aquí no se puede averiguar la estrategia del adversario, sino tan sólo se puede desvelar de forma interactiva. Frente al razonamiento lineal de los juegos consecutivos, aquí predomina el razonamiento circular, yo creo que él piensa que yo creo...Hay que cuadrar este círculo intentando penetrar en el pensamiento del adversario, aunque uno no puede conocerlo en el momento de realizar la jugada. Para ganar este juego conviene construir una tabla que muestre los resultados correspondientes a todas las combinaciones concebibles de decisiones, y después proceder siguiendo una serie de pasos y reglas, basadas éstas en dos ideas muy sencillas, la estrategia dominante y el equilibrio. Vislumbrar si uno mismo o el adversario tiene una estrategia dominante - una estrategia que es la mejor en determinadas circunstancias y en ningún caso es peor que las demás - conduce a la regla que ordena seguir siempre la estrategia dominante. Si uno no la tiene pero sí su contrincante, hay que contar con que la utilizará, eligiendo la mejor respuesta a esta estrategia. Si ninguno de los dos jugadores tiene una estrategia dominante, hay que examinar si alguno tiene una estrategia dominada, esto es, la peor estrategia de todas las que dispone ese jugador esto conduce a otra regla, a saber, la necesidad de no tener en cuenta toda estrategia dominada. Por último, si no hay ni estrategias dominantes ni dominadas, hay que buscar una estrategia de equilibrio, esto es, un par de estrategias en las que la acción de cada jugador es la mejor respuesta a la jugada del otro".

<sup>223</sup>SINGER, P., *Op. cit.*

1. Comenzar por estar dispuesto a cooperar y sólo reaccionar cuando estemos seguros de que no se está dispuesto a cooperar, para evitar así una espiral de no cooperación, y volver a cooperar si el contrario se sitúa en posición de cooperar<sup>224</sup>.

Partir de la confianza, y no de la desconfianza, que bloqueará la comunicación y la posibilidad de lograr una solución negociada<sup>225</sup>. No sólo la confianza sino las relaciones continuadas y el antiformalismo son las características del comercio. En el contexto internacional es fácil interpretar erróneamente ciertos actos por desconocimiento de la cultura ajena. Establecer barreras formales pone en peligro la confianza.

“Combate el mal en sus comienzos; cuando por mucho esperar se ha agravado, es tarde para ponerle remedio”<sup>226</sup>.

---

<sup>224</sup>DÍAZ DE LA CEBOSA SÁNCHEZ, B., *18 Relatos Históricos para Persuadir y Dirigir*, Dykinson, Madrid, 2012, pág. 136, comentando los preliminares de la batalla de Gettysburg y las decisiones del General Lee, “La iniciativa es un concepto que se suele tener poco en cuenta en el mundo de la empresa, pero que es decisiva para poder competir en aquellos puntos en los que se tiene ventaja. El que tiene la iniciativa selecciona el lugar y el momento, mientras que su competidor se limitará a ser un mero comparsa, defendiéndose lo mejor posible.”

<sup>225</sup>DÍAZ DE LA CEBOSA SÁNCHEZ, B., *Op. cit.* p. 105, al comentar la Guerra de Secesión española nos dice, “La alianza se basa en unos intereses comunes de tipo económico y en librarse de una potencial gran amenaza evitando la preponderancia de nadie. Saben que su única oportunidad es promover la confianza mutua, además de apoyarse en el concepto básico de la negociación ganar-ganar. Como vemos incluso en las empresas más pequeñas que supieron estar y aliarse al bando más fiable consiguieron grandes beneficios.

La guerra duró muchos años, durante la cual hubo numerosas batallas, pero la verdadera victoria se logró en el proceso de negociación de la paz. Es precisamente ahí donde hay que ser excelente. Existen grandes estrategias, también magníficos tácticos, unos y otros han conseguido a lo largo de la historia victorias que han trascendido a largo de los siglos; pero las victorias en las negociaciones y tratados aunque no tiene tanta trascendencia pública – ya que no hay nada épico que exaltar- proporcionan las victorias más importantes y verdaderas.”

<sup>226</sup> “Principalis obsta; sero medicina paratur cum mala longas convolvere moras”. Ovidio, “Remedia Amoris”, 91.

2. Mantener una conducta que sea fácilmente interpretable por la otra parte.

De nuevo, las diferencias culturales pueden suponer un grave riesgo al mantenimiento de relaciones si no nos esforzamos en transmitir o en descifrar amablemente los signos de la contraparte. Como escribió Stevenson “las más crueles falsedades se dicen, a menudo, en silencio”<sup>227</sup>.

3. No dejar de reaccionar cuando alguien no coopera contrastadamente o, al primer acto de no cooperación, si es preciso, enviar el mensaje de amenaza. “El tiempo hace al hombre temeroso y el miedo lo vuelve conciliador”<sup>228</sup>.

4. No ser envidioso y resistir a las reglas de juego que fomentan la envidia: la envidia bloquea la cooperación al incentivar o motivar el propio interés. El manejo de técnicas sobre procesos psicológicos como el “endowment effect”, atribuyendo un valor mayor del real a lo propio favorece la cooperación<sup>229</sup>.

La filosofía, en definitiva, nos ha servido para entender por qué actuamos de una manera concreta y la filosofía moral para fijar ciertas pautas estratégicas de conducta que favorecen la cooperación y la solución de conflictos que evitan el enfrentamiento y favorecen la cooperación y la solución de los conflictos. No obstante, hemos de ser conscientes de la complejidad “la inteligencia que se requiere para sobrevivir socialmente es

---

<sup>227</sup> STEVENSON, R.L. *Virginibus Puerisque*, Alianza, Madrid, 2005, pág. 66.

<sup>228</sup> RUSSELL, B., *Autobiografía*, Testimonio Edhasa, Barcelona, 1991, citado por ALVAREZ DE MON PAN DE SORALUCE, S., *No soy superman. Luces y sombras de una conversación interior*, Pearson Educación, Madrid, 2007.

<sup>229</sup> PHILLIPS, I., *The Joy of Negotiation*, CEDR, London, 2009.

de un nivel muy diferente de la que se necesita para hacer frente al mundo material”<sup>230</sup>.

Estas pautas se han ido normativizando paulatinamente al trasladarse de forma más o menos difuminada a los códigos de conducta de las instituciones que administran MASC, a las legislaciones que los regulan, a los códigos deontológicos de los colegios profesionales con apelaciones a la buena fe de las partes en el desarrollo de los métodos y sobre todo a las resoluciones jurisprudenciales. La transgresión de la buena fe obviando irrazonablemente la invitación a intentar evitar la judicialización del conflicto o manteniendo una postura obstativa tiene, como hemos visto, consecuencias en materia de costas<sup>231</sup>.

Es en el terreno del arbitraje internacional, que viene siendo la cámara de resonancia para los MASC, donde se han positivizado con mayor detalle las reglas de conducta de las partes y sus representantes<sup>232</sup>. Las reglas aprobadas el 25 de mayo de 2013 por el Consejo de la Asociación

---

<sup>230</sup> HUMPFREY, N., *La Mirada Interior*, Alianza, Madrid, 1993, pág. 39 (dedica el capítulo 2, “Psicólogos Naturales” a la comparación de primates y humanos).

<sup>231</sup> Compartimos la reflexión de MOROTE MENDOZA, “En el mundo de la postmodernidad, tras la constatación del fracaso de los grandes relatos políticos escatológicos, el proceso judicial tradicional, fundamentado precisamente en un ordenamiento trascendente más allá de los valores e intereses particulares divergentes, pero legítimos todos, de las partes en disputa, podría (y quizá debería) quedar limitado a aquellos conflictos patológicos en los que no ha sido posible alcanzar una solución libremente negociada por las partes de forma privada y más acá de un ordenamiento legal trascendente con respecto de ellas. Se trata de aproximar sus géneros de discurso respectivos para subsumirlos en uno más general y comprensivo que los inicialmente divergentes o, alternativamente, aun manteniendo géneros de discurso distintos, hallar un enunciado común que resulte del encadenamiento de presupuestos y enunciados previos lográndose un enunciado-resolución común aunque sea a través de reglas de encadenamiento diferentes.”, en MOROTE MENDOZA, J. M. (21 julio 2012) [Mensaje en el blog Hay Derecho], “La mediación y las bases de una metafísica jurídica de la modernidad”, recuperado de <http://hayderecho.com/2012/07/21/la-mediacion-y-las-bases-de-una-metafisica-juridica-de-la-modernidad/>

<sup>232</sup> WAYNCYMER, J., “Regulatory Developments in the Control of Counsel in International Arbitration”, en *Arbitration International* (LCIA), vol.30, nº3, págs. 513-552.

Internacional de la Abogacía sobre Representación de las Partes en Arbitraje Internacional<sup>233</sup> pretenden conciliar códigos deontológicos que responden a múltiples estándares éticos. En el mismo sentido el Anexo a las Reglas de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) de mayo de 2014<sup>234</sup>. Ambos han sido objeto de crítica por exigir de los árbitros unas funciones que exceden de sus obligaciones tradicionales y que pueden “distraer la función principal de un procedimiento arbitral”<sup>235</sup>.

El principio de “doble deontología”<sup>236</sup> ya venía establecido por la Directiva Europea<sup>237</sup> que facilitaba el ejercicio de la abogacía con libertad de establecimiento en los distintos estados miembros, obligando a sujetarse a los profesionales a los códigos de conducta del Estado Miembro de registro y en el de práctica.

Si pretendiésemos justificar la elección de una estrategia concreta, la Teoría del Derecho puede darnos algunas pautas: la Teoría Predictiva del Derecho del Juez estadounidense, Oliver Wendell Holmes, germen del “Realismo Jurídico Norteamericano”, utiliza la figura del “hombre malo”<sup>238</sup> para elaborar su idea de que el Derecho es lo que los jueces acaban decidiendo y la Teoría del Derecho la predicción de lo que los jueces harán. El “hombre

---

<sup>233</sup>[http://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx).

<sup>234</sup>[http://www.lcia.org/Dispute\\_Resolution\\_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx](http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx)

<sup>235</sup> PARK, W. P., “A fair fight, Professional Guidelines in International Arbitration”, en *Arbitration International* (LCIA), vol. 30 n° 3, pág. 411. Sobre la facultad de los árbitros de intentar que las partes lleguen a un acuerdo, cfr. HILGARD, M y BRUDER, A.E, “Unauthorised Amiable Compositeur?” en *Dispute Resolution International*, vol. 8, N° 1, May 2014, págs. 51-62.

<sup>236</sup> CUMMINS, T., “The IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration – Levelling the Playing Field?”, en *Arbitration International* (LCIA), vol. 30, n°3, 2014, págs. 434-437.

<sup>237</sup> Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título (DO L 77 de 14.3.1998, pág. 36)

<sup>238</sup> WENDELL HOLMES Jr. O., “The Path of the Law”, *10 Harvard Law Review*, Boston, 1897, pág. 457.

malo” toma decisiones realizando un juicio predictivo de la posible consecuencia de su conducta, con abstracción de cualquier consideración ética. Sin embargo, el Positivismo Legal desarrollado desde la Filosofía Analítica, por H. L. Hart<sup>239</sup>, diferencia entre hábitos, reglas sociales y normas. Razona el sentimiento del individuo a obedecer las normas por una razón interna, ajena a la moral y ajeno a la coacción, más allá de la razón externa que es la percepción de la observancia general de la norma. La obediencia a la norma es lo que le dota de eficacia. En una época y entorno cultural radicalmente distinto, Ibn Ham de Cordoba, escribió “En las virtudes y en los defectos, en la obediencia y en la desobediencia, no se trata más que de aversión o inclinación, pues la persona feliz es aquella que se complace en la virtud y en la obediencia...”<sup>240</sup>

Concluyendo, el cambio consiste en entender el conflicto no como una oportunidad para dirimirlo únicamente mediante un torneo legal, a veces un torneo retórico o literario, sino para solucionarlo mediante su gestión legal. Gestión legal, así entendida, que implicará análisis (diagnóstico), estrategia (tratamiento) e implementación (aplicación). Esto debiera ser útil y la filosofía debiera servir para algo. Y para algo en la práctica.

“Hablar de métodos alternativos, hablar de mediación, supone asumir desde el punto de vista crítico la realidad del sistema de la Administración de justicia en su conjunto, para llegar a la conclusión de que la respuesta judicial emanada de un proceso contencioso debe estar basada en el principio de intervención mínima, cuando no sea posible por otros medios dirimir un conflicto de intereses o cuando la naturaleza de los hechos no admita otra salida que la de una decisión de un tribunal impuesta

---

<sup>239</sup> HART, H. L.A., *The Concept of Law*, Clarendon Law Series, Oxford, 1961.

<sup>240</sup> HAZM DE CORDOBA, I., *El Libro de los caracteres y las Conductas*, Siruela, Madrid, 2007, pág. 67.

coactivamente. Para otros muchos casos, el propio estado debe propiciar la devolución a los ciudadanos de la capacidad para encontrar la solución adecuada”<sup>241</sup>.

Peter SINGER llega a afirmar, en una redefinición osada del concepto de justicia, que “la justicia no es ni más ni menos que un juego de herramientas conceptuales para hacer que Golpe por Golpe funcione en el mundo real”<sup>242</sup>. Los MASC como parte del sistema de justicia deberían representar entonces una avanzadilla por su facilidad para permitir que funcione el “*tit for tat*”.

6. El uso de la información asimétrica en la práctica: simulación de un mediación.

A través de un caso práctico pretendemos ilustrar ese desarrollo. Utilizando una dramatización de la posible mediación, incidimos en la intervención del mediador, para ilustrar el uso que de la información asimétrica hacen las partes y las ventajas que aporta acudir a un tercero neutral. No sólo evita bloqueos de la información sino que facilita que fluya y lo haga de forma constructiva a favor de los intereses de las partes en conflicto.

#### A. Planteamiento

Al acudir a los métodos alternativos para la solución de conflictos civiles y

---

<sup>241</sup> ORTUÑO MUÑOZ J. P., Y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas Alternativos a la Resolución de Conflictos (ADR), la mediación en las jurisdicciones civil y penal”, Documento de Trabajo 110/2007, Laboratorio de Alternativas, Fundación Alternativas, Barcelona, pág. 18.

<sup>242</sup>SINGER, *op. cit.*, pág. 179.

mercantiles se utiliza, generalmente, el “modelo Harvard” para diseñar la estrategia de negociación de las partes<sup>243</sup>.

En la práctica, se parte de:

- a) la identificación del propio interés (sin perjuicio de considerar el del contrario sólo por una razón estratégica),
- b) de un principio de cooperación entre las partes que permite dinamizar la negociación y,
- c) del manejo de la asimetría de la información por parte del tercero neutral.

Partimos del guión de la mediación del conflicto que genera la reclamación de daños derivada de un accidente de circulación entre un motorista (reclamante) y un automovilista (reclamado) asistido por el abogado de la compañía que asegura su responsabilidad civil. Estudiamos el mapa de intereses de la partes y de información asimétrica que el mediador consigue elaborar durante la mediación y que justifica los comportamientos durante la mediación y el acuerdo. Finalmente, analizamos comparadamente los flujos económicos y las ventajas prácticas para las partes acudiendo a mediación o a la vía judicial para solucionar el conflicto.

Imaginemos una mediación en la que:

- a) las partes intervinientes han identificado sus propios intereses y han fijado una estrategia inicial partiendo de la información a su disposición antes de su inicio.

---

<sup>243</sup> Tipos de estrategias de negociación (competitiva, colaboradora, de adaptación, de evitación, de compromiso) y factores para su elección, en LEWICKI, R.J., HIAM, A., WISE OLANDER, K., *Piense Antes de hablar. Guía Completa de la Negociación estratégica*, Bilbao, Deusto, 2003, págs. 75-180.



b) las partes no han decidido si comenzar cooperando o no. Probablemente el éxito de la mediación dependerá del clima de confianza inducido por el mediador en el momento inicial para favorecer el que el primer movimiento sea cooperador.

c) también condicionará el resultado que se mantenga durante la mediación la amenaza velada de la traición que supondría utilizar información que erosionase los intereses de las otras partes, para contener los impulsos "egoístas" de las partes. Se puede cooperar porque egoístamente no nos favorece, o por principios, pero cooperar es una estrategia racional y el egoísmo conduce a la cooperación y no a lo contrario si se utiliza como estrategia defensiva y no de ataque o agresiva.

#### B. Razones para cooperar ante el conflicto

Siguiendo las reflexiones realizadas al analizar “el dilema del prisionero”, egoístamente, porque es una estrategia que nos protege. Altruistamente, porque nos gustaría que cooperasen con nosotros<sup>244</sup>.

Probablemente el mayor riesgo de que no se coopere está en el inicio de la interacción entre las partes; puede que se genere una espiral de agresión si el modelo egoísta inicia los movimientos.

#### C. Supuesto de hecho

(NB: El supuesto tiene por objeto ilustrar como se desarrolla una

---

<sup>244</sup> FAJARDO MARTOS, P., "Estrategia y Mediación", en *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos Caminos para la Justicia*. Vol.2- Comunicaciones 18-19 de junio de 2009, Barcelona, págs, 55-66.

mediación. No pretende dar una solución legal al conflicto. De hecho partimos de un posible rechazo de la compañía aseguradora cuando no tendría esta posibilidad y si la de recobrar de su asegurado. Las cifras y porcentajes han de entenderse en el mismo contexto ilustrativo).

- 20 Enero 2006 (05'00 am)
- Pedro (motorista) en semáforo rojo
- Luis (coche) frena bruscamente y golpea la moto.
- Pedro sufre una lesión en la rodilla.
- No hay testigos del accidente
- La aseguradora de la responsabilidad civil de Luis: ofrece pagar el 50% de la cantidad resultante de aplicar el baremo de daños sufridos en accidentes de circulación (ofrece 50.000 euros, siendo el calculo conforme a baremo de 100.000 euros)
- Pedro: reclama el 100% más 100.000 euros como indemnización del daño moral (pretende alegar la alcoholemia de Luis)

#### D. El desarrollo de una mediación: un posible guión

"La moto de Pedro"

Intervinientes:

- Narrador
- Mediador
- Pedro (demandante)
- Abogado/hermano
- Luis García (demandado)
- Abogado asegurador

Escenario: una mesa con seis sillas.

Puesta en escena: el narrador solo, en una esquina de la mesa.

Narrador:

[Explicación de la puesta en escena. Su finalidad es acercar a los asistentes a un procedimiento de mediación que es representado por diversos "actores". El narrador explicará cómo se irá introduciendo cada una de las fases de la mediación mientras que los actores representarán las posiciones de cada uno de los intervinientes. Presentación de cada uno de los actores y explicación de conflicto]

*El 20 de enero de 2006 a las 0500 horas Pedro Pérez sufrió graves lesiones en la rodilla al ser golpeada su motocicleta por el automóvil que le seguía y que conducía Luis García. El accidente se produjo en un semáforo. Pedro mantiene que estaba parado porque el semáforo estaba en rojo. Luis mantiene que Pedro freno violentamente y sin previo aviso cuando el semáforo estaba en verde. No hay testigos.*

*La compañía que asegura la responsabilidad civil de Luis ha ofrecido indemnizar un cincuenta por ciento de la valoración de las lesiones realizada por el forense. Pedro se niega a aceptar la oferta y reclama el 100% además de una indemnización de 100.000 euros por los inconvenientes que el accidente ha supuesto para sus padres y hermanos en los 3 últimos años. Pretende demandar a Luis y alegar que conducía bajo los efectos del alcohol.*

[Explicación sucinta de los prolegómenos del proceso: las partes se habrán tenido que poner de acuerdo en acudir a la mediación y habrán elegido un Mediador, ya sea directamente o a través de una institución de Mediación. Igualmente habrán acordado el lugar de la mediación o la institución a la que hayan acudido proveerá de los medios necesarios]

Puesta en escena: el Mediador entra y se queda de pie junto a la mesa.

### "El inicio del proceso. Sesión conjunta"

NARRADOR.- [Explicación de cómo el mediador va a recibir a cada una de las partes y las va a acompañar a sus posiciones. Se destaca la importancia de que el mediador guarde en este punto la suficiente imparcialidad, a través de su saludo y posición física, así como muestre un carácter tranquilo y un tono de voz sosegado. Inicio de la sesión conjunta en la que el mediador va a explicar a las partes el desarrollo del proceso, recordarles los principios sobre los que se asienta y escuchar la versión inicial de cada parte]

Puesta en escena: El narrador se retira hacia un lado. Las partes y sus abogados se colocan junto a unos pasos de la mesa.

MEDIADOR.- [Saludo a las partes, empezando por Pedro y su abogado. A continuación acompaña a ambas partes a la mesa y les indica su colocación. El demandante, Pedro es dirigido a la derecha de mediador, junto con su abogado y el demandando, Luis, es dirigido a la izquierda, junto con el abogado de la aseguradora]

Puesta en escena: Todos sentados.

*MEDIADOR.- Nos hallamos aquí con la intención de buscar una solución al conflicto que ha surgido del accidente de tráfico sufrido por Uds. Déjenme recordarles brevemente cómo funciona la mediación. Una vez que yo finalice esta intervención y haya resuelto cualquier duda que se les pueda plantear, me dirigiré a Pedro para que nos explique en diez minutos los pormenores de su reclamación. A continuación, y sin que deba entenderse como una contestación a la demanda de Pedro, será Luis quien nos explique su punto de vista y cómo entiende él el problema, durante un tiempo equivalente. Si lo considero necesario, una vez que escuche sus posiciones me reuniré con ustedes por separado. Vamos a mantener tantas reuniones conjuntas y separadas como sea necesario para que Uds. consigan llegar por sí mismos a una solución, ya que, yo, como mediador, no tengo facultad de decisión.*

*Sé que Uds. tienen facultad de decisión sobre el conflicto, pero le ruego al representante de la aseguradora que me confirme que también cuenta con la capacidad de obligar a la aseguradora en relación con el acuerdo al que se llegue.*

*Con el fin de mantener un ambiente sosegado, les ruego que todos Uds. se traten con cortesía y respeto durante este proceso. Cuando uno de Uds. tenga el uso de la palabra, el resto debe guardar silencio y escuchar atentamente, evitando interrumpir al otro. Pueden tomar notas durante las intervenciones de la otra parte y utilizar un guión en las propias, de modo que puedan asegurarse que no hay ningún punto importante que olvidan. Podemos volver sobre los mismos puntos, para analizarlos y debatirlos, cuantas veces sea necesario. Yo también tomaré notas e incluso seré yo mismo quienes les pida que volvamos sobre algún punto, si creo que esto puede ayudar a encontrar la solución.*

*Toda la información que manejemos se considerará estrictamente confidencial, así como las notas que tomemos. Estas deberían ser destruidas y en ningún caso pueden aportarse a un procedimiento en el caso de que hoy no consiguiéramos llegar a un acuerdo. Esta prevención, les recuerdo, se me aplica también a mí, así como a sus abogados y a cuantas personas pueden tomar parte en este procedimiento. La única excepción a esta regla sería el caso de que yo pudiera percibir alguna circunstancia, como la comisión de un delito, que debiera poner en conocimiento de las autoridades, lo que seguro no ocurre.*

*Les recuerdo, por último, que cualquiera de Uds. puede dar por terminado el procedimiento cuando lo considere oportuno. Igualmente yo podré hacerlo, si veo que no va a ser posible llegar a un acuerdo o se produce alguna situación que pudiera hacer peligrar el equilibrio de las partes en el procedimiento.*

*¿Tienen alguna pregunta que hacerme antes de que comencemos?*

[Da la palabra a Pedro]

NARRADOR.- [Explica la importancia que tiene para el mediador este primer contacto con las narraciones de las partes, para tomar el pulso a sus posiciones frente al conflicto. Debe fijarse no solo en lo que cuentan las partes sino también en cómo lo cuentan -tono, comportamiento general, postura-]

PEDRO.- [Explica su postura de acuerdo con las instrucciones, haciendo hincapié en las dificultades que ha supuesto para su familia su recuperación y el dolor que les ha causado. Reclama 200.000 €Está nervioso porque

teme que trascienda que había bebido, lo que es ignorado por sus familiares]

MEDIADOR.- [Agradece a Pedro su exposición y da la palabra a Juan, recordándole que no se trata de contestar a Pedro sino de explicar cuál es su versión de lo ocurrido y su postura ante estos hechos.]

JUAN.- [Explica su postura de acuerdo con las instrucciones, también está nervioso, pues teme que surja el hecho de que había bebido y la aseguradora le niegue la cobertura. Según le ha indicado el abogado de la aseguradora la cantidad máxima que podría recibir Pedro por sus lesiones es de 100.000 € Se siente culpable por lo que ha ocurrido –y lo expresa- y le gustaría llegar a un arreglo, pero en ningún caso alcanza la cuantía reclamada por Pedro.]

MEDIADOR.- [Agradece a Juan su exposición y resume su intervención. Pregunta a Pedro cómo valora la respuesta de Juan y si cree que habría alguna posibilidad de llegar a un acuerdo en cuanto a la cantidad.]

PEDRO.- [Nervioso, repite que su familia lo ha pasado muy mal y que este sufrimiento debe ser reparado. Repite que Juan ha tenido la culpa de lo que ha ocurrido y que tiene que pagarlo]

NARRADOR.- [Explica la importancia de las sesiones privadas, por la mayor libertad que permite al mediador para obtener más información sobre la posición de la parte]

Puesta en escena: Sesión privada, Luis y su abogado se retiran. Quedan el mediador, Pedro y su abogado.

MEDIADOR.- [Actitud generadora de confianza y escucha activa. Recuerda que si algo de lo que se habla en la reunión lo consideran confidencial, deben comunicárselo y que, en cualquier caso, requeriría su consentimiento expreso antes de trasladar cualquier información a la otra parte. Resume el punto en el que encuentran: la oferta de la aseguradora es de 100.000 € ]

PEDRO.- [Repite lo mismo que ha expresado en la reunión conjunta.]

HERMANO ABOGADO.- [Comenta que Pedro ha sufrido inmerecidamente y que claramente Juan tiene que hacer frente a la totalidad de la reclamación. El daño moral y material que ha supuesto para su familia el accidente de Pedro, que no ha tenido la culpa de nada, debe repararse debidamente. Hace hincapié en que Juan dio por detrás a Pedro y que él no ha tenido la culpa de nada.]

PEDRO.- [Asiente claramente nervioso]

MEDIADOR.- [Solicita quedarse solo con Pedro, pues le gustaría comentar algunos puntos que no se relacionan con el aspecto legal de la reclamación]

Puesta en escena: El hermano de Pedro se retira.

MEDIADOR.- [El mediador le pide a Pedro que le explique de nuevo las circunstancias del accidente.]

PEDRO.- [Repite la explicación, aunque en esta ocasión indica que él estaba en el bar en el que se hallaba Luis, que había bebido, aunque muy poco y que no está seguro de si frenó o no bruscamente, pero en cualquier caso Luis también estaba bebido.]



MEDIADOR.- [Pide a Pedro que le explique de qué modo su familia le ha ayudado y por qué considera que debe solicitar una indemnización tan elevada.]

PEDRO.- [Dice que se siente muy culpable, ya que no puede estar seguro de que en las circunstancias en que se produjo el accidente toda la culpa fuera de Luis, pero que, a causa de las lesiones que ha sufrido, toda su familia ha tenido que estar pendiente de él. La lesión le ha impedido ayudar a sus padres en su negocio y su hermano le ha convencido de que tiene que pedir una cantidad elevada como indemnización.]

MEDIADOR.- [Indica a Pedro que va a reunirse ahora con Luis, al que no trasladará nada de lo que han hablado. Pide a Pedro que, junto con su abogado, identifique qué es lo que realmente debería cubrir esa indemnización, desde su punto de vista y, si sería capaz de establecer una cantidad inferior a la que ahora solicita, ya que le gustaría que trataran ese punto en la siguiente reunión que mantengan.]

Puesta en escena.- Pedro se retira y vuelven a escena Luis y su abogado.

MEDIADOR.- [Actitud generadora de confianza y escucha activa. Recuerda que si algo de lo que se habla en la reunión lo consideran confidencial, deben comunicárselo y que, en cualquier caso, requeriría su consentimiento expreso antes de trasladar cualquier información a la otra parte. Recuerda a las partes cuál es la reclamación de Pedro -200.000 € así como que Pedro se siente muy afectado por todo lo ocurrido, que desde el punto de vista de Pedro, Luis es culpable del accidente ya que le golpeó por detrás. Pide a Luis que le explique de nuevo cómo ocurrió el accidente. ]

LUIS.- [Explica de nuevo que chocó con la parte trasera de la moto de Pedro, pero que Pedro había frenado bruscamente sin ninguna explicación. El ya sabe que, aunque no cree que haya sido completamente su culpa, Pedro ha sufrido unas lesiones y ha tenido una recuperación complicada. El conoce a la familia de Pedro y es consciente de que ha supuesto un gran perjuicio para sus padres, que ha sufrido mucho con este accidente. El quiere llegar a un acuerdo con Pedro y prefiere no ir a juicio, pero no tiene dinero para hacer frente a la elevadísima indemnización que se le pide. ]

ABOGADO ASEGURADORA.- Pregunta si puede intervenir.

MEDIADOR.- Asiente.

ABOGADO ASEGURADORA.- [Asume la culpa jurídica de Luis, ya que dio a Pedro por detrás, pero no podrán llegar a ningún acuerdo si Pedro no se mueve de sus posiciones. Existe un baremo obligatorio de valoración para estos accidentes y ellos están dispuestos a indemnizar su lesión en el 100% de la valoración hecha por el forense (100.000 €), pero no van a pagar ningún daño moral a los familiares.]

LUIS.- [Dice que él podría pagar algo más, incluso, pero muy poco, un máximo de 20,000.]

MEDIADOR.- [Resume el contenido de la reunión e indica que, puesto que ha pedido a Pedro que haga una valoración más detallada de su demanda, pasarán a una reunión conjunta-]

NARRADOR.- [Explica que en este punto el mediador todavía podría realizar otra reunión individual con Pedro, para ver si realmente ha

especificado los términos de su demanda antes de ir a una reunión conjunta, pero vamos a dar por realizado este paso, para agilizar el proceso.]

Puesta en escena: todos en la mesa

MEDIADOR.- [Indica que después de hablar con ambas partes, cree que se dan las condiciones para que avancen en la consecución de un acuerdo, por lo que cree que lo idóneo es continuar la negociación conjunta. Pide a Pedro que indique a la otra parte los términos concretos que debería cubrir la indemnización y si puede plasmarlo en alguna cantidad concreta, inferior a la demanda ya planteada.]

PEDRO.- Está dispuesto a llegar a un acuerdo en 100.000 € por sus secuelas y otros 50.000 € por el daño moral sufrido por su familia.

MEDIADOR.- Pregunta a la entidad aseguradora

ABOGADO ASEGURADORA.- Se muestra de acuerdo en el pago de 100.000 € por las secuelas más para compensar los gastos sufridos. Pero no está dispuesto a pagar un daño moral específico de la familia.

LUIS.- Indica que él estaría dispuesto a pagar 20.000 € a los padres y los hermanos de Pedro por el daño moral sufrido, si Pedro acepta la valoración de la aseguradora. Indica a Pedro que sabe que el dolor que ha sufrido la familia es mucho, pero que él, por su cuenta, es lo máximo que puede pagar.

MEDIADOR.- Pregunta a Pedro si aceptaría esta oferta.

PEDRO.- Acepta la oferta.

NARRADOR.- [Explica que el mediador asesoraría a los abogados en la firma del acuerdo de mediación, de modo que recoja fielmente lo acordado por las partes.

Explica que evidentemente, hemos simplificado al máximo el procedimiento. Explica cómo el acuerdo ha sido beneficios para las dos partes, ya que probablemente en un procedimiento Pedro habría podido ver reducida la indemnización de acreditarse la concurrencia de culpa en la producción del accidente, y la aseguradora habría tenido que pagar los intereses de demora. Luis, por su parte, ha evitado la posibilidad de que surgiera en el procedimiento que conducía bajo los efectos del alcohol, con la repercusión que esto habría podido tener respecto a una posible repetición de la aseguradora].

## 7. Los intereses de las partes y la información asimétrica

Para entender la solución y las posturas y movimientos realizados por cada una de las partes, puede resultar de utilidad desvelar la información (asimétrica para el resto) que manejaba cada una de las partes y que conforma su interés real.

- Pedro (motorista) parado ante semáforo rojo. Carece de PRUEBA de este hecho
- Lesiones de rodilla valoradas según el dictamen forense en 100.000 euros.
- Luis (coche) frena bruscamente y golpea la moto. Según su versión la

MOTO ARRANCO Y FRENO BRUSCAMENTE. Carece igualmente de PRUEBA

- Ambos parten de que no hay testigos. Lo cierto es que Pedro puede llamar como testigo al camarero que sirvió distintas bebidas alcohólicas esa noche pues ambos, Luis y Pedro estaban en el mismo local de copas. Luis por su parte podría solicitar la declaración de los amigos que estuvieron bebiendo con Pedro.
- La compañía que asegura la responsabilidad civil del vehículo de Luis ofrece indemnizar con un 50% de la indemnización que resulta de aplicar al dictamen forense el baremo de circulación de vehículos a motor<sup>245</sup>. Desconoce la aseguradora las alegaciones sobre el consumo de alcohol de Luis; de conocerlo se podría plantear rechazar la cobertura. Está dispuesta a incrementar su oferta hasta el 100% del baremo por el riesgo de condena a intereses de penalización por demora<sup>246</sup>. Por su parte Luis estaría dispuesto a contribuir con hasta 20.000 euros para evitar la judicialización por el riesgo de que se alegue su consumo de alcohol y que se conozca por su aseguradora.
- Pedro realmente quiere obtener un 100% del baremo e intentar conseguir una cantidad adicional de hasta 50.000 euros utilizando el argumento velado de la posible alcoholemia de Luis, aunque su abogado le ha asesorado objetivamente en el sentido de que en juicio no obtendría normalmente más del 100% del baremo. No imagina que Luis pueda querer contribuir porque valora un riesgo de perder

---

<sup>245</sup> Sistema de Valoración de Daños Corporales en Accidentes de Circulación, Anexo a la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre de 2004.

<sup>246</sup> Art. 20 LCS prevé la aplicación a la aseguradora de un interés punitivo del 20% anual a partir del segundo año de impago de la indemnización debida.

la cobertura por la alegación de alcoholemia.

¿Cuál hubiera sido el análisis de los flujos económicos en caso de haber acudido a la vía judicial o a mediación?

## MEDIACIÓN

El flujo económico total sería de 133.000 euros:

- PEDRO: obtendría hasta un máximo de 120.000 euros (100.000 de la aseguradora y hasta 20.000 de Luis) y tendría que abonar un total de 6.500 euros que corresponden a la mitad del coste del centro de mediación (500) más la mitad de los honorarios del mediador (1000) más 5.000 de los de su abogado.
- LUIS: pagaría hasta para contribución por daños morales 20.000
- ASEGURADORA: abonaría como máximo el cálculo de las lesiones conforme a baremo, hasta 100.000 euros. Además 6.500 euros, correspondientes a su parte de costes de la mediación (Centro, Mediador y su abogado).
- Centro de Mediación: 1000
- Mediador: 2000
- Abogados: 5000 (x2) El expediente estaría abierto para ellos entre 4 y 6 semanas.

## VIA JUDICIAL

El flujo económico total sería de 140.000 euros:

- PEDRO: obtendría hasta 100.000 y abonaría 10.000 de honorarios de abogados. Si la aseguradora negase cobertura a Luis por la

alcoholemia alegada y Luis fuese insolvente una de las incertidumbres sería cuándo podría cobrar.

- LUIS: tiene riesgo de pagar 100.000 si su aseguradora le niega cobertura más 10.000 euros correspondientes a su propia defensa letrada.
- ASEGURADORA: La aseguradora podría pagar entre 0 y 100.000 euros, en función de que su rechazo de cobertura prospere o no más unos 10.000 euros correspondientes a pago de intereses moratorios más 10.000 euros de honorarios de sus propios abogados por el conflicto con su asegurado.
- Administración Justicia: un coste indeterminado por su funcionamiento para prestar la tutela judicial solicitada.
- Abogados: 10.000 (x3) que mantendrían el expediente abierto entre 12 y 18 meses.

¿Y el análisis de las ventajas para las partes de haber intentado obtener una solución acudiendo al sistema judicial o a los medios de solución eficientes?

#### MEDIACIÓN:

No erosión en la relación de las partes. Permitiría las disculpas de Luis. La relación posiblemente mejorase.

Se mantendría la confidencialidad en relación al consumo de alcohol, evitando el posible rechazo de cobertura de la aseguradora.

Las partes retienen el control sobre la solución del conflicto y el nivel de satisfacción con el resultado sería alto.

## VÍA JUDICIAL:

El ataque y defensa procesal erosionarían la relación entre las partes. La relación se perjudicaría.

No se mantendría la confidencialidad sobre el consumo de alcohol.

Las partes pierden la posibilidad de controlar el resultado al acudir a un medio heterocompositivo. La satisfacción final de las partes sería baja.

Concluyendo. Realizar un análisis predictivo de flujos económicos y, principalmente, de la eventual satisfacción de intereses y expectativas, corresponde a las partes y a quienes les asesoran estratégicamente en la solución del conflicto, utilizando siempre información asimétrica. Esto implica una re-definición crítica de la conducta<sup>247</sup> y la función que los profesionales del Derecho han de cumplir para aportar valor añadido.

---

<sup>247</sup> Sobre “tácticas de guerilla” en arbitraje internacional, cfr. CUMMINS, T., “The IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration – Levelling the Playing Field?”, en *Arbitration International (LCIA)*, vol. 30, nº3, 2014, págs. 438 y 439.



## CAPÍTULO IV

### EL PAPEL DEL ABOGADO DE EMPRESA EN EL SIGLO XXI

#### 1. La formación de los abogados españoles del "Plan del 53"

Si los abogados somos un obstáculo la culpa es del "Plan del 53"<sup>248</sup>, el plan de estudios que ha vertebrado la formación en las facultades de Derecho en España desde 1953 y casi hasta ahora. 25 asignaturas impartidas durante 5 cursos, y estructuradas bajo la premisa maniquea de que los intereses de las partes son necesariamente enfrentados y que tendrían que ser dirimidos por un tercero independiente e imparcial. Siempre existía demandante y demandado, querellante y querellado, defensor del vínculo y del diablo y la necesidad de acudir a un juez dada la imposibilidad de las partes para dotarse de una solución por ellos mismos.

“La falsedad más importante, la “ficción dramática” en torno a la cual se teje la enseñanza del derecho, es la idea de “juicio”, de “proceso ante un Tribunal”, como eje de la actuación de los abogados. Una ficción cultivada por el cine-entretenimiento que le permite al profesorado cubrir piadosamente con el manto de la “épica forense” una desnudez profesional que se empeña en ocultar: simplemente, que los juristas no se ocupan de la justicia... que se ocupan, más modestamente de la legalidad. Y todo el mundo sabe, en las profesiones jurídicas, que la “actuación ante los Tribunales” es un componente menor, en realidad excepcional, de la actividad profesional”.<sup>249</sup>

---

<sup>248</sup> Plan de Estudios de la Licenciatura en Derecho, aprobado por Decreto de 11 de agosto de 1953 – Boletín Oficial del Estado, de 29 de agosto de 1953.

<sup>249</sup> Cfr. CAPELLA, J.R., *El Aprendizaje del Aprendizaje. Fruta Prohibida. Una introducción al estudio del Derecho*, Trotta, Madrid, 1995, pág. 90.

En ese contexto no cabía entender la abogacía como una profesión que pudiera ayudar a las partes a lograr un entendimiento sino casi únicamente a esgrimir la fuerza del Derecho en el seno de una contienda con reglas prefijadas. No se esperaba de los profesionales del Derecho que expusieran las razones que asistían al derecho de una parte sino que existía una expectativa de agresividad en el planteamiento, no en la forma pero sí en la amenaza velada, implícita, del recurso a los tribunales.

Se asumía que un abogado en la práctica utilizaba dos herramientas para el desarrollo de su trabajo: defensa procesal y negociación. El plan del 53 nos formaba intensamente en el uso de la primera y se olvidaba absolutamente de la segunda. Se asumía que era algo natural, casi innato, en el que se dedicaba a la abogacía y, en cualquier caso, algo que no exigía de formación. Con un entendimiento, en parte, también cinematográfico, de la labor extraprocesal del abogado, se asociaba el buen negociador con el uso de trucos o escaramuzas que permitían obtener la mayor ventaja de la otra parte<sup>250</sup>.

En paralelo, el Plan del 53 no incluía la deontología profesional entre las disciplinas a cursar y superar antes de obtener la licenciatura, y al no existir paso intermedio entre la universidad y el libre ejercicio, asumíamos la defensa de los intereses de nuestros clientes con un desconocimiento absoluto de las reglas que debieran regir nuestra conducta en el trato con

---

<sup>250</sup> Sobre recursos de abogados y “trucos” vid. MOSTERÍN, J., *Aristoteles. Historia del Pensamiento*, Alianza Editorial, Madrid, 2006, pág. 83, “Esta reflexión sobre la técnica oratoria surgió en Sicilia a mediados del siglo V a.C. Los primeros tratadistas de retórica de que se tiene noticia fueron los sicilianos Kórax y Tisías, que escribieron un compendio técnico de la oratoria, una *tékhne rēthoriké*, que todavía era leída por el propio Aristoteles. Parece que prestaban especial atención a la oratoria forense, es decir, a los trucos de abogado (como la coartada) para salir bien parado en los juicios.”

tribunales, clientes y otros compañeros<sup>251</sup>. Quizá hubiese bastado que nos hubieran hecho reflexionar sobre la función<sup>252</sup> que la sociedad nos tiene encomendada como profesionales para entender que la defensa de los intereses de nuestros clientes exige en primer lugar entender cuál es su interés real, por encima del que manifiesta, para valorar objetivamente, ajenos a su natural subjetividad, si el derecho que reclama le asiste y, en segundo lugar, elegir la herramienta técnica más adecuada para proteger aquel interés, en muchos casos buscando activamente la concordia<sup>253</sup>.

Abogado es quien de forma profesional se dedica al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses ajenos, define el Estatuto General de la Abogacía<sup>254</sup>. Asesorar implica la valoración objetiva, realista, del asunto y el consejo al cliente; impide ser una voz mercenaria al servicio del cliente cuando el asunto no se sostiene y exige una labor de objetivación y

---

<sup>251</sup> TÁCITO, *Diálogo de los oradores*, (Edición de CABRILLANA LEAL, C.), Eunsa, Pamplona, 2007, pág. 83., *Nec excusatur offensa necessitudine officii aut fide advocationis aut fortuitatae et subitae dictionis ímpetu...* (“Y no se excusa tu ofensa por la necesidad de tu oficio o por tu lealtad como abogado o por el ímpetu de un parlamento casual y repentino...”).

<sup>252</sup> Cfr. CARRETERO SANCHEZ, S., “La Deontología del Abogado en el mundo de las sociedades profesionales, necesidad de reflexiones y propuestas de futuro”, en *Diario “La Ley”*, año XXVII, nº 6439, lunes 13 de marzo de 2006, apartado III “El problema de la responsabilidad deontológica del abogado. Su delimitación en los diversos momentos del prelitigio y el juicio”.

<sup>253</sup> DENNY, N., “Is Liberal Humanism Holding Mediation Back?”, en *Mediate.com*, October 2013, <http://www.mediate.com/articles/DennyN2.cfm>, “We do not serve ourselves or our clients well when the work we do is so invisible as to be beyond perception. Instead, language, the oils on a canvass, the theory informed practices that we select and use, consciously and deliberately, within mediation should all be capable of drawing attention to the thing itself, to the disputants’ conflict, their struggle, condition and the dialogue around it, to make it remarkable once again rather than rendering it normal, urbane and unworthy of comment or attention.”

<sup>254</sup> Real Decreto 658/2001 de 22 de junio por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

*Artículo 9*

*1. Son Abogados quienes, incorporados a un Colegio español de Abogados en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados.*

realismo con el propio cliente<sup>255</sup>. Concordia presupone más que una actividad, una actitud en el desarrollo de la profesión; ser un instrumento de paz entre las partes más que de enfrentamiento. Defensa, exige esgrimir el derecho de una parte; ayudar a que el cliente tenga un entendimiento objetivo y real de su caso no es incompatible con hacer valer los derechos que le asisten.

El profesor CAPELLA supo captar con precisión la función del abogado (“jurista de mercado”) en lo que él llamaba “la sociedad concurrencial”: “El abogado, en su actividad esencial, no es un litigante: es un componedor de normas privadas, particulares. Su trabajo consiste en preparar y hacer aceptables – dadas las finalidades de los sujetos de la sociedad civil- todo tipo de compromisos<sup>256</sup>. Su habilidad técnica se basa tanto en el conocimiento del derecho en vigor como, sobre todo, en el conocimiento de las características específicas de la actividad económica de que se ocupan en cada caso sus clientes. El abogado-jurista de mercado desempeña la función de un canalizador del tráfico económico menudo en una sociedad que se ve a sí misma como autorregulada por el mercado”.<sup>257</sup>

¿Somos los abogados el obstáculo?

Más adelante pretendemos analizar cuáles son las características de los conflictos empresariales en paralelo a las eventuales ventajas que derivan del uso de los métodos alternativos de solución de conflictos, para valorar

---

<sup>255</sup> “...los abogados “auxilian en la resolución de los conflictos sociales, proponiendo al juez las soluciones jurídicamente posibles – o asesorando a su cliente sobre las mismas y sobre la probabilidad de que un juez las respalde”. BIEGER, P., “El Abogado”, en DIEZ-PICAZO, L. M., (Coord.), *El Oficio de Jurista*, Siglo XXI, Madrid, 2006, pág. 23.

<sup>256</sup> “Mientras se está al margen de la justicia oficial todo es negociable” Y. DEZALAY, “Marchands de droit. La restructuration de l’ordre juridique international par les multinationales du droit”, Fayard, París, 1992, pág. 214 (citado por CAPELLA, J.R., *Fruta Prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*, Trotta, Madrid, 1997, pág. 271.

<sup>257</sup> Cfr. CAPELLA, *Op. cit.*, págs. 153-154.

su utilidad. Metodológicamente parece razonable cuestionar, con carácter previo, si existe un prejuicio frente a los métodos alternativos de solución de conflictos que pueda condicionar su promoción, desarrollo y uso normalizado en el ámbito de las disputas comerciales.

Sí, creo que los abogados somos un obstáculo. De hecho creo que somos el principal obstáculo que lastra el uso de los métodos alternativos para la solución de los conflictos comerciales. Existe un prejuicio por parte de los operadores jurídicos, principalmente por parte de los que representan los intereses de las partes en conflicto. Ese mismo prejuicio ha existido, en mayor o menor grado, en todas las comunidades legales cuando se ha comenzado a introducir su uso en los distintos países. El prejuicio tiene su origen en el desconocimiento de los métodos alternativos, de sus ventajas y su funcionamiento en la práctica y, muy principalmente, de la función que los distintos operadores jurídicos juegan en su desarrollo y el valor añadido que aportan y cuánto y porqué podemos cobrar por nuestra intervención. En definitiva, el prejuicio se basa en la ignorancia y la inseguridad<sup>258</sup>. La buena noticia es que podemos culpar al plan del 53 y que replanteando la formación de los abogados podemos alcanzar un nivel de conocimiento y habilidad en el uso de los métodos alternativos que nos permita superar nuestro prejuicio<sup>259</sup>.

---

<sup>258</sup> En este sentido, en la Conferencia Pound el profesor SANDER identificó *the deadening drag of status quoism*", como el principal freno para el desarrollo de los MASC. SANDER, F., "Varieties of Disputes Processing" en LEVIN, A. Y R. WHEELER, R., *The Pound Conference, Perspectives on Justice in the Future*. West Publishing Company, 1979.

<sup>259</sup> Nuevos modelos para la formación de los juristas como el sugerido por FLEERACKERS, "Referring to Deleuze and Derrida as well as Rawls and Habermas...argues against rationalized views of law as communication, by heralding and interactive, caseload-driven and interdisciplinary (ICI) approach to surpass the decay liberal legal thought", "driven by the multifarious reality of cases and not by a superstructure of rules. Accordingly, no rigid disciplinary partitions of reality are endorsed", en FLEERACKERS, F., "The role of lawyers in Interaction, Mediation, ADR and Legal Thinking" en ASSOCIATION OF INTERNATIONAL ARBITRATION, *Op. cit.*, págs. 25 y 35.

Son cinco las respuestas más habituales que los abogados solemos dar cuando se nos plantea el uso de los métodos alternativos de solución de conflictos:

- Primera: "¿Mediar? ¿Eso es lo que yo hago todos los días", "Ahora nos van a enseñar a hablar con nuestros clientes?"
- Segunda: "Eso funciona para los anglosajones, aquí no".
- Tercera: "Para que se meta un tercero mejor me lo dice un juez"
- Cuarta: "Mi cliente no quiere".
- Quinta: "Con esto pierdo trabajo o no gano dinero o gano menos". "¿Qué pinta un abogado en esto?" (Esta no se manifiesta, pero...).

Analicemos cada parte. No es cierto que los abogados mediamos. Mediar exige una formación técnica de la que carecemos. Mediar no es utilizar nuestros "buenos oficios" para buscar una solución. Exige una voluntad de las partes de acudir a un método estructurado y la intervención de un tercero neutral. Algo distinto es que un abogado se puede capacitar para actuar como mediador, algo, por cierto, frecuente.

Las mismas reticencias existían (y, en parte, existen) en los países anglosajones en los que el uso de los métodos alternativos se ha ido desarrollando y ha llegado hoy a formar parte del día a día de la vida legal, normalizándose como una de las herramientas legales utilizadas habitualmente por los abogados para solucionar los conflictos de sus clientes. He de insistir en que las reticencias persisten en parte porque todos hemos tenido un Plan del 53 y también en que los métodos alternativos son "una" de las herramientas, no la única. Como veremos después, no son una panacea, no sirven para todo y más que una alternativa son un complemento a los llamados métodos tradicionales, heterocompositivos, jurisdicción y

arbitraje. La prueba es que en el Reino Unido, que puede ser nuestro referente legal más cercano como parte de la Unión Europea, hasta el año 1999 los métodos alternativos eran tan desconocidos como lo son hoy en el resto de Europa, o más. Sólo a través de la reforma Woolf se catalizó en Inglaterra y Gales el comienzo de su promoción y desarrollo. En Escocia, por el contrario, su éxito ha sido muy inferior, mientras que en otras jurisdicciones de influencia anglosajona, como Australia, Nueva Zelanda o Hong Kong –como hemos visto- su uso está comúnmente aceptado<sup>260</sup>. Puede que sea cierto que en los sistemas de *Common Law*, existan ciertas características que faciliten su uso frente a los sistemas codificados, no obstante, podemos afirmar que la solución negociada de los conflictos no es algo ajeno a nuestro entorno cultural ni a nuestro sistema legal.

La función del tercero es facilitar la comunicación de las partes en ningún caso decidir la cuestión. La solución, si surge, surge de las partes, que retienen el control sobre el conflicto en todo momento. No es más razonable para las partes tener la posibilidad de diseñar su propia solución al conflicto en vez de entregarlo a un tercero que no puede proponer sino solo prescribir soluciones, soluciones que no pueden ser flexibles ni adaptadas a las características y necesidades de las partes y el propio conflicto?

¿Conocen nuestros clientes las ventajas de los métodos alternativos de solución de conflictos? ¿Les hemos explicado cómo funcionan en la práctica? ¿Es verdad que no quieren utilizarlos o quizás no les hemos preguntado, no les hemos explicado? ¿Es su no un "no consentimiento (rechazo) informado"?

---

<sup>260</sup>En un estudio auspiciado por el CGPJ, ORTUÑO, J.P., *Metodos de Racionalización de la Litigiosidad Civil y Mercantil en el Derecho Comparado*, analiza las experiencias en los países de *Common Law* (p. 34-45).

Si los operadores legales anglosajones han terminado incorporándolo con normalidad a su día a día, parece un contrasentido que en países donde el mercado legal está tan desarrollado desde el punto de vista empresarial el uso de los métodos alternativos restrinja el nivel de actividad de los abogados o cercene drásticamente sus ingresos. Puede que necesitemos entender cuál es nuestro papel, puede que necesitemos complementar nuestra formación y puede que necesitemos entender nosotros y hacer entender a nuestros clientes cual es nuestro valor añadido. Ya hoy los clientes acuden a nosotros para que negociemos por ellos o les ayudemos diseñando una estrategia de negociación y poniéndola en práctica. Es lógico pensar que cuando optimicemos nuestra capacidad de negociar y seamos capaces de acudir a otros medios de solucionar conflictos empresariales, más allá de la negociación y la jurisdicción sigan acudiendo a nosotros o acudan más. Ampliar la oferta de servicios y mejorar la prestación no debiera ser un freno sino un motor para el desarrollo. Quizá tenga sentido que dejemos de ser nosotros nuestro propio embrague.

Durante el tiempo que dirigí el Grupo de Práctica Global de DAC Beachcroft, renegociaba anualmente nuestros acuerdos de honorarios para los distintos países con la responsable del panel de despachos internacionales de una compañía reaseguradora francesa. Cada año, después de llegar a un acuerdo, me decía: *“There is something that I learnt early in this job: Lawyers are expensive but a bad lawyer is very expensive”*.

Quizá deberíamos tener la misma que seguridad que Sherlock Holmes en relación al valor añadido y al precio de nuestro trabajo: “Pues efectivamente, como el propio Holmes señala en *El Puente de Thor*, esa tarifa parece existir: “Mis trabajos profesionales se ajustan a una tarifa-



contestó Holmes con frialdad- No acostumbro alterarla en absoluto, si no es para trabajar gratis” (II, 327).”<sup>261</sup>

## 2. La necesidad de un cambio de cultura en los profesionales del Derecho

Se atribuye a George Bernard Shaw la frase: “mi educación fue muy buena hasta que la interrumpió el colegio” y posiblemente, en el caso de los abogados, esa tendría que ser la introducción a una nueva fase, una fase de desaprender<sup>262</sup>. Citando de nuevo a CAPELLA “para un aprendizaje innovador son más importantes las preguntas que las respuestas”<sup>263</sup>.

La búsqueda de la concordia parece más natural que la búsqueda del enfrentamiento; sin duda es más eficiente para solucionar los conflictos mercantiles. Probablemente sea necesario desaprender ciertas prácticas, distanciarnos de una manera contenciosa de abordar la solución de los conflictos<sup>264</sup>. En las páginas que siguen intentaremos esbozar algunas ideas que permitan a los abogados desaprender sobre métodos de solución de conflictos bajo 3 premisas:

---

<sup>261</sup> VALLE, M., *El Signo de los Cuatro*. Conan Doyle, La Ciencia como Ficción Sentimental, Comares, Granada, 2006, pág. 131.

<sup>262</sup> Desaprender, según la definición del Diccionario de la Real Academia Española es olvidar lo aprendido. Definición recuperada en el diccionario on line (buscon), <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=desaprend%ED>

<sup>263</sup> CAPELLA, *Op. cit.*, pág. 34.

<sup>264</sup> Algunos autores “afirman que el movimiento alternativo de Resolución de Disputas, la mediación, es un movimiento social en la medida que implica un cambio de concepción, perspectivas y valores sobre cómo abordar los problemas en las sociedades del tercer milenio, en consonancia indirecta con la formulación de las teorías cuánticas formuladas por el físico Richard Feynmann en el sentido de que un sistema no tiene una sola historia, sino todas las posibles.”, cfr. REDORTA, J., “La mediación comunitaria, hoy”, en *Servicios Sociales y Política Social*, nº 53, 2001.

1. Diferenciar el enfoque de los conflictos de familia del propio de los conflictos mercantiles. Se trata de conflictos de distinta naturaleza y características distintas que exigen un análisis y una estrategia diferente.
2. Acercarnos al conflicto y a su solución no desde la perspectiva del tercero neutral sino desde la posición del abogado, de los terceros al conflicto al que las respectivas partes encomiendan la defensa de sus intereses y a los que les corresponde el análisis del conflicto y el diseño de una estrategia de solución.
3. Ampliar nuestro espectro de posibles métodos de solución al máximo, no limitando el análisis de los métodos alternativos a la mediación, no obstante su obvia preeminencia.

La sociedad ha generado nuevas demandas frente a los operadores jurídicos<sup>265</sup>. No basta un modelo en el que se hacía dejación casi absoluta de la solución de conflictos en favor del Estado. Tampoco un modelo en el que simplemente se cede a terceros, de naturaleza pública o privada, la decisión de las controversias. Ni siquiera un modelo que combine negociación, arbitraje y jurisdicción. La complejidad de los conflictos de naturaleza empresarial, que han dejado de ser bilaterales, que exigen de gestión más que decisión y que son más multidisciplinarios más que legales, ha ido decantando otras maneras de proceder en la solución de disputas.

La sociedad civil ya venía reclamando del Estado la devolución de parte de la soberanía en la solución de conflictos, cedida desde la Ilustración, cuando fue preciso reforzar la doctrina de la división de poderes; así, se han venido desarrollando modelos de solución en el ámbito de las relaciones de

---

<sup>265</sup> “En su nuevo afán por regular todo, prever todo y atribuir y distribuir responsabilidades por todo, el sistema legal se hipertrofia y la sociedad, hiperjuridificada, termina por hacerse más compleja y difícil de vivir...”, TOHARIA CORTES, J.J., en “Las Profesiones Jurídicas, una Aproximación Sociológica”, en DIEZ-PICAZO (coord.), *El Oficio de Jurista...*, *op. cit.*, pág. 5.

familia, más acordes a la naturaleza de los conflictos y de los bienes jurídicos en disputa.

En paralelo, en el ámbito empresarial y en los mercados internacionales, se fueron decantando nuevas respuestas. La celeridad y el antiformalismo propios del comercio, por un lado, y la dificultad añadida que suponen las relaciones comerciales transfronterizas, en aspectos sustantivos y procesales, notablemente en la ejecución, exigen nuevas formas de solucionar los conflictos. Si el Derecho mercantil surgió hace siglos, ya como respuesta a aquellas necesidades, el efecto multiplicador de los actuales medios de comunicación, el uso de la contratación electrónica y la globalización, imponen nuevas formas de solucionar los conflictos que derivan de las características de estas transacciones comerciales<sup>266</sup>.

Siempre hemos negociado y siempre han existido figuras intermedias entre la negociación y la jurisdicción. Como hemos visto, es fácil encontrar antecedentes en todos los sistemas jurídicos y en todas las culturas, con mayor o menor grado de desarrollo y enraizados con distinta fortaleza en las sociedades. No obstante, en las última cuatro décadas se ha producido un desarrollo, casi mundial y casi uniforme, de un modelo de negociación. Ha sido necesario dotar de una doctrina técnica a la negociación y expandirla a través de la colonización legal que han operado las empresas multinacionales por medio de bufetes de abogados internacionales<sup>267</sup> y

---

<sup>266</sup> TOBEÑA considera que la evolución tecnológica es parte de este desarrollo, “La metódica y ordenadísima vida de las sociedades tecnológicas, por poner el ejemplo más cercano, promueve todo tipo de ambientes y situaciones donde la presencia de la agresividad es prácticamente nula. Los hábitos de tolerancia surgen de una manera tan automática y tienen una potencia tan considerable que ni siquiera se requiere que los dispositivos institucionales de coerción (que esperan en la retaguardia, preparados para actuar) molesten con su presencia”, Cfr. TOBEÑA, A., *Anatomía de la Agresividad Humana*, Random House Mondadori, Barcelona, 2003.

<sup>267</sup> “Ello ha supuesto un cambio tanto en la formación del jurista como en la organización del trabajo jurídico. El bufete individual no especializado tiende a ser marginal en las grandes aglomeraciones urbanas. Se impone una fuerte tendencia a la especialización

escuelas de negocios para ir consolidando esa uniformidad; uniformidad veladamente exigida por los mercados financieros en la toma de decisiones de inversión, como parte del índice de seguridad jurídica. La cultura de negociación en un país y la utilización de métodos alternativos de solución de las controversias empresariales forman hoy parte de la seguridad jurídica, del mismo modo que el nivel de corrupción de administración pública y tribunales y la facilidad para ejecutar las resoluciones judiciales o arbitrales.

Un nuevo modelo de negociación, o casi mejor, un modelo de negociación sustentado por un método científico o una metodología de análisis de los conflictos ligada a técnicas de comunicación y consideraciones estratégicas, como se prefiera, ha servido de germen a nuevas estructuras sobre las que desarrollar la negociación. Negociación estructurada es, probablemente, la forma más precisa de definir genéricamente los métodos alternativos de solución de conflictos. Unos tienen un carácter más instrumental para facilitar la negociación, como la evaluación neutral anticipada, y otros son parte del propio proceso negociador, como la mediación. El resumen es que al enfrentar la solución de un conflicto empresarial existe una variedad de herramientas al servicio del operador jurídico, más allá de la negociación y el recurso a fórmulas heterocompositivas. La cuestión es si se adecuan a las necesidades de los conflictos empresariales y, en su caso cuándo y cómo utilizarlas. El reto es, por encima del "Plan del 53", si queremos y sabemos utilizarlas y, quizá, y olvidarnos del "yo que tú" y el "perdona que te diga", como explicaba magistralmente el mediador y abogado burgalés Arturo Almansa, en una conferencia impartida en 2012 en la Universidad Carlos III de Madrid.

---

profesional. Está sigue las diferentes ramas de actividad extrajurídica y no ya sólo las especialidades jurídicas clásicas", CAPELLA, J.R., *Fruta prohibida...*, *Op. cit.*, pág. 229.

Como anticipábamos, una nueva cultura del conflicto quizá parta de reconsiderar la función que la sociedad demanda hoy de la abogacía desde una triple perspectiva:

- i) Reflexionar sobre el valor añadido que un cliente espera que un abogado aporte a la solución de un conflicto mercantil.

Jean-Claude NAJAR, narra como la contratación en 1995 de Elpidio Villareal como Director de Litigación y Política Legal de General Electric como “respuesta a la espiral del coste de litigar”, modificó la cultura legal de la empresa: “su actuación requirió profundos cambios culturales, como poner en marcha un programa institucional de MASC, modificar la percepción que los abogados tenían de su función, como la compañía valoraba sus expedientes legales y como los ejecutivos se relacionaban con los abogados para gestionar los conflictos”<sup>268</sup>.

Frente al papel tradicionalmente encomendado al abogado, limitado a aplicar un método de solución de conflictos, pretendemos justificar como la verdadera función del abogado debiera extenderse al análisis del conflicto para definir cuál es el instrumento más adecuado para su solución<sup>269</sup> y definir una estrategia para aplicar el método, antes de iniciar su aplicación. Exige entender que el uso de los métodos alternativos, bajo diferentes denominaciones y formulaciones, es predicable de todos los

---

<sup>268</sup> En “Corporate Counsel in the Era of Dispute management 2.0”, en *Business Law International*, vol. 15, nº3 2014, pág. 239.

<sup>269</sup> Analizando los criterios racionales de decisión estratégica, VECINA CIFUENTES entiende que el “valor de reserva” determina el punto por debajo del cual el acuerdo es inaceptable y, por tanto, será preferible litigar. La ecuación para el demandante será  $VRa=BxP+D-(G+Ca)$  y para el demandado  $VRd=BxP+D-(G+Cd)$  (B= valor del bien; P=probabilidad de vencer entre 0 y 1; D= daños y perjuicios, incluidos intereses; G=importe neto de gastos de litigar, los propios menos costas recuperables; coste de oportunidad de no negociar). Cfr. VECINA CIFUENTES, J., "Estrategias ante el conflicto, ¿negociar o litigar?", en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Coord.), *Op. cit.*, págs, 296-300.

momentos históricos y con diferentes connotaciones legales y culturales. Pacto previo expreso, convenio sobrevenido con el conflicto y derivación judicial, han de configurarse jurídicamente como vías de acceso al uso de los métodos alternativos de solución de conflictos en el ámbito mercantil. Establecer la utilidad y configuración legal de las instituciones de mediación, la figura del mediador, sus obligaciones y responsabilidades y los códigos deontológicos así como una referencia a los modelos de mediación, parece necesario. Implicará definir qué y cuáles son los métodos alternativos de solución de conflictos y profundizar en su funcionamiento en la práctica incardinando ahí la funciones que se espera desarrolle un abogado, el valor añadido que aporta e, importantemente, cómo ha de complementar su formación para hacer un uso eficiente y profesional de los métodos alternativos de solución de conflictos en el ámbito mercantil. Especial referencia habremos de hacer a la formación en técnicas de negociación.

En definitiva se trata de ayudar a generar un cambio en la cultura legal que parta de considerar más los intereses de los clientes para incorporar el diagnóstico de los conflictos y la capacidad estratégica de negociar esos intereses en función y formación del abogado.

- ii) Deducir de la práctica un método de análisis de los conflictos mercantiles.

El estudio de las características de los conflictos mercantiles y de los intereses que subyacen tras ellos en relación a los principios y ventajas que rigen los métodos alternativos de solución de conflictos nos permitirá alcanzar ciertas conclusiones sobre qué método es el más adecuado y cuándo utilizarlo. Como complemento, el AED nos aporta, desde una perspectiva económica y financiera, la conveniencia de litigar o usar

alternativas en función de las características de los conflictos y de los intereses subyacentes. Estas conclusiones se pueden enriquecer con el uso de algunos ejemplos extraídos de la práctica, de ciertas estadísticas y de la experiencia en el derecho comparado<sup>270</sup>, así como de la perspectiva que aportan algunas críticas que aportan usuarios habituales de los métodos alternativos. La normativa internacional, estatal y regional desarrollada para la promoción y regulación del uso de los métodos alternativos de solución de conflictos y su adaptación por la jurisprudencia merece una consideración diferenciada respecto de los conflictos mercantiles.

Por lo tanto, debemos de concluir que la sincronía del trabajo del abogado con el interés del cliente exige el análisis previo del conflicto<sup>271</sup>.

iii) Definir ciertas pautas para el diseño de estrategia en el uso de los métodos alternativos de solución de conflictos mercantiles.

Entender las razones -la filosofía subyacente- que justifican que las partes cooperen, en vez de enfrentarse, como solución más eficiente de los conflictos mercantiles nos debiera proponer una metodología para definir un plan global estratégico en el uso de los métodos alternativos, comprensivo de los diferentes movimientos tácticos que protejan eficientemente los intereses cuya defensa se nos encomienda. En definitiva, un entendimiento del uso que debiera hacerse de la información asimétrica

---

<sup>270</sup>El despacho internacional de abogados Linklaters publicó en 2013 un estudio sobre mediación comercial que incluye un estudio comparado entre países, LINKLATERS, *Commercial Mediation. A comparative Review*, 2013 a la que se puede acceder en su pagina web, <http://www.linklaters.com/Insights/Commercial-mediation-comparative-review-2013/Pages/Index.aspx>

<sup>271</sup>De lo contrario nos ocurriría como en la historia de Hans “el listo”, el caballo al que un maestro alemán, Wilhelm von Osten, pretendió haber enseñado matemáticas y realmente lo único que sabía era interpretar el lenguaje no verbal de su dueño. Cfr. HART, S., *El Lenguaje de los Animales*, Alianza, Madrid, 1997, pág. 28. La historia nos recuerda a esos clientes que no piensan en sus intereses sino que se limitan a hacer y decir lo que les dice su abogado y viceversa.

para proteger la propia y obtener ventajas estratégicas de la contraria. De nuevo la utilización del algún ejemplo de la práctica permitirá inducir ciertas conclusiones. La solución, o intentos de solución, de los conflictos internacionales de naturaleza bélica y política aportan un valiosísimo bagaje de reflexiones y experiencias a las que intentaremos contribuir más adelante, singularmente cuando se habla de la existencia de un nuevo medio jurídico propiciado por la globalización<sup>272</sup>.

Entender que la labor realizada por el abogado al diseñar la estrategia o implementar la estrategia a seguir en los métodos alternativos de solución de conflictos es "para-legal" o blanda es erróneo. La actividad dirigida a lograr la cooperación de las partes, a preparar el desarrollo y el uso de las habilidades técnica precisas, dotan de un enorme valor añadido a su actuación<sup>273</sup>. Si bien el marco de desarrollo es siempre legal, porque sin perjuicio de su naturaleza empresarial se regirán por normas legales, es cierto que se requiere una formación metajurídica de la que normalmente se carece y, por tanto, el reto positivo, es rescatar al abogado como aquel profesional humanista que debiera haber formado su paso por la Universidad, más allá del licenciado que arroja la mera facultad y el "Plan del 53".

En definitiva, se debería pretender identificar y dar a conocer el valor que aporta el abogado en la solución de conflictos mercantiles, extendiendo su función al diagnóstico del problema y no sólo a su tratamiento. Todo ello entendiendo que "el valor del actor no es una función del tamaño del

---

<sup>272</sup>Cfr. BANDIERI, L.M., "Derecho Global y Nuevo Medio Jurídico", en *Dikáion*, año 16, nº 111, 2002.

<sup>273</sup> En el desarrollo de habilidades, autoconocimiento y percepción propia, puede resultar útil el método expuesto por MALARET, J., *Negociando con uno mismo en el trabajo y en la vida privada*, Madrid, Ediciones Diaz de Santos, 2006 .



teatro<sup>274</sup>”, como el caso no hace al abogado ni al mediador, ni el gran caso hace al gran abogado ni al gran mediador.

Nos limitamos en este capítulo a profundizar sobre la identificación y creación de valor añadido pero después de entender cómo funciona en la práctica la mediación.

### 3. Aproximación a la mediación y a su funcionamiento

El uso de la mediación como método de resolución de conflictos recibió un fuerte apoyo por parte de la Unión Europea, con la aprobación de la Directiva de Mediación, que se multiplicó al implantarse en los distintos estados miembros. La Directiva de Mediación resalta la conveniencia de contar con este tipo de soluciones, económicas y rápidas, con procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Aunque la Directiva sólo se refiere a los procedimientos de mediación transfronterizos, el Considerando 8 permite su aplicación a los procedimientos de mediación de carácter nacional, en lo que supone un claro apoyo a este sistema.

La Mediación se define en la Directiva como un procedimiento estructurado –organizado– en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio, con la ayuda de un tercero imparcial, el mediador<sup>275</sup>.

Esta definición contiene tres de los rasgos distintivos de la mediación: la intervención de una tercera persona neutral, la voluntariedad de elección

---

<sup>274</sup>VÁZQUEZ, J.G., *El Ruido de las Cosas al Caer*, Alfaguara, Bogotá, 2011, pág. 150.

<sup>275</sup>Art. 3 (a)

del proceso y el carácter no decisorio, ya que las partes son quienes alcanzan "por sí mismas" el acuerdo. Falta en la definición el otro elemento fundamental, que también se recoge en la Directiva: la confidencialidad.

La Mediación se distingue del resto de sistemas de resolución de conflictos precisamente por los rasgos distintivos contenidos en su definición:

- a) la voluntariedad lo distingue del proceso judicial
- b) la intervención de un tercero neutral de la negociación y la conciliación
- c) la conservación de la potestad decisoria de las partes de los distintos sistemas basados en el arbitraje.

La piedra angular de este sistema es la preparación de la figura del mediador, que tiene que conocer las técnicas necesarias para conseguir la aproximación de las posturas de las partes<sup>276</sup>. El papel de mediador es centrar la cuestión conflictiva con objetividad, recordar a cada una de las partes sus desventajas o puntos débiles, tratar de disipar los enfoques emocionales y facilitar las comunicación de las partes, punto esencial para que puedan alcanzar un acuerdo<sup>277</sup>. La Directiva considera este apartado fundamental, buscando que los Estados miembros fomenten códigos de conducta voluntarios y formación inicial y continua de los mediadores<sup>278</sup>.

---

<sup>276</sup> Sobre el estatuto del mediador, MARTÍN DIZ, F., *La Mediación, Sistema Complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, CENDOJ, Madrid, 2010, págs. 169 a 227.

<sup>277</sup> En las técnicas de "challenging", diferencia el enfoque respecto de manipulación positiva y negativa, distinguiendo numerosas tipologías de personalidad, cfr. CAVA, R., *Cómo tratar con personas difíciles*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2005, pág. 95-196.

<sup>278</sup> Art. 4, en relación con la calidad de la mediación. Sobre códigos de buenas prácticas, vid. VIDAL TEIXIDÓ, A., "Los códigos de buenas prácticas", en *Materiales...*, *Op. cit.*, págs. 143-152.

Prevé también la ejecutividad de los acuerdos derivados de la mediación y la preservación del derecho de acceso a la justicia, a través del aseguramiento de los plazos de prescripción y caducidad de las acciones de las partes<sup>279</sup>, ya que la mediación se configura como una fase previa o complementaria del proceso judicial pero que no elimina la posibilidad de que las partes acudan a la jurisdicción en cualquier momento.

No obstante, la Directiva y sus respectivas legislaciones de desarrollo no parecen haber sido correctamente interpretadas por los abogados, que no terminamos de encontrar nuestro papel y nuestra función en el entorno de los métodos alternativos.

Analícemos ahora cómo funciona la mediación en la práctica.

#### A. Las partes en el procedimiento

El proceso de mediación, como el resto de los ADR o MASC se caracteriza por la voluntariedad<sup>280</sup>. Las partes no pueden ser obligadas a resolver su conflicto por esta vía sino que, por el contrario, son ellas las que deciden libremente optar por uno de estos métodos. En la mediación, además, las partes ni siquiera pueden ser obligadas a llegar a un acuerdo, sino que en cualquier momento pueden decidir, unilateral o conjuntamente, finalizar el proceso de mediación, aunque no se haya llegado a acuerdo alguno<sup>281</sup>.

---

<sup>279</sup>VAQUER ALOY, A., "Mediación y Prescripción", en *Materiales...*, *Op. cit.*, págs. 117-130.

<sup>280</sup>Cfr. GARCÍA VILLALUENGA, L., "La mediación a través de sus principios. Reflexiones sobre el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 4, 2010, p. 720.

<sup>281</sup>Sobre la voluntariedad de la mediación *vid.* DÍEZ RIAZA, S., "El contrato de mediación civil y mercantil" en GISBERT POMATA, M. y DÍEZ RIAZA, S., *El*

## ¿Cómo acceden las partes a la mediación?

Dependiendo del momento del conflicto en el que se inicie la mediación hablamos de mediación intrajudicial o extrajudicial.

- i. La mediación intrajudicial es aquella que se inicia en el seno de un procedimiento judicial ya comenzado. La suspensión del procedimiento puede ser decidida por las propias partes en conflicto<sup>282</sup> o puede ser impulsada por el juez (la denominada derivación judicial a mediación), que puede instar a las partes a asistir a una sesión informativa de mediación, si tiene el convencimiento de que el litigio podría resolverse más adecuadamente de esta manera<sup>283</sup>.
- ii. La mediación extrajudicial es aquella a la que llegan las partes por acuerdo, antes de haberse iniciado un procedimiento judicial. El acuerdo de mediar o convenio de mediación puede acordarse también por ambas partes una vez surgido el conflicto, o bien puede ser incluido como cláusula compromisoria en el contrato del que se derive la relación entre las partes.

---

*contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*, Tomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2014, págs. 41 y ss.

<sup>282</sup> El artículo 19 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (LEC) establece la facultad de los litigantes para disponer del objeto del juicio, incluyendo el sometimiento a mediación, en cualquier momento del proceso, tanto en primera instancia como en apelación, casación o incluso en ejecución de sentencia.

<sup>283</sup> Interesantes reflexión personal desde la experiencia sobre el papel del juez en la mediación su papel de pacificación social cfr. FREIRE PÉREZ, R., "La posición del juez ante la mediación, ¿espectador, participante, garante?", en SOLETO, H. (dir.), *Op. cit.*, págs. 416-421. Sobre el rol de los secretarios judiciales en la mediación cfr. SOLETO, H. y AVILÉS, M., "La Conciliación de los Secretarios Judiciales", en SOLETO, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, *Op. cit.*, págs. 470-479.

Las partes pueden decidir la inclusión de una cláusula de mediación en un contrato o pueden optar por la mediación una vez producido el conflicto. En estas cláusulas se debe incorporar tanto los plazos para iniciar y finalizar la mediación como el método de elección de mediador o la remisión a un instituto o centro de mediación.

Al contrario de lo que ocurre con los convenios arbitrales, cuando se incluye una cláusula compromisoria de mediación en un contrato, ésta sólo obliga a las partes a intentar la mediación, nunca a concluirla o a llegar a un acuerdo. El convenio de mediación tampoco supone, como el de arbitraje, una renuncia a la jurisdicción: finalizada la mediación sin acuerdo, las partes podrán acudir al procedimiento judicial adecuado al conflicto o a un arbitraje, si hubieran firmado una cláusula compromisoria<sup>284</sup>.

El artículo 6.2 Ley 5/2012, de 5 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante Ley de Mediación) establece que cuando exista un compromiso de someter a mediación un conflicto determinado, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o al arbitraje<sup>285</sup>. Este artículo dista de ser una mera declaración

---

<sup>284</sup>Un análisis práctico de la jurisprudencia Australiana sobre los requisitos de validez y eficacia de la cláusula de mediación en SPENCER, D. & BROGAN, M., *Op. cit.*, págs. 408-430.

<sup>285</sup>En España, aunque son aún muy escasas las resoluciones sobre cláusulas de mediación, el TSJ de Madrid se ha pronunciado sobre la validez de un convenio arbitral en el que se preveía un período de mediación previo a la interposición de la demanda de arbitraje. Concretamente la cláusula relativa a la resolución de conflictos establecía que las partes someterían a mediación cualquier controversia existente entre las mismas y "si transcurrido un (1) mes desde la primera reunión conjunta de las Partes con el mediador no se hubiera alcanzado un acuerdo la controversia, discrepancia, cuestión o reclamación se someterá a arbitraje". En el caso concreto la mediación se produjo, si bien con anterioridad a su inicio el demandante interpuso demanda de arbitraje con el fin de solicitar al árbitro la adopción de medidas cautelares. La Sentencia hace una interesante reflexión sobre la interpretación flexible del convenio arbitral, la necesidad de acudir al árbitro para la obtención de las medidas cautelares y el art. 2 de la Ley de Mediación que no permite ejercer acciones judiciales o extrajudiciales durante el tiempo que se desarrolle la mediación y finaliza considerando que el arbitraje no ha vulnerado el convenio arbitral, ya que el art. 2 de la Ley de Mediación no se extiende al arbitraje

de intenciones, ya que, ante una demanda judicial cuando exista un acuerdo de sometimiento a mediación puede ser instada la declinatoria por falta de jurisdicción, tal como se establece en el artículo 39 LEC, tras la modificación incluida en la disposición final tercera de la Ley de Mediación. El loable intento de la norma es proteger el convenio de mediación y obligar a las partes a no iniciar un procedimiento judicial cuando, en un momento anterior, han pactado tratar de solucionar el conflicto por otras vías. Sin embargo, cuando una de las partes obvia su compromiso de mediación para ir directamente a la vía procesal, creemos que la vía de la declinatoria solo servirá para retrasar la solución del conflicto, ya que la parte incumplidora entrará en una dinámica de rechazo a la mediación que difícilmente conducirá a un acuerdo<sup>286</sup>.

---

(STSJ Madrid, Civil y Penal, 38/2014, de 10 de junio de 2014, Nº Rec. 67/2013. Ponente, Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Susana Polo García). Totalmente opuesta es la visión de la High Court en la sentencia dictada en Inglaterra por la High Court en el caso *Emirates Trading Agency LLC v. Prime Mineral Exports Pte Ltd.* –curiosamente casi al tiempo, ya que esta Sentencia se ha dictado en julio de 2014- ha considerado, como veremos, que el incumplimiento de la cláusula que obligaba a una "friendly discussion" era una *condition precedent* del arbitraje y obligaba a las partes a mantener negociaciones de buena fe antes de iniciar el procedimiento, vid. nota 456. En general, y en relación con la obligatoriedad convencional de las cláusulas de mediación, vid. GINEBRA MOLINS, M. E. Y TARABAL BOSCH, J., "La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes, las cláusulas de mediación", en *Indret*, 2013/4.

<sup>286</sup>GUTIERREZ SANZ, M.R., "La cuestión declinatoria en el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles", en *Diario La Ley*, No 7871, Sección Tribuna, 1 Jun. 2012, "El problema planteado no tiene una solución sencilla. Si, como ocurría en el proyecto, no se dota de ningún mecanismo legal mediante el cual el demandado pueda poner de relieve la existencia de un compromiso previo de mediación, se estará convirtiendo éste en papel mojado; pero, desde luego, ese compromiso a lo más que puede obligar es a participar en el procedimiento de mediación. Tal y como está regulado en el RDL 5/2012 existe una alta probabilidad de que esto no suponga más que una dilatación y un gasto inútil, puesto que cuando la parte se ha dirigido a un juez lo ha hecho a sabiendas de que incumplía ese compromiso previo de sometimiento a mediación y guiado sin duda por su nula inclinación a llegar a un acuerdo mediado. En un procedimiento como el de mediación, regido por la buena fe de las partes, y por la absoluta libertad de llegar o no a un acuerdo que resuelva el conflicto, el que firma un compromiso de sometimiento a mediación debe ser consciente del escaso valor del mismo.

El procedimiento mediador está jalonado de momentos en los que las partes tienen que demostrar no solo su convencimiento de que la fórmula mediadora elegida es la que consideran más idónea para resolver el conflicto que tienen entre ellas, sino también que existe una alta dosis de confianza del uno en el otro. Esta forma de ver el proceso permite

Por ello, la actitud de las partes en el proceso de mediación tiene gran importancia para el éxito de ésta.

La Ley de Mediación establece una serie de directrices sobre el comportamiento de las partes en el proceso de mediación. Así, además de la total disponibilidad sobre el proceso<sup>287</sup> (“*la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente*”), se establece que las partes deben actuar conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo.

#### B. Interacción del mediador con las partes

Partiendo del carácter autocompositivo de la mediación, el papel del mediador va a consistir fundamentalmente en ayudar a las partes implicadas en un conflicto a que intenten gestionar de forma adecuada el mismo a fin de que puedan ir eliminando o superando sus diferencias para llegar a una solución mutuamente aceptable y satisfactoria para ambas. SÁNCHEZ ADALID, en una de sus novelas<sup>288</sup>, compara la mediación con el excipiente utilizado en farmacia “sustancia que no cura por sí misma, pero que ayuda a que lo que verdaderamente puede curar llegue al sitio que necesita”.

---

que los acuerdos alcanzados no sean simplemente funcionales a los intereses de una de las partes y sirvan realmente a la resolución de conflictos, de manera que el acuerdo alcanzado perdure en el tiempo. Cuando una de las partes muestra ya desde el inicio su desconfianza hacia la mediación, de nada sirve un mecanismo que le obligue a iniciar un procedimiento basado exclusivamente en la voluntad y sobre todo en la buena fe de las partes, no olvidemos que en el proceso de mediación, solo se llega a un acuerdo si las partes lo deciden. Por eso tal vez deba plantearse si la cuestión declinatoria utilizada en el seno del procedimiento de mediación no se convierte en una especie de rémora que puede dilatar y entorpecer la resolución del conflicto.”

<sup>287</sup> Art. 10 de la Ley de Mediación

<sup>288</sup> SÁNCHEZ ADALID, J., *La Mediadora*, Planeta, Madrid, 2015, pág. 232.

Existe un amplio consenso, tanto entre los mediadores como entre los usuarios de la mediación, en que la confianza de las partes en el mediador es un elemento esencial para el éxito de la mediación<sup>289</sup>.

Este papel esencial que juega la confianza puede explicarse por los siguientes motivos:

- Cuando las partes confían en el mediador les resulta más sencillo conseguir una actitud colaboradora entre ellos que les permita intercambiar información y sugerencias de acuerdo.
- La confianza en el mediador facilita también a las parte hablar abiertamente de sus intereses concretos en la solución del conflicto.
- Por el contrario, cuando las partes no confían en el mediador no le proporcionarán acceso a la información necesaria para desvelar sus intereses.

Por supuesto, uno de los elementos esenciales de la confianza de las partes en el mediador es la percepción de su imparcialidad (respecto de las partes) y neutralidad (respecto del resultado del proceso)<sup>290</sup>.

La Ley de Mediación, al igual que el Código de Conducta Europeo para Mediadores<sup>291</sup>, prevé, en su artículo 13.5, que el mediador debe revelar

---

<sup>289</sup> Vid, CARRETERO MORALES, E., "El Estatuto del Mediador Civil y Mercantil", en *Revista de Mediación* 2014, vol. 7, nº 1, pág. 16.

<sup>290</sup> "These three recommendations— anonymity, neutrality, and confidentiality--are familiar to experienced conflict solvers. They are fundamental to Freud's technical contributions to the practice of psychoanalysis." Sobre la utilización de la fundamentación y técnicas freudianas del psicoanálisis en los MASC, cfr. DIAZ, L.M., "Unlearning and Learning From Freud For Negotiated Solutions" en *Mediate.com*, diciembre 2008 recuperado de <http://www.mediate.com/articles/diaz11.cfm>

<sup>291</sup> Vid. en [http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr\\_ec\\_code\\_conduct\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf)



cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o generar un conflicto de intereses<sup>292</sup> y, en todo caso:

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

La concurrencia de alguna de estas circunstancias no significa necesariamente que el mediador debe abandonar o rechazar la mediación, sino que debe informar a las partes de estas circunstancias, de modo que ellas decidan si quieren continuar con la mediación o no.

Pero, además del respeto y cumplimiento de los principios de imparcialidad, neutralidad e igualdad entre las partes, estudios sobre cómo emerge la confianza en el mediador identifican como uno de los elementos esenciales el conocimiento que el propio mediador transmite a las partes sobre su papel en la mediación y la gestión del procedimiento<sup>293</sup>. Esto es esencial, sobre todo cuando los mediadores tienen ante sí un conflicto en el que alguna, o ambas partes, no están familiarizados con la mediación. Pensemos en que, lejos de lo que acostumbramos a pensar cuando nos acercamos a la mediación de que “nos pasamos la vida mediando”, el

---

<sup>292</sup>Cfr. ORTUÑO MUNOZ, P., “Comentarios a los arts. 7 y 8 (Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores y Neutralidad)” en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Op. cit.*, pág. 107 y ss.

<sup>293</sup> Esta es la conclusión que arroja el estudio de campo realizado en Canadá, cfr. POITRAS, J., “What makes parties trust mediators?,” *Negotiation Journal July 2009*.

mediador debe ser un experto en técnicas de comunicación<sup>294</sup> y negociación que le permitan dirigir a las partes hacia una solución eficaz del conflicto, sin dejarse llevar por sus opiniones o juicios preestablecidos.

El mediador debe tener en cuenta el grado de conocimiento de las partes de lo que es el proceso de mediación, con el fin ser capaz de guiarles eficazmente en la consecución de un acuerdo. Es necesario, por ejemplo, que les haga comprender la necesidad de colaborar en el proceso (*do ut des*), y poner de manifiesto los intereses reales, pues se trata de llegar a un acuerdo beneficioso para ambas partes y no de dar la razón a una de ellas.

En cuanto a las partes deben colaborar con él y prestarle apoyo, además de respetar ("mantener la adecuada deferencia", dice el art. 10 de la Ley de Mediación) su actividad. En relación con las partes, el mediador debe ser consciente de que, aún de manera involuntaria, las partes intentan convencer al mediador de la justicia de sus posiciones<sup>295</sup>. El mediador tiene que tener la suficiente habilidad para desarrollar la necesaria empatía –para favorecer el clima de confianza-, siendo cuidadoso en no mostrar simpatía

---

<sup>294</sup> Sobre técnicas de comunicación vid. SAINT-MEZZARD OPEZZO, D. "Comunicación, buenas prácticas y errores", en SOLETO, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, *Op. cit.*, págs. 159-179.

<sup>295</sup> MADRID LIRAS, S., "Jueces y mediadores, ¿condenados a entendernos?" en *Revista de Mediación*. Año 2. No 3. Marzo 2009, pág. 4., "apelamos a menudo a la Justicia, no tanto en busca de ésta – de una solución justa- como de la confirmación de "mi verdad". El pintor catalán Santiago Rusiñol i Prats planteaba que "cuando un hombre pide justicia es que quiere que le den la razón" y, en la misma línea, Reveillere planteaba dos siglos antes que "lo que consideramos justicia es, con mucha frecuencia, una injusticia cometida en nuestro favor". Y a eso llamamos "justicia justa", pasar de víctimas a verdugos, imponer nuestro criterio y nuestra visión frente a la del otro. Por eso, es tan frecuente que finalmente ambas partes consideren que las sentencias son injustas, porque lo difícil es que una sentencia satisfaga las aspiraciones iniciales de cualquiera de las partes, ya que éstas parten de su propia visión limitada de lo sucedido. Como plantea el modelo de mediación circular-narrativo, cada uno tiene una historia en su cabeza y corazón en la que él es el bueno y el otro el malo. ¿Puede un juicio ayudar a modificar estas historias? ¿No es acaso, como planteaba Gandhi, haciendo justicia al contrario como más rápido ganamos en justicia? La mediación, consciente de este problema, entiende y atiende la necesidad de ayudar a las personas a cuestionarse "lo justo y lo injusto" y a considerar "lo correcto" y "lo positivo"

por la posición de ninguna de las partes, que pueda ser interpretado por la otra como un sesgo de las inclinaciones del mediador<sup>296</sup>.

### C. Las fases del procedimiento

Antes de iniciar este punto, hay que recordar que no podemos hablar de un “proceso de mediación” como tal, puesto que la flexibilidad que caracteriza esta institución permite a las partes organizar la mediación a su plena conveniencia. Pero, aunque no se pueda hablar de un proceso como tal, la mediación suele tener siempre una estructura similar en fases (que veremos después) en la que podemos identificar cuatro momentos clave<sup>297</sup>:

- Premediación
- Sesión informativa
- Mediación
- Acuerdo

#### i. Premediación

Entendemos por premediación los actos conducentes a iniciar una mediación entre las partes. Normalmente, en esta fase, se producen de un lado, distintas comunicaciones entre las partes y, por otra, comunicaciones de las partes con el mediador.

---

<sup>296</sup> DE SÉCHELLES, H, *Teoría de la Ambición*, Siruela, Madrid, 2005, pág. 102, describe muy gráficamente esta actitud empática, Pág. 102 “VI. Como en cada secta hay perro y gato, hay que ser alternativamente perro con los gatos y gato con los perros.”

<sup>297</sup> Cfr. FAJARDO MARTOS, P. y SANZ PARRILLA, M., "La Mediación como Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos en Derecho de Seguros y Reaseguros, en *Simposio... Op. cit.*, pags, 47-54.

En este estadio las partes deben ponerse de acuerdo no solo en la elección de mediador, o de la institución que pueda designar uno, sino también en los detalles del procedimiento: lugar, lengua, duración –es posible pactar una duración determinada para la mediación y finalizarla si llegado ese momento no se ha alcanzado un acuerdo-, presencia o no de abogados y otros asesores de las partes, etc.

El mediador, o el sistema de elección, debe ser elegido de mutuo acuerdo por las partes. El mediador, como decíamos, es un elemento esencial en el procedimiento, por lo que su elección deberá realizarse con gran atención por las partes, teniendo en cuenta su, experiencia, conocimientos y habilidades para realizar de manera eficaz las funciones de dirección del procedimiento, acercamiento de las partes y ayuda en la redacción del acuerdo.

Una vez acordados estos detalles entre las partes y elegido el mediador, lo habitual es que éste se ponga en contacto con las partes o con sus abogados para obtener detalles sobre el conflicto y para establecer algunos puntos concretos del procedimiento. El mediador habrá de comprobar que efectivamente las partes han comparecido voluntariamente al procedimiento de mediación y velar porque dicha voluntariedad se mantenga a lo largo del mismo. En caso de ser necesario, el mediador debe reunirse previamente con las partes para explicarles las características de la mediación. Esta reunión informativa pueden realizarla los mediadores que se harán cargo del conflicto o bien pueden ser ofrecidas de manera general por las instituciones de mediación.

Tomada la decisión de iniciar la mediación, las partes deben firmar un acuerdo o compromiso de mediación. Este acuerdo suele tener el siguiente contenido mínimo:

- Identificación de las partes
- Identificación del conflicto
- Establecimiento del compromiso de confidencialidad por las partes y el mediador
- Establecimiento de plazos y sistemas de notificaciones
- Lugar de la mediación
- Intervención de asesores
- Causas de suspensión de la mediación
- Costes y honorarios

Una vez iniciado el procedimiento de mediación, el mediador ha de intentar conducir a las partes en su proceso de negociación a superar sus diferencias y llevarlas a la solución que ponga fin a las mismas, en consecuencia, ha de conocer y manejar convenientemente las herramientas de la negociación, así como su procedimiento, a fin de guiar a las partes en ese intento de acercamiento, aportándoles nuevas variables y dinámicas en su proceso de interacción que les permitan modificar sus posiciones iniciales y sus formas de comportamiento.

Para obtener este fin la información sobre el conflicto que pueda recibir el mediador es otro punto esencial. En el entorno de la mediación empresarial es muy habitual, una vez firmado el acuerdo de mediación, y antes de iniciar las sesiones, que el mediador pida a las partes que le hagan llegar información sobre su posición frente al conflicto, incluyendo si han existido negociaciones tendentes a su solución y por qué, en opinión de las partes,

han fracasado. El documento en el que se recoge esta información (*statement*) no suele tener más de cuatro o cinco páginas, y sirve al mediador para conocer el punto concreto del conflicto en el que se encuentran las partes<sup>298</sup>.

El manejo de la información es un elemento esencial de la mediación. El trasvase de información no es entre las partes, como en los procesos judiciales o arbitrales, sino hacia el mediador. Éste es el que recibe la información de las partes y la utiliza para conocer con detalle el conflicto y las posiciones de las partes, sus fortalezas y sus debilidades, y la utiliza para promover un acuerdo equilibrado. Los documentos que cada una de las partes suministra al mediador no llegan a la otra parte, a no ser que de común acuerdo se establezca otra cosa, lo que preserva el carácter confidencial y deja abiertas las puertas al arbitraje o el proceso judicial si la mediación resulta ineficaz.

La Ley de Mediación establece un procedimiento de mínimos que podrá iniciarse de común acuerdo entre las partes o por una de las partes en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente. En el primero de los casos, la solicitud incluirá la designación del mediador o la institución de mediación en la que ésta se llevará a cabo (art. 16). La Ley de Mediación no está contemplando en realidad el acceso a la mediación, que también puede venir impulsado por el órgano judicial, sino que se fija únicamente en la vía formal de inicio, ya que el punto 3 del mismo art. 16

---

<sup>298</sup> La posibilidad de que el mediador pida por escrito información a las partes es la mecánica habitual en los reglas de los centros internacionales de mediación internacional (CEDR, JAMS, AAA..), así como en las normas de mediación intrajudicial en la mayor parte de las Cortes de Estados Unidos,(cfr., Superior Court of California, Local Court Rules, App. C, Rule 207), si bien la decisión de pedirlos o sustituirlos por un caucus previo con las partes se deja a la discreción del mediador. En este sentido vid, entrevista con tres mediadores estadounidenses, en "What mediators really want to hear", en *TRIAL*, Abril 2006, vol. 42, issue 4, recuperado de <http://www.crs-adr.com/articles/WhatMediatorsReallyWantToHear.html>

establece que la solicitud de formulará ante las instituciones de mediación o ante el mediador propuesto por una de las partes a la demás o ya designado por ellas<sup>299</sup>. Antes de llegar a este punto, las partes habrán debido desarrollar una labor de acercamiento, esencial para lograr el ambiente de colaboración necesario para que la mediación pueda culminarse con éxito.

## ii. La Sesión Informativa

En esta sesión el mediador informa a las partes sobre la mediación, su carácter no decisorio, los principios rectores de la mediación (voluntariedad, igualdad, confidencialidad, imparcialidad y neutralidad del mediador) y las obligaciones del mediador. Es muy importante que en esta sesión el mediador subraye la necesidad de que las partes actúen con buena fe en el entorno de la mediación, así como el necesario respeto al principio de confidencialidad, que supone, no solo que el mediador no puede ser llamado a declarar en un proceso posterior, ya sea judicial o arbitral, sobre el asunto en el que ha actuado como mediador, sino también que las partes tienen la obligación de no desvelar lo ocurrido durante el proceso o incluso la propia existencia de la mediación y el acuerdo al que se haya llegado.

En esta reunión informativa, el mediador debe también explicar a las partes el modo en el que se realizará la mediación (número de sesiones, duración de las mismas, realización en una sola sesión...) y advertirles de la posibilidad de que se realicen reuniones separadas con cada una de las partes. Igualmente informará sobre el coste de la mediación y el modo de sufragarlo (por mitad entre las partes, generalmente o del modo en que las

---

<sup>299</sup> A modo de ejemplo, el art. 9.2 del Reglamento del Centro de Mediación Empresarial de Madrid prevé reglas detalladas en relación al inicio de la mediación “Por invitación a una parte”, disponible en <http://www.camaramadrid.es/index.php?elem=3034>

partes puedan haberlo decidido). Si existe alguna circunstancia que pueda afectar a la imparcialidad del mediador, la sesión informativa es el momento adecuado para desvelarla.

La Ley de Mediación establece la sesión informativa con carácter necesario<sup>300</sup>. En esta sesión el mediador informará a las partes de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, su formación y experiencia, las características de la mediación, las consecuencias jurídicas del acuerdo, la organización del procedimiento y los costes. La Ley prevé que la posibilidad de pacto en contrario de las partes, luego éstas pueden renunciar de común acuerdo a la sesión, o incluso pactar que solo asista una de ellas<sup>301</sup>.

La Ley de Mediación prevé que la inasistencia injustificada de una de las partes a la sesión informativa se entenderá como que desiste de la mediación solicitada. La LM establece que la información respecto a este punto no es confidencial.

### iii. Mediación

En el proceso de mediación hay dos tipos de sesiones: sesiones privadas (*caucus*) entre cada una de las partes y el mediador y sesiones conjuntas. Generalmente, al menos la sesión de apertura y presentación de la mediación será conjunta, así como la sesión en la que se sienten las bases

---

<sup>300</sup>Art. 17.

<sup>301</sup> La sesión informativa supone uno de los primeros contactos de las partes con el mediador, si no el primero. Es importante que el mediador sea consciente de esto y de que se trata de un momento óptimo para mostrar a las partes cómo será la mediación, y el tipo de mediación que va a realizarse. Cfr. HALSMITH, M., "The Mediator Opening Statement", en *ADR Bulletin, Bond University*, vol. 12, nº 6, 2011.



del acuerdo, sin embargo, no hay ningún inconveniente en que todas las sesiones de la mediación sean sesiones privadas. De hecho, en algunas ocasiones, por las características de los actores y el conflicto, el mediador considera más adecuado que no se reúnan en ningún momento, aunque esto no suele ser lo más habitual<sup>302</sup>.

La mediación generalmente se inicia con una sesión conjunta en la que las partes exponen por turnos su visión del conflicto y su posición respecto a este<sup>303</sup>. En esta sesión pueden tomar la palabra tanto las partes como sus representantes. La sesión no tiene una duración prefijada y podrá prolongarse tanto como el mediador considere conveniente<sup>304</sup>.

En las sesiones conjuntas el mediador puede observar la confrontación entre las partes, lo que puede ser útil para entender los aspectos más conflictivos de la situación. El momento de pasar de una sesión conjunta a otra privada se decidirá por el mediador.

---

<sup>302</sup>ROONEY G. Y ROSS M., *cit.*, pág. 40., "Una de las formas que existe para evitar que las relaciones influyan en las sesiones de mediación es mantener a las partes separadas. Para algunos jueces y abogados jubilados que trabajan de mediadores esto puede ser muy interesante porque es coherente con cómo han funcionado como jueces y abogados. Puede ser incluso más interesante para aquellos jueces y abogados jubilados que no han visto la necesidad de una formación formal en mediación. Para ellos, la mediación se convierte en ocasiones en una forma de sentencia privada o en una serie de *caucus* entre los abogados de las partes. Sin embargo, el problema manifiesto y la relación interrumpida subyacente no se pueden separar realmente. Ambos son parte integrante de la disputa y ambos deben ser abordados. Un enfoque holístico para la resolución de un conflicto incluye a ambos. Ambos influyen en el camino hacia una resolución y ambos se tienen que aceptar en la planificación de la mediación".

<sup>303</sup> Unas listas de chequeo sobre los aspectos a cubrir por el mediador en la preparación de la mediación y la reunión inicial en SPENCER, D. & BROGAN, M., *Op. cit.*, pág. 78.

<sup>304</sup> Sobre tono y esquema es difícil realizar recomendaciones, pero quizá si merece la pena rescatar el consejo que daba DE CAPMANY para las intervenciones forenses, "Estilo sentencioso.- Al género medio se adapta bellamente el estilo sentencioso, que pide paso grave y sosegado, sin levantarse a remontada dicción, ni a ufanía de galas y colores, ni a vehemencia de afectos; templado todo con el peso de las razones y de la doctrina que encierran los conceptos esparcidos en su lugar oportuno." DE CAPMANY Y DE MONTPALAU, A., *Filosofía de la Elocuencia*, Imprenta de Sancha, Madrid, 1842, pág. 183.

En las sesiones privadas o caucus, el mediador puede explorar más intensamente los intereses de las partes que son el elemento que puede permitir la obtención de un acuerdo. Estas sesiones tienen como finalidad – para el mediador –, descubrir problemas o posiciones ocultas que las partes no quieren o no permiten que surjan en las reuniones conjuntas, explorar o sugerir posibles vías de acuerdo, descubrir las “líneas rojas” o los límites reales de la capacidad de negociación de cada parte<sup>305</sup>. En la confianza de que todo lo que surja en los caucus es absolutamente confidencial, a no ser que las partes den permiso al mediador para trasladar todo o parte de la información a la contraparte, las partes podrán dar a conocer al mediador sus intereses, reconocer los argumentos más débiles de su discurso o las condiciones en las que estarían dispuestas a llegar a un acuerdo, sin que la revelación de esta información perjudique su posición negociadora. El mediador utilizará esta información para explorar las posibilidades de acuerdo con la otra parte utilizando determinadas técnicas y habilidades de comunicación.

El mediador podrá proponer cuantas sesiones conjuntas o separadas considere necesario para obtener éxito en la mediación<sup>306</sup>. Igualmente, podrá decidir reunirse separadamente solo con los abogados de las partes, o incluso con el de una de ellas. El mediador debe contar con la autoridad necesaria para dirigir el proceso, autoridad que le debe ser reconocida por las partes. En el ejercicio de esta *auctoritas*, que debe serle reconocida por las partes, y que tiene derecho a exigir de estas como condición para dirigir el proceso de mediación, el mediador debe tener el control del proceso de

---

<sup>305</sup>Vid. PUCHOL, L., *El Libro de la Negociación*, Ediciones Diaz de Santos, Madrid, 2005, págs. 274-277, expone los “tipos de personalidad con los rasgos que definen el perfil del negociador ideal”.

<sup>306</sup>ROONEY G. Y ROSS M, *cit.*, p. 41, " Mediar y negociar en sesiones conjuntas requiere que el mediador desarrolle la capacidad de sentirse cómodo con la incertidumbre que se da cuando se pide a las partes que se vuelvan a relacionar. Esto requiere que el mediador esté completamente presente con las partes en el aquí y ahora de cada momento."

mediación, lo que supone el control de los tiempos y de cualquier incidencia que pueda surgir durante la mediación. De este modo, el mediador será quien establezca –siempre de acuerdo con las partes- quién debe hablar en la sesión conjunta y el tiempo de que dispondrán cada una de las partes para realizar sus intervenciones iniciales. Igualmente el mediador decidirá si se deben abordar puntos concretos del conflicto de manera preferente o si, por el contrario, deben ser postpuestos y podrá interrumpir las sesiones y las discusiones entre las partes cuando lo considere más adecuado, siempre con la finalidad de lograr establecer las bases para un acuerdo.

En la mediación mercantil, al contrario que en la familiar, lo habitual es que se acuerde la mediación en un solo acto, que generalmente dura un día laborable, a no ser que el asunto revista gran complejidad. En todo caso, las partes y el mediador pueden acordar el calendario de sesiones que mejor se adecue a sus necesidades.

La Ley de Mediación establece también aquí un procedimiento mínimo<sup>307</sup>, cuya observación será necesaria para poder beneficiarse de la ejecutividad del acuerdo. Se prevé una sesión constitutiva de la que se levantará un acta en la que deben constar los siguientes aspectos: identificación de las partes, designación del mediador, objeto del conflicto, esquema del procedimiento y duración máxima prevista, información sobre el coste de la mediación, declaración voluntaria de las partes de aceptación de la mediación y lugar y lengua del procedimiento.

En realidad, esta “sesión constitutiva”, como la denomina la Ley de Mediación, es más bien la firma del convenio de mediación entre las partes. En ella están presentes casi todos los elementos que debe contener el

---

<sup>307</sup>Vid. Título IV, arts. 17 a 24 de la Ley de Mediación

convenio: identificación de las partes, identificación del conflicto, aceptación voluntaria de las consecuencias jurídicas de la mediación, aceptación expresa del mediador y aceptación informada del proceso mismo y su coste.

#### D. El papel del mediador

No es objeto de este trabajo profundizar en la mediación, sino tratarla como ejemplo de cómo la disposición cooperativa ante el conflicto produce mejores resultados que las actitudes de confrontación. No obstante, a la hora de explicar las herramientas de las que se vale el mediador para aproximar las posiciones de las partes en conflicto creemos que merece la pena detenerse en dar algunas pinceladas de dos de las escuelas más representativas de mediación: la escuela transformativa y la escuela de mediación basada en intereses, también conocida como Harvard<sup>308</sup>.

En la mediación empresarial la segunda es el modelo más seguido por los mediadores, al estar basado en estrategias de negociación ampliamente difundidas en el mundo empresarial<sup>309</sup>. En todo caso, conocer cómo funciona la mediación transformativa también es de interés para entender el trabajo del mediador. En realidad, no hay un modelo de mediación sino tantos modelos como mediadores.

---

<sup>308</sup> Son muchas las obras que han tratado sobre estas escuelas de mediación, pero para una visión general sobre las características de cada una de ellas, GIMENEZ ROMERO, C., "Modelos de mediación y su aplicación en la mediación intercultural", en *Migraciones*, nº 10, Diciembre 2011. En general sobre modalidades y tipos de mediación *vid.* MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*. Madrid, El Derecho Editores, 2009, págs. 18-26.

<sup>309</sup> Orientaciones prácticas para negociaciones en diferentes entornos, *vid.* DE MANUEL DASÍ y MARTÍNEZ-VILANOVA, R., *Técnicas de Negociación. Un método práctico*, Madrid, ESIC, 2005, págs. 213-240 y 265-278.

FOLGER<sup>310</sup> nos explica que la mediación transformativa se hace cargo de la necesidad de clarificar el objetivo implícito de la práctica en mediación. Para el autor, el marco transformativo se basa en un objetivo ideológico manifestado explícita y claramente para la práctica del mediador y dicho marco ha demostrado cómo un conjunto de destrezas específicas de intervención se puede emplear con coherencia para apoyar la consecución de este objetivo transformativo explícito. En este sentido, la mediación transformativa cuestiona la asunción común en el campo de la mediación que plantea que el acopio y dominio de destrezas o herramientas comunicacionales, independientemente del examen de su uso, constituye un enfoque efectivo para llegar a ser un profesional competente. En cambio, el marco transformativo enfatiza que la claridad de objetivos es la base para el uso de cualquier conjunto de destrezas que los mediadores dominen y que la transformación en un profesional competente implica que éste sea plenamente consciente de un objetivo claro para la práctica y se dedique al mismo. Esta transformación sucede cuando las partes son capaces de salir, en menor o mayor medida, de la debilidad y ensimismamiento que el conflicto ha creado<sup>311</sup>.

El papel del mediador en esta visión transformativa de la práctica es apoyar proactivamente cambios productivos en la interacción de las partes. Los mediadores siguen y apoyan los temas que las partes desean discutir y las ayudan para que mejoren la comprensión de sus propias visiones y las de los demás, cuando las partes toman las decisiones que desean. Como resultado, el mediador ayuda a las partes a crear sus propios resultados, basándose en una comprensión más clara y segura de sí mismas, de la otra

---

<sup>310</sup>FOLGER, J.P., "La mediación transformativa, preservación del potencial único de la mediación en situaciones de disputas", en *Revista de Mediación*. Año 1. No 2. Octubre 2008, pág. 8.

<sup>311</sup> Sobre utilización de historias como herramienta para centrar a las partes, vid. WIEHL, L., *Ganar Siempre. Como aplicar las estrategias de los abogados a los conflictos de la vida cotidiana*, Vergara, Barcelona, 2005. págs. 163-180, "Paso 7. Defienda su caso con el corazón, le voy a contar una historia".

parte, y de la naturaleza de los temas que las dividen<sup>312</sup>. Los resultados que las partes alcanzan son propios, sean éstos: términos de acuerdos negociados, opciones de seguir o terminar una relación, compromisos financieros y promesas entre ambas partes, o decisiones de llevar el conflicto a otro foro. El objetivo del mediador no es moldear determinados resultados o elecciones de las partes, sino, mediante el apoyo a cambios constructivos en la interacción entre ellas, permitirles elegir por sí mismas las opciones más claras y seguras, basadas en una mayor comprensión de cada una respecto de la otra parte y de los problemas que han surgido entre ellas. Con SARCONE podemos confirmar que “nuestro cerebro es un artista que pinta la realidad que nos rodea. Transforma la energía en color; une las distancias, el movimiento y las formas para crear un mundo en tres dimensiones; interpreta los estímulos visuales, los compara con los recuerdos... y, en ocasiones, comete errores<sup>313</sup>.”

Con todo, como acertadamente indica CARRETERO MORALES<sup>314</sup>, el papel del mediador no se ha de reducir única y exclusivamente a actuar como facilitador del proceso de comunicación e interacción entre las partes, sino que ha de adoptar un papel más activo, velando porque las partes dispongan en todo momento de la información y asesoramiento que sea necesario y orientando en todo momento su labor a lograr el acercamiento entre las partes con el fin de que las mismas puedan lograr una solución a la

---

<sup>312</sup> En la escalada irracional del conflicto “Es frecuente la aparición de imágenes especulares o percepciones en espejo. Consiste en que las personas en conflicto se atribuyen iguales elementos positivos para sí mismos e idénticos defectos o elementos negativos para los otros. Cada una de las partes reprocha a la otra exactamente lo mismo.” Cfr. SERRANO, G., "Percepción y conflicto", en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Coord.), *Op. cit.*, pag. 49. No obstante, esto no debiera desalentarnos, pues como afirman JEAMBAR D. y ROUCADE, D., *Elogio de la Traición. Sobre el arte de gobernar por medio de la negociación*. Barcelona, Gedisa, 1999, “Los compromisos más eficaces suponen las mayores traiciones. No hay acuerdos más sólidos que los concertados entre hombres a priori hostiles”.

<sup>313</sup> SARCONE, G. A., *Ilusiones ópticas*, Circulo de Lectores, Barcelona, 2010, pág. 6.

<sup>314</sup> CARRETERO MORALES, E., "El Estatuto ...", *cit.*, págs. 17 y 18.

disputa que les ocupa. GARCIANDÍA <sup>315</sup> habla de un "liderazgo positivo" que implica promover la participación de las partes en cuanto a la reflexión, la identificación de intereses y necesidades, así como favorecer la toma de decisiones y alcanzar acuerdos. Éste es el perfil de mediador que se ha recogido en la LM, cuyo art. 13 establece que “el mediador desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta Ley”<sup>316</sup>.

Sin embargo, como apuntan ROONEY y ROSS <sup>317</sup>, algunos mediadores tienen también una aversión personal a abordar cuestiones relacionales. Muchos de ellos con formación jurídica no están acostumbrados a trabajar estos temas y se sienten más seguros con los hechos sin emociones y con las cuestiones enunciadas racionalmente <sup>318</sup>.

Cualquiera que sea el esquema de mediación que decida realizar el mediador, debe tener en cuenta que la finalidad de las sesiones de mediación es que las partes pasen de la confrontación a la colaboración.

---

<sup>315</sup> GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P., *Materiales para la práctica de la mediación- Esquemas, cuestiones y formularios para una profesión en alza*. Thomson Reuters Aranzadi, Colección Guías Prácticas, 2013, pág. 161.

<sup>316</sup> Vid. CARRETERO MORALES, E., "El papel del mediador tras la aprobación de la Ley 5/2012 de 6 de julio de mediación de asuntos civiles y mercantiles", en SOLETO, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Op. cit., págs. 103-126.

<sup>317</sup> ROONEY G. Y ROSS M., *cit.*, pág. 40.

<sup>318</sup> Cfr. MADRID LIRAS, S., "Entrevista Motivacional en Mediación" en *Revista de Mediación* 2014, vol. 7, no1, pág. 84. "De hecho, esta actitud directiva es cuestionada y criticada por este modelo, que plantea al profesional la auto-tarea de limitar y controlar lo que ellos llaman el reflejo de hacer las cosas correctamente (*righting reflex* o reflejo de corrección) que incluye la tendencia a decir al cliente qué es lo que tiene que hacer – muy común entre psicólogos, abogados y trabajadores sociales, porcentaje elevado de las profesiones de origen de los mediadores. Este principio de limitar el reflejo de corrección es compartido con la mediación, donde se insta a evitar decir a los mediados qué acuerdo tienen que aceptar o qué soluciones de las que planteen son las válidas o cómo tienen que comportarse en una mediación (especialmente en la visión más transformativa de la mediación, aunque generalmente aceptada por el común de los mediadores al margen de la escuela seguida), por considerar que deben siempre primar las soluciones de los mediados. “

Para ello, es necesario que se establezca claramente varias etapas de trabajo con las partes:

- Realización de un **mapa conceptual del conflicto**,
- Búsqueda de **intereses**
- Generación y exploración de **opciones**
- Consecución de los acuerdos

Para la realización del **mapa del conflicto**, el mediador debe dejar que las partes le cuenten su visión del conflicto, de modo que el mediador pueda ver las percepciones que hay. En esta fase, el mediador debe haber obtenido la información suficiente para conocer:

- Los motivos que han dado pie al conflicto.
- Los problemas de relación entre las partes.
- Las discrepancias en la interpretación de los hechos.
- Los intereses incompatibles.
- Los obstáculos que se oponen al arreglo (de valores, económicos, etc.)
- Los puntos de coincidencia y los intereses comunes

En el mapa del conflicto deben figurar los protagonistas del conflicto, las posiciones de las partes y los puntos concretos del conflicto sobre los que se va a trabajar en la mediación. El mapa, que debe plasmarse gráficamente en una pizarra, rotafolio o similar<sup>319</sup>, nos permitirá en todo momento

---

<sup>319</sup> Existen en Internet diversas herramientas gratuitas para elaborar mapas mentales. Entre ellas Mindmapr, para usuarios de Google Chrome <https://chrome.google.com/webstore/detail/mindmapr/njkigggmlhihigheckmmebgogbgdml/lpo/related>, y Bubbl, a la que se puede acceder desde otros navegadores <https://bubbl.us/>



mantener a las partes centradas en la búsqueda de soluciones a los problemas concretos.

Una de las herramientas de comunicación<sup>320</sup> esenciales para el mediador es la denominada "escucha activa"<sup>321</sup>. Muchos mediadores creen que necesitan poder dominarla, pero esta destreza nunca debe estar desconectada del propósito para el cual esté siendo usada. Los mediadores siempre deben escuchar con algún propósito en mente y utilizar lo que han oído decir a las partes con la finalidad de obtener un resultado determinado. Los mediadores siempre deben escuchar con algún propósito en mente y utilizar lo que han oído decir a las partes con la finalidad de obtener un resultado determinado. Un mediador puede escuchar con una amplia variedad de propósitos: diagnosticar los temas de las partes, identificar necesidades implícitas, alejar a las partes de posiciones que parecen ilógicas o contraproducentes, deconstruir narrativas personales de las partes, o resumir lo dicho por cada una de ellas, de modo que puedan reflexionar sobre sus propias visiones y las de la otra parte. Estas diferentes metas reflejan objetivos implícitos extremadamente diversos que los mediadores podrían estar tratando de conseguir mientras escuchan a las partes durante una sesión de mediación. Y estos propósitos para la escucha están ligados a propósitos o metas más amplios para la propia mediación.

Otra herramienta de gran interés es la entrevista motivacional<sup>322</sup> (EM). La EM se caracteriza por utilizar una amplia cantidad de técnicas, muchas de ellas ya compartidas con la mediación por la incorporación que han ido haciendo los distintos modelos. Tal es el caso de la escucha activa, la empatía, las reformulaciones, el balance decisional, la lluvia de ideas para buscar soluciones, el empleo de criterios objetivos para movilizar estancamientos, el empleo del silencio, asumir la validez de las experiencias

---

<sup>320</sup> Cfr. DE DIEGO VALLEJO, R. y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Pirámide, Madrid, 2008, págs. 95-134.

<sup>321</sup> FOLGER, J.P., "La mediación transformativa..." *cit.*, pág. 8.

<sup>322</sup> MADRID LIRAS, S., "Entrevista Motivacional en Mediación", *cit.* pág. 93.

y perspectivas de los mediados, evitar la persuasión basada en la discusión, el giro a las resistencias, el trabajo en autoeficacia, aclarar objetivos e identificar obstáculos para planificar su superación, etcétera.

Las cuatro técnicas, competencias básicas o micro-habilidades, como los autores las definen, han sido recogidas por el acrónimo inglés *OARS* -que en español significa "remos"- y con ello pretenden expresar que estas 4 micro-habilidades son las herramientas que van a permitir alcanzar dichos objetivos. Éstas son:

- [Open Questions]: Preguntas Abiertas
- [Affirmations]: Afirmaciones
- [Reflections]: Reflejos
- [Summaries]: Resúmenes

La fusión de técnicas de los tipos de mediación estandarizado que ya hemos tenido ocasión de abordar dan lugar a nuevas corrientes, como la Mediación Dirigida por los Individuos (MDI)<sup>323</sup>, la Mediación Apiciativa<sup>324</sup>, la

---

<sup>323</sup> BILLIKOPF ENCINA, G., "Mediación Dirigida por los Individuos. Otro avance hacia la mediación no Directiva", en *Revista de Mediación* 2014, vol. 7, nº 2, pág. 36. "dos modelos, la Mediación Dirigida por los Individuos (MDI) y la Evaluación de Desempeño Negociada (EDN) para lidiar con conflictos entre pares y la mediación jerárquica, respectivamente. Se utilizan herramientas algo controversiales tal como la reunión preliminar (*pre-caucusing*) y una sesión conjunta en la que el tercero se sienta alejado de las partes —a cuatro metros de distancia— y así reduce su interferencia. Se intenta ayudarles a las partes a que tomen más responsabilidad para resolver sus conflictos y se les otorgan las herramientas para hacerlo, después de escucharles empáticamente en las reuniones preliminares. Ambos modelos se prestan especialmente a conflictos arraigados de índole relacional. Originalmente se usaron como modelos de mediación organizacional.

<sup>324</sup> FRANCO CONFORTI, D., *cit.*, pág. 14, considera esta mediación la apropiada para resolver conflictos entre miembros (de la organización) que sostengan posiciones demasiado fuertes o intransigentes, o de muestren una hostilidad general tan alta que necesite un proceso adicional para resolver conflictos que les permita luego seguir trabajando en la misma organización. Los 5 principios que rigen este proceso son,

Mediación integral <sup>325</sup>, las técnicas de meditación aplicadas a la mediación <sup>326</sup> o incluso la denominada mediación ajena o previa al conflicto <sup>327</sup>.

Una vez establecido el mapa del conflicto el mediador debe empezar a trabajar sobre los **intereses** y necesidades de las partes. Los intereses representan el objetivo que cada una de las partes quiere conseguir en la mediación y suelen estar ocultos tras el esquema de posiciones sobre el que las partes plantean el conflicto.

Para trabajar adecuadamente sobre los intereses y necesidades de las partes es necesario que el mediador esté familiarizado con las técnicas de mediación basada en intereses <sup>328</sup>.

---

1. Construccionalista, Toda vez que la realidad no es ajena, indiferente o externa a los individuos, éstos, al vivir en sociedad, la co-construyen diariamente. Los mediados co-construyen la realidad que viven –nuevo relacionamiento-.

2. Anticipatorio, Todo sistema u organización puede construir su propio futuro. Los mediados deben asumir que su futuro depende de ellos mismos y que todo ser humano puede construir su futuro deseado.

3. Simultaneidad, Al tiempo que generamos la visión de cómo podría ser el futuro, estamos construyendo ese mismo futuro que visualizamos y soñamos.

4. Positivismo, Se eligen sistemática y deliberadamente imágenes y recuerdos positivos atesorados en la memoria de los mediados, las historias de éxito que se buscan re-crear, re-generar.

5. Poético o Metafórico, Dado que la mente humana entiende más fácilmente a niveles metafóricos, la mejor manera de trabajar sobre la realidad, de comunicarla y que esto sea comprendido cabalmente, será a través de imágenes poéticas o metafóricas. Trabaja la realidad desde el nivel subconsciente de los participantes.

<sup>325</sup> JARRET realiza una brillante adición a las técnicas de mediación con su concepto de “técnicas de mediación integral” JARRET, B, *cit*, págs. 75-82.

<sup>326</sup> Sobre el uso de la meditación en la mediación cfr. RISKIN, L., "Mindfulness, Foundational Training for Dispute Resolution", *Journal of Legal Education*, vol. 54, 2004, págs. 79-91.

<http://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1648&context=facultypub>

<sup>327</sup> SIX, J-F., *Los Mediadores*, Sal Terrae, París, 2003, pág. 73.

<sup>328</sup> Una reelaboración del modelo Harvard, (El proceso desde la perspectiva de la escuela de Harvard pero con una mirada interdisciplinar) en BUSTELO, D. J., *La Mediación. Claves para su comprensión y práctica*, Tritoma, Madrid, 2009, págs. 154-164. Una útil guía práctica para preparar la negociación conforme al modelo Harvard vid. SOLETO, H., "Negociación", en SOLETO, H. (dir.), *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, *Op. cit.*, págs. 197-224.

Este método se basa en la identificación de siete elementos que están siempre presentes en toda negociación:

- Intereses
- Opciones
- Legitimidad
- Alternativas
- Comunicación
- Relación
- Compromiso

El mediador debe asegurarse de que las partes son capaces de identificar sus alternativas fuera de la negociación. Estas alternativas son conocidas como BATNA o MAAN (Best Alternative to a Negotiated Agreement/ Mejor Alternativa a un Acuerdo Negociado) y WATNA/PAAN (Worst Alternative to a Negotiated Agreement/ Peor Alternativa a un Acuerdo Negociado). Solo si hay correcta evaluación de estas alternativas será posible que las partes se sirvan de ellas como referencia para decidir sobre la conveniencia o no de un acuerdo concreto<sup>329</sup>.

---

<sup>329</sup> Acertadísima resulta la prevención expresada por SÁNCHEZ LENDINEZ, “el mecanismo jurídico de la mediación tiene sus límites en el ámbito civil y laboral...” “Cuando aprovechando la bonanza de la institución se pretende su aplicación al ámbito laboral o se prevé de forma generalizada en los contratos de adhesión, ... ; pretendiendo que la figura de un arbitro o mediador podría ayudar a desvelar los auténticos intereses de cada parte; no podemos menos que dar el grito de alarma, pues precisamente es absolutamente imposible conseguir que una solución racional en ese ámbito, se al mismo tiempo razonable, esto es materialmente justa y aceptable, además de equitativa. Es más, cuanto más racional llega a ser la solución que propone la parte fuerte, más se aleja la misma de la nota de la razonabilidad en el sentido que propone este término PERELMAN, insistiendo en que es imprescindible siempre un juicio de valor para controlar el carácter razonable de una decisión jurídica.” SÁNCHEZ LENDÍNEZ, F., "El Instituto de la Mediación, una aproximación transversal (familia y justicia reparadora vs. Contratos de adhesión y laboral)", en *Simposio...*, *Op. cit.*, págs., 32 y 33.

Por parte del mediador, el conocimiento de las alternativas de las partes le ayuda a entender cuál es la zona de posible acuerdo (ZOPA) o *negotiation arena* y tratar de mantener a las partes en ella.

La **generación de opciones** es el siguiente paso del que se sirve el mediador para ayudar a las partes a alcanzar un acuerdo<sup>330</sup>. Entendemos como opciones la gama de posibles soluciones que las partes pueden imaginar. Es conveniente subrayar con las partes que las opciones que se barajen no son propuestas que hace una de las partes a otra, sino que estamos en una fase de creatividad. Más tarde se evaluará cada una de las opciones con las partes y se verá si es posible que alguna de ellas se pueda convertir en un acuerdo definitivo.

Para que las partes sean capaces de formular opciones de acuerdo válidas es necesario que se basen, no solo en los intereses de la propia parte que los formula sino que se tengan en cuenta los intereses y las necesidades de la otra parte<sup>331</sup>. En esta etapa el mediador puede hacer uso de preguntas abiertas y preguntas circulares (con el fin de facilitar a las partes la comprensión de los intereses de su contraparte – p.e. ¿Cómo cree que vería esta solución si se colocara en el lugar de...?) con el fin de reenfocar el conflicto y que las partes puedan reevaluar sus decisiones.<sup>332</sup>

---

<sup>330</sup> En relación a la creatividad y acuerdos vid. PORTELA, J.G., "Replanteamiento y Generación de Opciones", en SOLETO MUÑOZ, H., OTERO PARGA, M. (dir.), *Mediación y Solución de Conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, *Op.cit.*, págs. 264 -274.

<sup>331</sup> GREEN, E.D., "Encontrando Alternativa al Litigio en las Disputas Empresariales", pág. 232, "Las principales habilidades del mediador son crear opciones y lanzarlas mientras avanza, crear opciones y ayudar a las partes a salvar su prestigio". (En KOLB, D.M. (coord.), *Op. cit.*

<sup>332</sup> DÍAZ, L.M., "Underlearning...", *cit.* "Converting problems into solutions includes a reorientation of the forces that provoked the problem. Instead of elaborating on the problem, one has to gain perspective and develop strategies that include recalling our best times about the situation in the past, wishing and thinking about what worked best then, visioning what we want in the future, and building from our strengths to work toward our vision."

En esta fase de generación de opciones, de nuevo nos podemos servir de mapas mentales (ampliando el ya realizado con los posibles acuerdos), pizarras o rotafolios. La técnica del *braimstorming* (lluvia de ideas) es muy útil para ayudar a las partes a pensar opciones creativas<sup>333</sup>.

También las herramientas de la mediación transformativa tiene su cabida en esta fase: la interacción de las partes en conflicto evoluciona durante las sesiones. Si en un momento inicial de la mediación (a veces en varias ocasiones), las partes discuten problemas de una forma, en momentos posteriores, tienen conversaciones cualitativamente diferentes acerca de estos mismos problemas. El intercambio de nueva información<sup>334</sup> y una mejor comprensión de las perspectivas mutuas pueden hacer que cambie la naturaleza de la conversación acerca de los mismos temas o problemas, puesto que se vuelven a repetir posteriormente. Los mediadores transformativos están sensibilizados con estas espirales de interacciones conflictivas. Ellos esperan que estas espirales de interacción ocurran en el curso de una mediación y, a menudo, hacen notar a las partes cómo los mismos temas se están discutiendo de otra forma a medida que su interacción se desarrolla en el transcurso del proceso. De esta manera, las

---

<sup>333</sup> Sobre la utilización de la fundamentación y técnicas freudianas del psicoanálisis en los MASC, cfr. DÍAZ, L.M., "Underlearning..." *cit.*, "Two fundamental features of Freud's work regarding therapeutic interventions in mental processes appear to be confusing. The first deceptive concept was Freud's generalizations that ignore individual and contextual uniqueness. The second is Freud's belief that psychoanalysts, in assisting their patients, should follow strict recommendations about what they should not do. A variety of useful concepts also emerged from Freud's work that may provide much needed guidance for effective conflict resolvers. Among these are, accepting and converting the problem into solution; fragmenting resources for conflict management; looking at options; and the power of the *talking cure*."

<sup>334</sup> Algunas reflexiones para provocar, incitar y facilitar el intercambio de información en LAX, D.A., SEBENIUS, J.K.; *Negociación Tridimensional*, Granica, Barcelona, 2007, págs. 259 a 263.

partes pueden observar la evolución de su propia interacción conflictiva y cómo esto afecta a sus visiones y decisiones personales<sup>335</sup>.

El lema oficial de Kenia es en swahili *Harambee*, “aunar esfuerzos”<sup>336</sup> y parece una buena introducción para la última fase. En la última fase, la construcción de acuerdos, es cuando se evalúan individualmente las opciones generadas. En este momento se puede establecer por el mediador un plan de prioridades, para comenzar los acuerdos más sencillos, utilizar la técnica del test de realidad (evaluativa) para moderar exigencias que no sean realistas y utilizar criterios objetivos para legitimar los acuerdos<sup>337</sup>.

Una parte esencial de la labor del mediador es la gestión del tiempo. Cómo estructuran los mediadores el tiempo define al mediador y el proceso de mediación que se aplica. Los mediadores pueden asignar ese tiempo ya sea en una serie de sesiones separadas o en una sesión continua. Pueden asignar el tiempo que quieren pasar con las partes y sus asesores o si esto se realiza individualmente o juntos. Pueden asignar tiempo a reuniones de premediación o no.

La gestión del tiempo es mucho más importante de lo que podría parecer *a priori*, pues está directamente relacionado con la capacidad de pensar y uno de los mayores inhibidores de esta capacidad es la consciencia de una cantidad limitada de tiempo y espacio. En la mediación mercantil a menudo son las partes y sus abogados quienes presionan para que se encuentre una solución rápida y que se condensen los encuentros yendo

---

<sup>335</sup>FOLGER, J.P., "La mediación transformativa...", *cit.*, pág. 11.

<sup>336</sup>FINN, A., *Correr con los Keniatas*, Ediciones B, Barcelona, 2012, pág. 145.

<sup>337</sup>Sobre el cierre y conclusión de la mediación cfr. HOWELL-RICHARDSON, P., "Concluding the Mediation", en NEWMARK C. y MONAGHAN A. (ed), *Mediators on Mediation*. London, Butterworths, 2005 y sobre tácticas para abordar los cierres en las negociaciones cfr. WADE, J., "The Last Gap In Negotiations. Why is it Important?" en *Mediate.com*, noviembre, 2013, en <http://www.mediate.com/articles/WadeJ22.cfm>.

directamente a la base del problema mediante una negociación exprés. Esto es algo de lo que debe ser consciente el mediador, y por ello, como hemos dicho, contar con un esquema mental del conflicto y establecer una estructura que pueda atajar el conflicto desde su base es esencial para el mediador.

En esto es importante tener en cuenta que la filosofía que subyace al proceso de mediación facilitadora es crear tiempo y espacio suficientes para cambiar el foco de atención de lo que se llama "problema" hacia la relación conflictiva entre las partes. Para ello, el proceso de pensamiento debe desarrollarse en primer lugar en el mediador y luego, por inducción, se espera que también en las partes. El primer paso importante es crear el tiempo y el espacio para cambiar el foco del "problema" a la relación entre las partes<sup>338</sup>.

Y, por supuesto, la gestión del espacio también constituye una estrategia en las manos del mediador. El mediador debe prestar atención al contexto físico en el que deba trabajar y utilizarlo como una herramienta que le permita optimizar el proceso.<sup>339</sup> Es importante que el mediador tenga en

---

<sup>338</sup>ROONEY G. Y ROSS M., *cit.*, págs. 38 y 39.

<sup>339</sup>DIEZ, F., "Acerca del Espacio y la Mediación", en *Revista de Mediación*, 2014, vol. 7, no2, pág. 32, "Entonces, cualquiera sea el contexto en el que se deba trabajar, lo primero es prestarle atención al espacio y utilizarlo como una herramienta que optimice las tres «C» del trabajo como mediador, Comodidad, Comunicación, Conexión. Si se pone atención a esos tres aspectos del proceso se podrá preparar el mejor lugar para el mediador y para las personas con las que se va a trabajar. El mismo principio se aplica si se trabaja con dos personas en un escritorio o con una multitud de personas en un proceso de diálogo. En los procesos con muchas personas sin duda es más complejo lograr «comodidad» para todos, pero siempre podemos preguntarnos, ¿cómo hacer para que estemos todos un poco más cómodos?, ¿qué puedo hacer yo para mejorar este espacio?. Es indispensable preveer cómo va a fluir la comunicación entre todos, ¿qué reglas y procedimientos hace falta establecer para que fluya la conversación en un grupo grande – y cómo lo haremos-? Y finalmente ¿cómo generar verdadera conexión cuando hay muchas personas en un mismo espacio? Los principios son los mismos. Cuando se conduce un diálogo entre muchos lo que se necesita para generar conexión es que se desplieguen conversaciones con respeto, compasión y sinceridad. Si esto es lo que uno se propone lograr, ¡entonces aparece una manera de hacerlo!".



cuenta- especialmente en las mediaciones comerciales que se realizan en un único día- la necesidad de contar con un espacio para sí mismo<sup>340</sup>.

#### E. El acuerdo de mediación

La mediación puede finalizar con o sin acuerdo. Cualquiera de las partes puede decidir en cualquier momento del proceso abandonar la mediación sin que sea necesario justificar una razón o bien por el transcurso de tiempo de duración acordado, en su caso. También el mediador puede poner fin a la mediación si considera que se ha llegado a una situación de bloqueo que no va a permitir a las partes seguir avanzando, que una de las partes muestra una conducta obstruccionista o que pueden existir indicios de delito en alguna de las conductas de las partes<sup>341</sup>.

La mediación puede finalizar con un acuerdo sobre la totalidad de los aspectos del conflicto o solo sobre parte de ellos (acuerdo parcial). En el acuerdo –con independencia de lo previsto en la Directiva y Ley de Mediación- tiene la naturaleza de un contrato de transacción y se rige, en derecho español, por lo dispuesto en el art. 1809 y ss. del Código Civil. Se establecen diversos requisitos para que la transacción sea válida. Así, en el caso de personas jurídicas (mediación en conflictos mercantiles), éstas sólo podrán transigir en la forma y con los requisitos que necesiten para enajenar sus bienes (art. 1811). El art. 1816 establece que la transacción tiene para

---

<sup>340</sup> DESCARTES, R., *Discurso del Método*, Alianza, Madrid, 1979. pág. 86, “Y, en fin, como para empezar a reconstruir la casa en que se vive no basta haberla derribado y haber hecho acopio de materiales y arquitectos, o haberse ejercitado uno mismo en la arquitectura y haber trazado cuidadosamente el plano, sino que también hay que proveerse de alguna otra habitación en donde pasar cómodamente el tiempo que dura el trabajo...”

<sup>341</sup> En relación al papel que ha de desarrollar el mediador una vez logrado un acuerdo en la mediación cfr. MACKIE, K., MILES, D., MARSH, W., ALLEN, T., *Op. cit.*, págs. 276-280.

las partes la autoridad de cosa juzgada, si bien no procede la vía de apremio sino en el caso de transacción judicial<sup>342</sup>.

En el caso de que nos hallemos ante un conflicto ya judicializado, el art. 19 LEC regula el poder de disposición de las partes sobre el proceso sus pretensiones y, en este ámbito, establece que el acuerdo de transacción será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin. El art. 415 dota a este acuerdo de ejecutividad.

La Ley de Mediación dedica los artículos 22 y 23 a la terminación del procedimiento y al acuerdo. Se establece la obligatoriedad de la firma de un acta final de la mediación. Este acta determinará la conclusión del procedimiento y deberá ser firmada por las partes y por el mediador. En el caso de que la mediación haya finalizado con acuerdo, éste debe reflejarse también en el acta. En el acuerdo de mediación deberán constar la identidad de las partes, la fecha y lugar en la que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y se debe hacer referencia a que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado de las previsiones de la Ley, indicando también el nombre de mediador que ha intervenido y de la institución de mediación en que se haya llevado a cabo el procedimiento, si procede. El acuerdo de mediación se firma por las partes, no por el mediador. Del acuerdo de mediación se entregarán dos ejemplares a las partes, mientras que el mediador debe conservar una copia.

---

<sup>342</sup>Debemos hacer notar que en la doctrina y la práctica anglosajona han tenido siempre muy en cuenta la transacción dentro del proceso judicial. No así en la doctrina europea donde las leyes procesales han visto la transacción como un medio anormal de terminación del proceso. Las técnicas de mediación en esta fase se incorporan a los juzgados y aparecen jueces conciliadores (Francia) o jueces mediadores en la segunda instancia (Holanda) o se dan muchas facilidades de conciliación a lo largo del proceso (Inglaterra). En Estados Unidos la *Uniform Mediation Act* bien reciente, se constituye en ley general de mediación para regular las relaciones cada vez más íntimas entre ambos sistemas. REDORTA, J., “Entorno de los métodos alternativos de solución de conflictos”, *cit*, pág. 32.

La Ley de Mediación recuerda en este artículo la obligación del mediador de informar a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de la posibilidad de instar su elevación a escritura pública con el fin de dotarlo de carácter ejecutivo.<sup>343</sup>

En cumplimiento de lo dispuesto en la Directiva, aunque con eficacia para todo tipo de acuerdos (domésticos y transfronterizos), el Título IV de la Ley de Mediación se dedica a la ejecución de los acuerdos<sup>344</sup>. El título ejecutivo podrá formalizarse a través de la elevación del acuerdo a escritura pública, con los siguientes requisitos:

- El acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario, acompañado de las actas de la sesión constitutiva y final de procedimiento. Las actas deberán ser de nuevo presentadas para obtener la ejecución del acuerdo (art. 550.1 LEC según la redacción dada por la Ley de Mediación).
- El notario verificara el cumplimiento de los requisitos exigidos en la Ley de Mediación, así como que el contenido del acuerdo no es contrario a derecho<sup>345</sup>.

---

<sup>343</sup> En relación al coste de la protocolización de los acuerdos y su consideración en el arancel como documentos sin cuantía.), *Op. cit.*, págs. 315 y ss.

<sup>344</sup> Sobre la ejecución del acuerdo de mediación y la problemática que esta pueda plantear *vid.* GISBERT POMATA, M. "El acuerdo logrado en mediación civil y mercantil" en GISBERT POMATA, M. y DÍEZ RIAZA, S., *El contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*, Tomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2014, págs. 270 y ss., CASTILLEJO MANZANARES, R. "Comentario al art. 25 (Formalización del título Ejecutivo)" en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Op. cit.*, págs. 261 y ss. y VIOLA DEMESTRE, I., "El carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de mediación", en *Simposio ...*, *Op. cit.* pags, 21-28.

<sup>345</sup> Sobre el notario como mediador, TORRES ESCAMEZ, S., "La mediación como sistema de solución de conflictos, una perspectiva notarial", en *La reforma de la Justicia Preventiva (seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP*, Madrid, Civitas, 2004, págs. 317-328.

Cuando el acuerdo se haya alcanzado en una mediación desarrollada una vez iniciado un procedimiento judicial las partes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 LEC, podrán solicitar que el acuerdo sea homologado por el tribunal<sup>346</sup>, en un auto que, por sí mismo, tendrá carácter ejecutivo<sup>347</sup>.

#### 4. El valor añadido del abogado en la mediación

El abogado no debe fomentar los pleitos sino “ajustar a las partes”, escribió en 1738 José Berní.<sup>348</sup>

Veremos después que en las conclusiones presentadas por el Taller Civil en el Taller de Derivación a la Mediación conectada con el Tribunal, organizadas por el Consejo General de Poder Judicial, en mayo de 2012, sobre el papel que debían jugar los abogados en el contexto de la mediación civil y mercantil se recogían las siguientes actuaciones:

- Asesorar sobre la conveniencia o no de acudir a la Mediación, teniendo en cuenta el asunto concreto y el tipo de conflicto.
- Redactar el acuerdo para mediar, en el que deben incluirse las condiciones y fases de la Mediación, los representantes de las partes, las bases para la elección del mediador y regular, en su caso, la intervención de terceros.
- Preparar la estrategia de las partes para la Mediación.

---

<sup>346</sup>Sobre las ventajas fiscales de la homologación judicial del acuerdo realizaremos algunas consideraciones en el Capítulo VI.

<sup>347</sup>Vid. ALASTRUEY GARCIA, R., "Traslación de la mediación y sus acuerdos al proceso judicial", en *Materiales.*, *Op. cit.*, págs. 401- 410.

<sup>348</sup>Cfr. BERNÍ, J., *El abogado instruido en la práctica civil*, Valencia, 1738, (edic. facsimilar de Lex Nova, Valladolid, 2006), capítulo I “Del modo de instruir al litigante”.

- Representar a las partes o asistirles durante las sesiones.
- Redactar el acuerdo y controlar que se cumplen los requisitos de capacidad y de forma así como la viabilidad del cumplimiento.

Se expresaba, además, la importancia de que en la fase embrionaria de la Mediación, el abogado no obstaculice los intentos de Mediación o el desarrollo de la misma.

La intervención del abogado en la mediación ayuda a cada una de las partes a obtener el acuerdo que mejor se ajuste a sus propios intereses y genera ventajas en todas sus fases<sup>349</sup>.

Realizaremos algunas consideraciones sobre las distintas fases<sup>350</sup> de la mediación y la función que el abogado desarrolla en las mismas tratando de identificar el valor añadido que su labor aporta<sup>351</sup>. Posteriormente valoraremos aspectos de su formación que podrían mejorarse para incrementar esa capacidad de aportar valor en este nuevo contexto de solución de conflictos.

Las fases de desarrollo de una mediación en la práctica suelen ser las siguientes:

- i) Las Partes deciden acudir a un MASC
- ii) Acuerdo de mediación y designación de un centro de mediación o de un mediador

---

<sup>349</sup> Una guía práctica que diferencia las orientaciones para mediador y abogados e incorpora un esquema de acuerdo para mediar es la publicada por STITT, A.J., *Mediation, a practical guide*, London, Cavendish Publishing, 2004.

<sup>350</sup> BAILEY, C.y DATMON, G., “Mediation from the advocate’s seat”, *New Law Journal*, 13 de mayo de 2005, pág. 728.

<sup>351</sup> Sobre el papel y obligaciones de los abogados que asisten a una parte en la mediación, cfr. SPENCER, D. y BROGAN, M., *Op. cit.*, pág. 202-214.

- iii) Preparación del mediador y de las partes: Pre-mediación
- iv) Reunión inicial
- v) Sesiones conjuntas y privadas
- vi) Formalización del Acuerdo
- vii) Cumplimiento y ejecución

i) Las partes deciden acudir a un MASC

Decíamos que la primera decisión estratégica para la solución de un conflicto entre empresas es la elección del mecanismo, tradicional o alternativo, de solución de conflictos más adecuado a los intereses de las partes<sup>352</sup>.

Esta labor de análisis de conflicto y elección de método implica una labor de identificación fáctica, de valoración de la virtualidad probatoria de los elementos disponibles, de anticipación de pruebas contrarias y de contraste con los resultados previsibles en los distintos contextos. Esta labor se realiza por abogados y su valor añadido es obvio. “Uno de los principales obstáculos culturales para una solución temprana de los conflictos y, muy particularmente para acudir a mediación, es el rechazo de los ejecutivos a cooperar en la realización de una evaluación temprana del caso y manejar la documentación que ello implica”<sup>353</sup>. Un abogado de confianza debería ayudar a atajar esta dificultad<sup>354</sup>.

---

<sup>352</sup> Consejos prácticos sobre el uso de MASC por abogados pueden encontrarse en MACKIE, K., MILES, D., MARSH, W., ALLEN, T., *Op. cit.*, págs. 179-220.

<sup>353</sup> NAJAR, J.C., en *cit.*, pág. 243.

<sup>354</sup> Con un estilo pragmático KEISER escribe, “Cuando un cliente en el que se confía se vuelve combativo, las opciones son limitadas. Uno no puede permitir perder un cliente, pero tampoco puede permitirse perder el beneficio” Cfr. KEISER, T. C., “Ocho estrategias para negociar positivamente con un cliente difícil”, en SCHMIDT, W.H. *et alii*, *Op. cit.*, págs. 111-126.

Los abogados pueden y deben ofrecer a la otra parte la posibilidad de acudir a un método alternativo para solucionar el conflicto. Recientemente, en mi actividad profesional como abogado, he utilizado el siguiente modelo cuando he tomado la iniciativa, en el que se indica la naturaleza de la mediación y se resumen las actuaciones que deben realizarse:

*Estimado compañero:*

*De acuerdo con el espíritu de este despacho, en el que siempre tratamos de encontrar una solución negociada a los asuntos que se nos encomiendan, me pongo en contacto contigo para trasmitirte, como hemos hecho en otras ocasiones a lo largo del proceso, nuestra disposición de llegar a un acuerdo en la reclamación interpuesta por tus clientes.*

*Esta reflexión la hacemos en el marco de la sugerencia contenida en la Diligencia de Ordenación de 15 de octubre de 2015 del Secretario del Juzgado de lo Mercantil nº 99 de Narnia, en la que se nos informa de la posibilidad de intentar vías extrajudiciales de solución del conflicto, entre ellas la mediación.*

*Una solución extrajudicial sería extraordinariamente positiva para todos, por lo que te propongo que intentemos que nuestros clientes acudan a una mediación, con la intención de permitirles cerrar ya este asunto, sin necesidad de enfrentarse a la incertidumbre de lo que, a todas luces, será un largo y complejo procedimiento judicial.*

*La mediación es un método de solución de conflictos en el que son las partes, por sí mismas, quienes llegan a un acuerdo sobre su reclamación, por su propia voluntad y sin que sea impuesto por un tercero. En la*

*mediación las partes comparecen y actúan por sí mismas, sin necesidad de hacerlo a través de un representante, lo que les permite, en muchos casos por primera vez, establecer un diálogo entre ambas.*

*La solución del conflicto es mucho más rápida que cualquier proceso judicial, con el consiguiente ahorro de tiempo y costes. Tiene carácter confidencial, reconocido por la Ley, por lo que, en el caso de que no consigamos un acuerdo, supone que nada de lo que se diga u ofrezca durante la mediación puede ser aportado y tomado en consideración como prueba durante el procedimiento judicial.*

*Si añadimos que, en cualquier momento, ambas partes o una de ellas pueden decidir abandonar el intento y reanudar el proceso judicial, desde nuestro punto de vista, para nuestros clientes acudir a una mediación no reportará más que ventajas y ningún inconveniente.*

*Por nuestra parte, estamos dispuestos a enfocar esta mediación como tus clientes consideren más oportuno ya que consideramos que, pese a las dificultades que pudieran surgir y, aunque en las conversaciones que hemos tenido hasta ahora no hemos conseguido llegar a un acuerdo, no debemos privarles de intentar solucionar este asunto extrajudicialmente. De hecho, mis clientes nos han manifestado un gran interés en poder tener un diálogo directo sobre el conflicto con los perjudicados, con independencia de las posiciones actuales que unos y otros sostenemos en cuanto a las cuantías.*

*Aunque, por la proximidad con el Juzgado ante el que se está siguiendo el procedimiento judicial, la mediación podría realizarse en Narnia –donde hay excelentes mediadores e instituciones de mediación-, no hay ninguna obligación legal de que ésta se realice en un lugar determinado, por lo que*



*podemos hacerla en Comala, o en cualquier otro lugar que sugieras, a conveniencia de ambas partes. Existen en España muchas instituciones de mediación y mediadores reconocidos a los que podemos acudir.*

*Entre las instituciones que ya están ofreciendo servicios de mediación o proporcionando sesiones informativas, podemos contar con las siguientes:*

*1. Centro de Mediación del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona (CEMICAB)*

*<http://www.cemicab.es>*

*2. Centro de Mediación del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (mediaICAM)*

*<http://mediacion.icam.es>*

*3. Fundación Notarial Signum*

*<http://www.fundacionsignum.org/es/centro-de-mediacion>*

*Especialmente recomendable considero el vídeo divulgativo realizado por la Asociación Madrileña de Mediación, que puedes encontrar en el siguiente enlace*

*[http://www.youtube.com/watch?feature=player\\_embedded&v=3efiMecQ1fk](http://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=3efiMecQ1fk) y que te rogamos, hagas llegar a tus clientes, con el fin de que puedan conocer las ventajas de la mediación.*

*En la confianza de que consideres positivamente nuestra propuesta y la hagas llegar a tus clientes, quedamos a la espera de que, bien nos propongas directamente algún mediador o institución a la que podamos acudir o bien nos pongamos de acuerdo para designarlo conjuntamente. Aunque en este momento pueda parecer que nuestras posiciones están muy*

*alejadas y que no es posible llegar a un acuerdo, nuestra experiencia nos ha demostrado que las ventajas de una mediación solo se perciben cuando se experimenta y es realmente impresionante el nivel de satisfacción de las partes con los acuerdos obtenidos por esta vía.*

*Saludos cordiales*

*PF*

ii) Acuerdo de mediación y designación de un centro de mediación o de un mediador

Con independencia de cumplir con los requisitos legalmente establecidos, la mediación en la práctica exige concretar documentalmente la voluntad de intentar la mediación a través del acuerdo de mediación que debiera tener un contenido mínimo:

- Identificación de las partes
- Identificación del conflicto
- Establecimiento del compromiso de confidencialidad por las partes y el mediador
- Establecimiento de plazos y sistemas de notificaciones
- Lugar de la mediación
- Intervención de asesores
- Causas de suspensión de la mediación
- Costes y honorarios

Parte del acuerdo se dedicará a la elección y designación del mediador .  
Como hemos indicado antes, el mediador es un elemento esencial en el

procedimiento, por lo que su elección debe realizarse con gran atención por las partes, teniendo en cuenta sus conocimientos y habilidades para realizar de manera eficaz las funciones de dirección del procedimiento, acercamiento de las partes y ayuda en la redacción del acuerdo.

El mediador o el sistema de elección (instituciones de mediación) debe ser elegido de común acuerdo por las partes.

La elección del mediador es uno de los aspectos más importantes para la resolución del conflicto, pues la calidad del mediador condiciona enormemente el desarrollo, el resultado y el nivel de satisfacción de las partes.

El abogado debe investigar las habilidades del mediador elegido, teniendo en cuenta los diferentes estilos de mediación que pueden practicarse, sus características personales en relación a las partes y a las personas que intervendrán en la mediación, contrastar su independencia, su apego a qué código ético, su tarifa de honorarios. Todo esto implica un conocimiento no sólo del funcionamiento de los MASC y su dinámica sino de los distintos paneles y centros de mediación y de los mediadores integrados en ellos. De nuevo el valor añadido que aporta el abogado cuando realiza esta labor es obvio.

### iii) Preparación del mediador y de las partes: Premediación

Es útil que los abogados de las partes puedan reunirse, contactar telefónicamente o por escrito previamente con el mediador tanto para explicarle la naturaleza del conflicto como para informarle sobre la manera de ser y peculiaridad de sus clientes o representantes, así como las razones

por las que, a juicio del abogado, han impedido la obtención de un acuerdo en las negociaciones previas. Los abogados de las partes, además, deben ponerse de acuerdo sobre diversos aspectos relacionados con la mediación, desde el lugar en el que se realizará, duración máxima de la misma, documentos que se entregarán al mediador, etc. Los abogados de las partes, en definitiva, han de realizar una labor formativa del mediador sobre el conflicto en cuestión para que alcance un nivel de conocimiento que le permita realizar su función.

En paralelo los respectivos abogados han de tratar, a veces asistidos por el mediador, de que sus clientes entiendan bien lo que se pretende al acudir a mediación y cuál debe ser la actitud adecuada para que puedan aprovechar al máximo sus ventajas. Igualmente cuál es el papel de su abogado en la mediación y el alcance de las garantías de confidencialidad y voluntariedad.

La correcta preparación de la mediación desde el punto de vista estratégico es otro de los aspectos esenciales para incrementar el éxito de la misma. Es importante que nuestro cliente tenga claro el rango económico en el que puede llegar a un acuerdo, así como que el mediador y la otra parte lo conozcan, los puntos fuertes y débiles de su posición, así como una idea lo más aproximada posible de cuáles son sus opciones fuera de la mediación. Como escribe Jan Morris al referir el estilo de negociación veneciano: “*Noi siamo calcolatori*”.<sup>355</sup>

El abogado debe tener presente si es necesario o no contar en la mediación con testigos y peritos, guardando el necesario equilibrio entre su utilidad y la confidencialidad requerida en el proceso de mediación<sup>356</sup>.

---

<sup>355</sup> MORRIS, J., *Venecia*, RBA editores, Barcelona, 2008, pág. 46.

<sup>356</sup> En palabras del mediador americano Henry COX, “As attorneys continue to hone their litigation skills, mediation skills should not be ignored. An attorney who places significant effort into the preparation of the mediation tends to have a better

Sin duda la labor realizada por el abogado en la preparación de mediador y partes previamente al inicio de las sesiones de mediación es un factor clave para su éxito<sup>357</sup>.

#### iv) Reunión inicial

El día fijado para las sesiones de mediación, el mediador recibirá privadamente a la partes de forma separada para reforzar las razones por las que acuden a mediación y las ventajas y principios propios de la mediación, además de firmar la hoja de encargo al mediador, anticipar el desarrollo y horario del día y aspectos de logística. A continuación, generalmente se convoca a las partes a una reunión inicial conjunta. En esta primera sesión el mediador además de reforzar la confianza en la mediación y reiterar sus principios y ventajas, explica su propia función y exhorta a las partes a moderar los tiempos de intervención y al respeto de los tiempos y turnos<sup>358</sup>. Normalmente invitará a las partes a presentarse y a exponer su

---

outcome. Cases do settle in mediation. Waiting to fully prepare information until summary judgment or trial is an ineffective strategy if the case ends in mediation. Effective use of depositions and other discovery in the mediation is a skill set that many attorneys are just learning – and more is to be learned by all, including mediators.” Cfr. COX, H., “Effective Use of Depositions in Mediation” en *Mediate.com*, recuperado en <http://www.mediate.com/articles/CoxH2.cfm> abril 2012

<sup>357</sup> “Sosegaos” es el consejo de MARTINEZ VAL, J. M., “Abogacía y Abogados”, Bosch, Barcelona, 1999, pág. 89, el cliente tiene derecho a toda nuestra calma.

<sup>358</sup> Es esencial que el mediador tenga habilidades de moderador. En este sentido vid. HERNÁNDEZ GUERRERO, J.A., GARCÍA TEJERA M.C., *El Arte de Hablar. Manual de Retórica y de Oratoria Moderna*, Ariel, Madrid, 2004, pág. 146, “El moderador es el responsable del cumplimiento del orden y del horario de las intervenciones. Su papel, por lo tanto, más que en el contenido de los discursos, se sitúa en las formalidades determinadas por las normas generales de la educación y de la cortesía, por los reglamentos de las instituciones y por el “orden del día” previamente conocido y aceptado.

El moderador debe iniciar y terminar el acto, conceder y retirar la palabra, explicar el sentido de la convocatoria, pero ha de evitar convertirse en el juez inapelable de los discursos de los demás o en el intérprete fiel de las diferentes intervenciones. El moderador no es la autoridad suprema – el depositario de la verdad, del bien o de la felicidad-. Su función es similar a la que ejerce el maestro de ceremonias o el guardia de circulación. Ha

propia visión del conflicto. En ocasiones, las partes prefieren que esta presentación inicial la realice el abogado que las acompaña por estar más habituado a hablar en público y a estructurar la información o porque conoce los detalles del conflicto con más precisión. Esta labor de comunicación supone un claro valor añadido del abogado en la mediación<sup>359</sup>.

“Para convencer no basta con argumentos racionales, sino que, ya que se trata de decisiones que implican valores, es decir, preferencias, además hay que apelar a los afectos o sentimientos, y no sólo eso, para garantizar el resultado es preciso hablar bien, el discurso tiene que gustar. De ahí la triple finalidad ciceroniana: docere, delectare, movere, o enseñar, deleitar y conmover. Se trata, pues, de apelar a la razón, al sentido de lo bello y a las emociones.”<sup>360</sup>

#### v) Sesiones conjuntas y privadas

El abogado debe asistir al cliente durante el procedimiento, desde el asesoramiento y participación en el diseño de la estrategia de la parte hasta, si es necesario, la intervención en sesiones conjuntas y privadas, junto a su cliente o, incluso, a solas con el mediador. Esto supone que el abogado debe seguir la evolución del proceso, asegurándose en todo momento de que sus

---

de conjugar el respeto a las normas y la flexibilidad de su aplicación. La rigidez, no el rigor, coarta y frena, y la flexibilidad, no el desorden, facilita la espontaneidad y la agilidad.”

<sup>359</sup> Para la preparación de la fase de apertura en la mediación puede ser útil, STUDER, J., *Guía Práctica de Oratoria. Hablar. Exponer. Convencer*, El Drac, Madrid, 1999. pág. 34. “Es preferible que usted elebore fichas en las que anote sus ideas y determinadas palabras clave, en vez de discursos redactados en su totalidad. De esta manera, aunque la frase no sea perfecta, su palabra resultará viva y comprensible. Únicamente parece conveniente anotar literalmente el principio y el final de un discuroso, asó como citas de otros autores.” Igualmente sobre situaciones diferentes de “presentación *vid.* BREHLER, R., *Practicas de Oratoria Moderna*, Madrid, Editorial El Drac, 1999.págs. 43-44.

<sup>360</sup> ROMO FEITO, F., *La Retórica. Un paseo por la retórica clásica*, Montesinos, Barcelona, 2005, pág. 34.

decisiones son compatibles con la debida protección de su posición legal y sus intereses. El abogado, además, debe estudiar la viabilidad jurídica de los posibles acuerdos que puedan plantearse y asesorar a su cliente sobre la conveniencia o no de aceptarlos.

#### vi) Formalización del acuerdo

La redacción del acuerdo es claramente el momento de la mediación en el que la presencia de los abogados de las partes es esencial por razones técnicas. Los abogados deben velar por que la redacción del acuerdo se adecue con el resultado de la mediación, por su legalidad así como verificar el cumplimiento de los requisitos necesarios para dotarlo de ejecutabilidad en el caso necesario. La creatividad y buen criterio de los abogados de las partes en la redacción del acuerdo optimizarán sus ventajas legales y fiscales.

#### vii) Cumplimiento. Ejecución

Según sea la complejidad del acuerdo, éste podrá llevar aparejado un calendario de ejecución, condiciones específicas de cumplimiento, establecer consecuencias para su incumplimiento, etc. que exigen un seguimiento del que normalmente se encarga un abogado.

En definitiva en todas las fases la labor del abogado aporta un obvio valor añadido que debiera reflejarse en el cobro de honorarios profesionales.

## 5. La necesidad de incluir la formación en MASC en los estudios del Derecho

Nuestro éxito como abogados en la mediación dependerá del desarrollo de algunos conocimientos y habilidades, algunos de los cuales no han sido objeto de nuestro estudio, al menos para los que nos licenciarnos con el “Plan del 53”. Tendríamos que incorporar a nuestro acervo que “el uso sistémico de la mediación es un elemento esencial en la racionalización de las disputas”<sup>361</sup>.

La formación, en nuestro caso, el complemento a nuestra formación, es imprescindible. La apelación de Lord Clark, Juez del Tribunal Supremo de Escocia, en el discurso que dirigió en Gray’s Inn en 2009, resulta elocuente: “...la mediación y otras formas de MASC debieran convertirse en un hábito innato para los litigadores, los litigantes y los Tribunales. Es sin duda una obligación de gente como ustedes hacer correr la voz. Formación, formación, formación. Sugiero que comencemos con las facultades de Derecho, las partes y sus abogados”<sup>362</sup>.

Para ser capaces de prestar el debido asesoramiento a nuestros clientes, en los términos que se sugieren en el punto anterior, es necesario que profundicemos en las siguientes áreas:

- a) Conocimiento legal y estratégico del sector en el que se desarrolla la actividad comercial de nuestro cliente.

---

<sup>361</sup> NAJAR, J.C., *cit.*, pág. 249. Cfr. Los comentarios del autor sobre la racionalización del proceso en cuatro pasos.

<sup>362</sup> Cfr. LORD CLARK, “Mediation – An integral part of our litigation culture”, *Littleton Chambers Annual Mediation Evening*, Gray’s Inn, 10 de junio de 2009.



Este conocimiento es fundamental para poder analizar debidamente el conflicto y elegir la estrategia de solución adecuada.

b) Conocimiento de la mediación como MASC, así como de las diversas instituciones de mediación nacionales e internacionales, sus Estatutos y Reglamentos y de sus cuadros de mediadores<sup>363</sup>.

Esta será la manera en la que podremos orientar a nuestro cliente hacia una institución o mediador más adecuado y explicarles debidamente cómo va a desarrollarse la mediación.

c) Habilidades<sup>364</sup> de negociación, comunicación y desbloqueo<sup>365</sup>, para asesorar a estratégicamente a nuestro cliente durante las sesiones de mediación.

d) Conocimientos de derecho civil y procesal, así como de la legislación específica sobre mediación del lugar en el que esta se desarrolle o del que debe ser cumplido el acuerdo.

El ejercicio de los abogados como mediadores y los retos que plantea no es objeto de este trabajo y, por lo tanto, no lo abordamos aquí<sup>366</sup>. No obstante,

---

<sup>363</sup> Para algunas claves prácticas para abogados en su relación con mediadores cfr. NEWMAN, P., "Working with a Mediator", *Construction Law*, Junio 2005, págs. 26-28. También BAILEY Y DATMON, *cit.*, pág. 728.

<sup>364</sup> NAJAR, J.C., *cit.*, pág. 249.

<sup>365</sup> "Cada uno debería preocuparse únicamente de formular juicios justos. Y, para ello, debería primero pensar y después hablar. Pero en la mayoría de las personas, a la innata vanidad se une la incontinencia verbal y una innata falta de probidad." SCHOPENHAUER, A., *EL Arte de Tener Razón Expuesto en 38 Estratagemas.*, Edaf, Madrid, 1996, pág. 18.

<sup>366</sup> Cfr. RELYEA G., Y CHENG, R., "From Gladiator to Mediator, The Challenges for Lawyers to Become Mediators", *Mediate.com*, 7 de mayo de 2010, disponible en <http://www.mediate.com/articles/RelyeaGChengR.cfm>.

hemos de hacer una apelación al cambio en la cultura legal (y también en el abogado).

La decisión de trasponer la Directiva a través de la Ley de Mediación y su desarrollo reglamentario<sup>367</sup> no sólo a los conflictos transfronterizos, sino también, y especialmente, en el ámbito de los conflictos domésticos, puede ser un acicate, no solo para la desjudicialización de los conflictos sino también para una mejora de las relaciones comerciales y entre organizaciones que posibiliten la construcción de una "cultura de paz" como contraposición a una "cultura de confrontación"<sup>368</sup>.

A esta "cultura de paz" deben llegar también los abogados, no sólo por los beneficios que puede reportar a la sociedad sino por qué, cada vez en mayor medida, el propio cliente va a ser quién demande del abogado una solución más eficaz de los conflictos.

El cliente espera hoy que su abogado sea capaz de proporcionarle un asesoramiento eficaz, esto es, espera que el abogado se un conocedor de los

---

<sup>367</sup> 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 («B.O.E.» 27 diciembre).

<sup>368</sup> Hacemos nuestras, en este sentido, las observaciones del magistrado Luis Aurelio GONZÁLEZ MARTÍN, "Los profesionales que hacen de la mediación su vocación de trabajo son abanderados de la resolución pacífica de los conflictos, siendo esto un objetivo que, día a día, se vislumbra como más que necesario en un mundo en el que el incremento de la agresividad es ya casi exponencial. Los individuos y los grupos sociales están evidenciando en los últimos lustros una enorme beligerancia en lo político, en lo económico, y, en general, en todas las facetas de la convivencia, de manera que las disputas tienden a resolverse por métodos que se alejan mucho de lo que sería deseable en unas sociedades democráticas y avanzadas. Todo lo anterior tiene un enorme reflejo en el mundo de lo jurídico, en general, y en la actividad jurisdiccional, en particular. Además, nos encontramos con la especial idiosincrasia de nuestro país, en el que se aprecia una gran carencia en la cultura de la transacción, un desconocimiento palmario de los métodos no adversariales para resolver los conflictos y una creciente tendencia a utilizar el proceso judicial como una forma de conseguir venganza social y protagonismo mediático", en GONZALEZ MARTIN, L.A., "La mediación civil y mercantil, una necesidad y una obligación legal en el espacio de la Unión Europea. La importancia de la figura del profesional de la mediación", *cit.*, pág. 6.

problemas específicos de su negocio y tenga en cuenta las necesidades de su cliente, más allá de un mero asesoramiento basado en posiciones jurídicas<sup>369</sup>. Ante un eventual problema, nuestro cliente espera de nosotros –como, de hecho siempre ha ocurrido- una valoración del conflicto y el consejo sobre qué método de solución debe intentarse para resolverlo.

En la encuesta a la que he hecho referencia en varias ocasiones, la pregunta “¿Las ventajas de la mediación se reducen por la intervención excesiva de los abogados?” arrojó el siguiente resultado:

3%	Siempre
32%	A menudo
62%	Algunas veces
3%	Nunca

Por lo tanto, debemos mantener el equilibrio entre la necesaria protección de los intereses de nuestro cliente sin llegar a una posición obstruccionista que impida la consecución del acuerdo.

Nuestro Derecho histórico hacía referencia a la intervención de “hombres buenos” en figuras que hoy encuadraríamos dentro de los MASC. ARAGONESES<sup>370</sup> manifiesta que no es de esencia en la mediación (en su terminología conciliación) que a las partes los acompañen “hombres buenos”. De hecho, afirma que “la mezcla de estas dos instituciones puede

---

<sup>369</sup> LEATHES, M., "The Medici Effect of Mediation", en *Mediate.com*, abril 2015. Recuperado en <http://www.mediate.com/articles/LeathesM5.cfm>. “Perhaps the most important thing an in-house counsel can do in conflict management is to establish or implement an effective conflict management system (CMS) geared to the specific conflict and risk profile experienced by the corporation. There is no shortage of guidance and examples for putting together a CMS.”

<sup>370</sup> ARAGONESES, *Op. cit.* Nota 35, pág. 61.

explicar no pocos fracasos de la actividad conciliadora”, razón por la que suprimió su necesidad en la reforma de la LEC por Ley 34/1984, de 6 de agosto. Sin embargo, la abogacía y las profesiones jurídicas en general tienen un papel primordial en el desarrollo de los MASC y, sobre todo, en un desarrollo que favorezca profundizar en la tutela judicial efectiva de los derechos de los ciudadanos.

## 6. La aproximación de los jueces a la mediación

En Mayo del 2010, el CGPJ auspició la organización de unos talleres de derivación judicial a mediación<sup>371</sup>, dirigidos por la Magistrada Raquel Alastruey. La conclusiones del Taller Civil, que transcribimos, resumieron muy acertadamente el estado de la cuestionen relación al papel que los diferentes operadores jurídicos deberían jugar en relación a los MASC. Merece la pena poner el énfasis en que el taller se celebró con anterioridad al desarrollo legal y reglamentario de la Directiva.

### **Taller Civil: Conclusiones:**

Los componentes del Taller Civil han estructurado el debate en torno a tres puntos:

- I.-** Determinación del punto de partida de la judicatura española en relación a la Mediación.
- II.-** Consideraciones sobre el modo de regular la derivación judicial en el ámbito civil y mercantil.
- III.-** Otras consideraciones, a modo de guía, sobre el papel que han de jugar abogados, Mediador y Juez en el contexto de la Mediación civil y mercantil.

---

<sup>371</sup>Taller de derivación a la Mediación conectada con el Tribunal, Madrid , 24, 25 y 26 de mayo de 2010. Servicio de Formación Continua Consejo General del Poder Judicial

## I.- Determinación del punto de partida de la judicatura española en relación a la Mediación.

En relación con este punto, se han extraído las siguientes conclusiones:

- 1º.- Los jueces españoles tienen un conocimiento sólo conceptual de la Mediación. El conocimiento práctico es insuficiente e impide apreciar las ventajas de este sistema. Sería conveniente ampliar la información a los profesionales e incluir en la formación de los jueces simulaciones sobre Mediación que permitieran apreciar todos los aspectos prácticos.
- 2º.- Los jueces tienen interés y voluntad de utilizar la Mediación en el contexto civil y mercantil. Los integrantes del taller somos conscientes de las sus ventajas, así como de las opciones que ya permite la actual regulación de la Audiencia Previa que posibilita un ámbito de utilización para la Mediación. La dificultad para llevarlo a cabo en la práctica viene principalmente determinada por la escasez de Mediadores o de instituciones de Mediación (excepto en Cataluña) a las que referir estos asuntos. Es necesario dotar a Juzgados y Tribunales de medios que permitan realmente derivar a la Mediación.

## II.- Consideraciones sobre el modo de regular la derivación judicial en el ámbito civil y mercantil.

En relación con la derivación judicial, son cinco las cuestiones que se plantean:

- 1º.- En qué casos se puede utilizar la Mediación civil y mercantil o derivar los asuntos civiles y mercantiles a Mediación.
- 2º.- Cuál es el momento procesal oportuno.
- 3º.- Si dicha derivación debe ser obligatoria.
- 4º.- El coste de la Mediación.
- 5º.- Si los servicios de Mediación deben tener un carácter público o privado.

En relación a la primera cuestión, en qué casos se debe de utilizar, se ha concluido que en todas las cuestiones patrimoniales. En el procedimiento ordinario principalmente ya que en los procedimientos verbales sería conveniente haber recurrido a la Mediación previamente, en este caso, si no se intentó la Mediación, se considera que en Sala habría que realizar un intento más activo de avenencia.

En relación a cuándo utilizar la Mediación, la conclusión general es que cualquier momento puede ser adecuado aunque, como regla general, se estima que:

- 1º.- No antes de contestar a la demanda, que es cuando se ha podido fijar el objeto del conflicto.
- 2º.- Especialmente en la Audiencia Previa, que se considera el momento y entorno procesal más adecuado para intentar la derivación.
- 3º.- Otro momento es el plazo para dictar sentencia, pues una vez practicada la prueba, las partes pueden definir con mayor precisión cuál es su posición en el pleito.
- 4º.- También en el momento de ejecución, cuando se presume que se pueden devengar problemas del cumplimiento voluntario, en los casos de cumplimiento por equivalencia.

Respecto a si la derivación debe ser obligatoria, se concluye que no debe de ser obligatoria la derivación a la Mediación, aunque debe de darse al Juez la facultad de remitir obligatoriamente a sesiones de formación, especialmente si las partes van a mantener una relación comercial o negociar en el futuro. Si incumplen la obligación de intentar o acudir a una sesión de formación, los jueces deberían de tener la facultad de sancionar a las partes a través de la condena en costas.

En relación al coste de la Mediación, se concluye que debe ser sufragadas por las partes, excepto en los siguientes casos:

- 1º.- En los casos en que en el procedimiento se haya obtenido el beneficio de justicia gratuita. Los criterios de concesión de este beneficio deben ser los mismos que para las actuaciones procesales.
- 2º.- En los casos de Mediación obligatoria.
- 3º.- La asistencia a las sesiones informativas sobre Mediación debe ser gratuita. Esto garantizaría, por un lado, la calidad por la competencia entre los distintos proveedores de servicios de Mediación y, en segundo lugar, la viabilidad del sistema dada la imposibilidad de que la Administración Pública dote de los medios necesarios para prestar estos servicios, al menos, en un futuro cercano.

Respecto al carácter público o privado que deban tener los servicios de Mediación, se llega a la conclusión de que, en el caso de Mediación civil y mercantil, debe ser privado pero con control institucional. Debe existir un centro público de Mediación, similar a un Colegio Profesional, que cumpla las siguientes funciones:

- 1.- Autorizar el cumplimiento de los requisitos previos en la Ley (medios, acreditación de mediadores, suscripción de seguros de responsabilidad civil, adscripción a códigos deontológico) por parte de los Mediadores y las instituciones de Mediación.
- 2.- Validar la formación necesaria para actuar como Mediador.
- 3.- Controlar la calidad y evaluar la satisfacción de las partes, Abogados, Jueces, Secretarios y Funcionarios con la Mediación, intentada o realizada.
- 4.- Asegurar la existencia de panel de Mediadores y que éstos cumplen los requisitos exigidos por la normativa o por el propio centro de Mediación.
- 5.- Designar a los Mediadores, bien sean personas físicas o jurídicas, instituciones o centros de Mediación.
- 6.- Garantizar la formación continua.
- 7.- Establece un régimen de infracciones y sanciones.
- 8.- Asegurar que existirán sesiones informativas, así como la posibilidad de acudir a la Mediación obligatoria, en los casos en que esta sea necesaria, asegurando la existencia del Mediador.

### III. Papel que han de jugar abogados, Mediador y Juez en el contexto de la Mediación civil y mercantil.

#### Respecto de los abogados:

- 1.- Asesorar sobre la conveniencia o no de acudir a la Mediación, teniendo en cuenta el asunto concreto y el tipo de conflicto.
- 2.- Redacta el acuerdo para mediar, en el que deben incluirse las condiciones y fases de la Mediación, los representantes de las partes, las bases para la elección del mediador y regular, en su caso, la intervención de terceros.
- 3.- Preparar la estrategia de las partes para la Mediación.
- 4.- Representar a las partes o asistirles durante las sesiones.
- 5.- Redactar el acuerdo y controlar que se cumplen los requisitos de capacidad y de forma así como la viabilidad del cumplimiento.

En general, se entiende que es muy importante que en esta fase embrionaria de la Mediación, el abogado no obstaculice los intentos de Mediación o el desarrollo de la misma.

#### Respecto al Mediador:

- 1.- El Mediador debe tener una formación específica en el proceso de Mediación y cuando se trate de mediaciones de asuntos civiles y mercantiles, será necesario que tenga, al menos, ciertos conocimientos legales.
  - 2.- Será necesaria la obligación de adscribirse a códigos deontológico que fijarán los centros o las asociaciones, como por ejemplo, el Código Europeo .
  - 3.- Debe respetarse la confidencialidad y que garantizarse el secreto profesional, excepto en los siguientes casos:
    - 1) Cuando exista sospecha o indicio de delito, bien de amenaza o riesgo de la integridad física o psíquica de las personas, o de blanqueo de capitales.
    - 2) Cuando se vean afectados los intereses de menores o incapaces.
    - 3) Cuando el objeto o el proceso de mediación atente contra el orden público.
- Si el Mediador aprecia la existencia de alguna de estas circunstancias, deberá suspender la Mediación.
- 4.- Al Mediador, le corresponde suspender o no aceptar la Mediación si aprecia que existe riesgo de que se transgreda la confidencialidad o de que se abuse de la buena fe en un intento de manipular el intento de Mediación.
  - 5.- En este caso, el Mediador deberá documentar en un acta de contenido mínimo el intento de Mediación, exclusivamente a efectos de costas.

#### Respecto al Juez:

- 1.- Le corresponde derivar activamente a Mediación o intentar la Mediación en los procedimientos ordinarios, especialmente en el momento de la Audiencia Previa. En los casos en los que sea posible



la Mediación, al menos debe intentar derivar a las partes a una sesión informativa obligatoria.

- 2.- Será también una función del Juez sancionar en materia de costas:
  - 1) El incumplimiento de la obligación de acudir a sesión de formación obligatoria
  - 2) La trasgresión de la buena fe en el intento de la mediación, si consta esa trasgresión en el acta emitida por el Mediador
- 3.- Le corresponde abstenerse<sup>372</sup> de controlar o interferir o, incluso, de querer conocer el acuerdo final de la Mediación<sup>373</sup>.
- 4.- Le corresponde aplicar las normas procesales sobre allanamiento o desistimiento y renuncia, con el límite único del artículo 1.255 del Código Civil en relación al orden público.
- 5.- Le corresponde, desde el punto de vista deontológico, mantener las cosas en el estado que estaban, desde el punto de vista procesal y sustantivo, desde el momento en que se inicia el intento de Mediación, excepto en las costas. A estos efectos debe garantizar:
  - 1) Por una lado su independencia, que no puede perjudicarse por derivar el asunto a Mediación, por si ulteriormente tiene obligación de resolver el asunto, impidiendo que esto pueda dar lugar a una causa abstención o recusación.
  - 2) En segundo lugar, le corresponde garantizar la confidencialidad de la Mediación o del acuerdo para que éste en modo alguno pueda afectar al fallo si tuviera finalmente que dictarse sentencia<sup>374</sup>.

---

<sup>372</sup>Argumentos a favor y en contra del papel de los jueces como mediadores en VEROUGSTRAETE, I., Judges and Mediation, en *The New EU Directive on Mediation. First Insights*, Maklu, Amberes, 2008, pág. 42.

<sup>373</sup>Sobre el papel de los jueces como mediadores, *Judicial Mediators, Is the time right?*, que incorpora dos resoluciones judiciales australianas que se pronuncian sobre los riesgos de la intervención judicial en la mediación (casos *Ruffles v. Chilman* y *Duke Group Ltd. (in liquidation) v. Alamain Investments Ltd.*) en SPENCER, D. & BROGAN, M., *Op. cit.*, págs. 391-407.

<sup>374</sup>El compromiso de los jueces de mantener la confidencialidad es esencial en la mediación y esperamos que el creciente conocimiento de los jueces sobre mediación y MASC evite resoluciones judiciales que puedan poner en peligro la confidencialidad, como fue el caso de la STS (Sala Civil) 109/2011, de 2 de marzo (Ponente, Excmo. Sr.D. Antonio Salas Carceller), que estimo el recurso por infracción procesal al haberse rechazado en la audiencia previa dos actas que documentaban acuerdos tomados en el seno de una mediación familiar que aún no había concluido –al parecer tales acuerdos no eran definitivos. El TS entendió que no se podía considerar ilícita la aportación de tales

- 3) Y, finalmente, garantizar la sucesión del procedimiento de manera que el intento de Mediación no perjudique a la situación procesal ni a los derechos de las partes.

“Mantener las cosas en el estado que estaban, desde el punto de vista procesal y sustantivo”, “que me quede como estoy”, parece ser un punto de acuerdo entre jueces y abogados en relación al papel que deben jugar los jueces respecto de la mediación intrajudicial. Esta será la garantía de que la confidencialidad esencial a la mediación se ha protegido y de que las partes pueden confiar en el mediador.

“Las formas del proceso garantizan, pues, los derechos de las partes, y, al hacerlo facilitan que cada una de éstas y también el juez permanezcan en “su sitio”; por tanto, sin invadir o subrogarse en papeles ajenos en el curso de una equilibrada dinámica de relación “triangular”<sup>375</sup>.

## 7. La confianza como punto crítico en la mediación

Para valorar la relación entre mediación empresarial y mercados, quizá deberíamos plantearnos una pregunta ¿Se está ofreciendo la formación que demandan los usuarios?.

---

documentos y que tampoco la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar en Cataluña contuviera una prohibición de aportación al proceso de los acuerdos obtenidos en el transcurso de la mediación. En cuanto a la confidencialidad en la mediación el TS estima 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."

<sup>375</sup> ANDRÉS IBAÑEZ, P., “EL Juez”, en DIEZ-PICAZO, *El Oficio de Jurista... op. cit.*, pág. 161.

Como hemos tenido oportunidad de indicar, diez años después de la reforma de la Reforma Woolf, el uso de los MASC estaba consolidado en los mercados financieros de la City de Londres. En este marco, la encuesta realizada por el despacho DAC Beachcroft, a la que ya nos hemos referido, resulta de gran interés. Aunque los resultados que arrojó esta encuesta, en relación con el porcentaje de acuerdos obtenidos fueron similares a los que manejan habitualmente las instituciones de mediación<sup>376</sup>, más de un tercio de los encuestados manifestaron que sólo les había satisfecho la mediación “en algunas ocasiones”, expresando dudas sobre la efectividad de la mediación en términos económicos, su uso apropiado y la actitud de los mediadores.

Entre las preguntas que contenía la encuesta, nos gustaría deteneros ahora en una especialmente relevante:

Pregunta: ¿Ha abandonado alguna mediación por sentirse defraudado por el mediador?

Rango de respuestas:

Nunca	10%
Algunas veces	81%
A menudo	8%
Siempre	1%

---

<sup>376</sup> Entre un 51 y un 75%, mientras que CEDR en 2012 se encontraba en un 71%, aunque en la última encuesta realizada esta cifra ha asciendido al 86% (v. CEDR. The Sixth Mediation Audit 2014, en <http://www.cedr.com/docslib/TheMediatorAudit2014.pdf>).

A. La quiebra de la confianza de las partes en la mediación o en el mediador y sus consecuencias

Las respuestas obtenidas nos llevaron a concluir que a medida que los usuarios se familiarizan con el uso de MASC son capaces de apreciar, diferenciar, discriminar y elegir a los neutrales en función de su capacidad técnica y aportación de valor añadido. Con el fin de conocer cuáles eran las razones por las que los mediadores fallaban en obtener la confianza de las partes en la mediación, nos entrevistamos con algunos de los entrevistados interesándonos por las razones por las que se habían visto defraudados por el mediador. Éstas se pueden agrupar en tres grupos:

i. Desconfianza en la imparcialidad y neutralidad del mediador

Se trata de casos en los que las partes perciben, o creen percibir, favoritismo, o simplemente una mayor empatía, del mediador con una de las partes. Un acercamiento más visible del mediador hacia una de las partes, que puede tener como objeto reforzar la confianza de esa parte en la propia mediación, se puede interpretar por la contraparte como un apoyo del mediador a la otra parte (con una clara quiebra de la neutralidad requerida la mediador) y no como un apoyo al proceso.

Preservar la confianza en el mediador y evitar que se produzcan situaciones de desigualdad<sup>377</sup> entre las partes son los fines que persiguen los códigos éticos y de autorresponsabilidad del mediador<sup>378</sup>. El mediador debe

---

<sup>377</sup> En el capítulo “Power, Empowerment and Difference in Mediation”, SPENCER y BROGAN abordan desde una perspectiva práctica el problema del desequilibrio entre las partes en la mediación en SPENCER, D. y BROGAN, M., *Op. cit.*, págs. 223-261.

<sup>378</sup> Así describe OLLERO TASSARA, A., “Deontología Jurídica” en *Revue de la B.P.C. THÈMES IV/2002*, recuperada en <http://www.philosophiedudroit.org/> la importancia de

conocer, no solo los estándares deontológicos de la mediación (como puede ser el Código de Conducta Europeo para Mediadores) y, por supuesto, las prescripciones legales, sino que además puede apoyarse en estándares desarrollados por otras instituciones cuyos principio de imparcialidad sean equivalentes<sup>379</sup>.

## ii. Desconfianza en el proceso

En ocasiones el propio proceso de mediación se percibe por las partes con desconfianza, bien por abordarlo simplemente como un nuevo marco de negociación (*bargaining/chalaneo*), en el que no se ve necesario modificar el estilo negociador. La desconfianza en el proceso está también muy

---

los códigos éticos, “Parece claro que el papel de los Colegios nos es llevar al cielo de cabeza a todos sus forzados miembros. Sin perjuicio de las rituales invocaciones a los patronos/as de turno, más que disponerse a forjar un inmejorable profesional modelo, pretenden promocionar un modelo de profesional que respete mínimamente las expectativas depositadas por los ciudadanos en quienes desempeñan tal -siempre relevante- profesión. Lógicamente, conscientes de la inevitable escasez del profesional modelo, no dejarán de esgrimir cuando convenga sanciones disciplinarias para hacer factible tan laudable empeño.

Este intento de diseñar los adecuados perfiles de una buena práctica profesional deja traslucir la convicción de que no nos hallamos ante una cuestión meramente técnica, como si del mero visado de un proyecto se tratara. Nos acercamos, más bien, a una praxis rebosante de implícitas exigencias éticas. Entra así en juego aquella dimensión experimental que acompaña a este peculiar escalón entre lo moral y lo jurídico. Con frecuencia las exigencias emergerán al filo de problemas novedosos, cuya consideración deontológica presupone un cercano conocimiento de la materia éticamente evaluada. Los códigos éticos profesionales habrán de ir, más de una vez, por delante de la ley. No viene mal, contar con este primario control de apariencia pre-jurídica, para evitar más de un destrozo por parte de un ordenamiento jurídico habitualmente poco propicio a la sutilidad.”

<sup>379</sup> Resultan especialmente útiles las directrices de la *International Bar Association (IBA)* sobre conflicto de intereses en el arbitraje internacional, que categorizan las diferentes situaciones de las que puede derivarse una quiebra de la imparcialidad en tres listas roja, naranja y verde, dependiendo del grado de relación del árbitro con una de las partes. Hasta tal punto que la Sentencia del TSJ de Madrid (Sala de lo civil y Penal) 13/2015, de 28 de enero, nº rec. 20/2014. Ponente, Santos Vijande, sobre anulación de un laudo arbitral, acude a las listas de IBA como referencia para valorar la independencia de los árbitros.

condicionada por el conocimiento previo de las partes de lo que es realmente la mediación.

El mediador debe tener en cuenta el grado de conocimiento de las partes de lo que es el proceso de mediación, con el fin ser capaz de guiarles eficazmente en la consecución de un acuerdo. Es necesario, por ejemplo, que les haga comprender la necesidad de colaborar en el proceso (*do ut des*), y poner de manifiesto los intereses reales, pues se trata de llegar a un acuerdo beneficioso para ambas partes y no de dar la razón a una de ellas.

Se discute habitualmente si es necesario o contraproducente que el mediador sea un experto en la materia sobre la que va a trabajar. Aunque consideramos que un profundo conocimiento de la materia puede “contaminar” al mediador con preconcepciones, en el sentido de complicar su neutralidad respecto al resultado final del conflicto, sí es conveniente –al menos en mediación mercantil- un cierto conocimiento del sector de actividad de que se trate, con el fin de ser capaz de entender plenamente el conflicto y alcanzar a comprender los intereses que mueven a las partes.

Para mantener la confianza en el proceso, el mediador debe contar con las habilidades suficientes para realizar un correcto análisis de conflicto, ser capaz de generar una comunicación fluida entre las partes (facilitar) y actuar sobre los puntos que puedan producir un bloqueo de las posiciones.

### iii. Pasividad

Aunque las partes tengan plena confianza en el mediador y tengan experiencia, o conozcan, como se desarrolla el proceso de mediación, la

actitud del mediador es también un elemento esencial a la hora de obtener un resultado exitoso<sup>380</sup>.

Es ya tradicional la distinción entre mediadores *facilitativos* y *evaluativos* (según el diagrama publicado por Leonard RISKIN<sup>381</sup> en 1996 para ilustrar los distintos modos de orientar la mediación), dependiendo del grado de conocimiento del problema y si el conflicto cuenta con alguna vertiente legal o técnica, de la que el mediador requiera conocimientos específicos para guiar a las partes<sup>382</sup>.

A modo de resumen<sup>383</sup> podríamos decir que el mediador facilitativo adopta una postura poco intervencionista durante el proceso; su labor se limita, a facilitar el proceso de comunicación entre las partes protagonistas del conflicto para que las mismas consigan avanzar en la búsqueda de una solución consensuada, pero en ningún caso se involucra en el fondo del asunto, el cual entiende corresponde en todo caso a las propias partes.

En España es el modelo de mediador acogido en la mayoría de legislaciones autonómicas sobre mediación familiar<sup>384</sup>, lo cual, por otra parte, es

---

<sup>380</sup> Sobre el perfil del mediador y sus características, cfr. JUAN, R., "Dialogos Productivos", *Op. cit.*, pág. 304.

<sup>381</sup> RISKIN, L., "Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques, A Grid for the Perplexed," en *Harvard Negotiation Law Review*, vol.7 (1996)

<sup>382</sup> Sobre perfil de mediadores y características previas vid. FERNÁNDEZ J. DE CISNEROS, I., MEDINA, F.J., DORADO, M.A., Características Personales de los Mediadores, en MUNDUATE, L. Y MEDINA, F.J. (Coord.), *Op. cit.*, pags, 201-228.

<sup>383</sup> Para un mayor conocimiento sobre los dos estilos de mediación vid. STULBERG, J.B., "Facilitative versus Evaluative Mediator Orientations, Piercing the Grid Lock", en *Florida State University Law Review*, 1997, vol, 24, issue 4, p. 885 y ss. ; WALDMAN, E.A., "The Evaluative-Facilitative Debate in Mediation, Applying the Lens of Therapeutic Jurisprudence", en *Marquette Law Review*, 1998, vol. 82, issue 1, p. 155 y ss; LEVIN, M.S., "The Propriety of Evaluative Mediation. Concerns About the Nature and Quality of an Evaluative Opinion" en *Ohio State Journal of Dispute Resolution*.

<sup>384</sup> Una relación permanentemente actualizada de las legislaciones de mediación familiar en España puede consultarse en la página web del Consejo General del Poder Judicial, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Normativa-y-jurisprudencia/Leyes-Autonomicas>

perfectamente lógico, dado el ámbito de actuación. En mediación familiar, normalmente, el mediador limita su actuación a acercar las posturas encontradas de las partes, pero dejando que las mismas gestionen efectivamente sus diferencias, en el entendimiento –no siempre acertado, desde mi punto de vista- de que nadie mejor que las propias partes pueden conocer cuáles son las circunstancias y el contexto de su conflicto en particular

El mediador evaluativo o directivo, por el contrario, se involucra más en el procedimiento, orientando su labor profesional, en todo caso, hacia la búsqueda del acuerdo. La cuestión de si puede el mediador en este caso proponer soluciones a las partes es una cuestión ciertamente controvertida<sup>385</sup>. Para CARRETERO si las partes, en este tipo de conflictos de naturaleza civil, mercantil o empresarial, son incapaces por sí mismas de generar opciones encaminadas a la solución del problema y demandan del mediador una postura más activa en este sentido, pidiéndole que les facilite algún tipo de alternativa, el mediador podría involucrarse y ofrecer soluciones a las partes. En su opinión, las partes pueden ofrecer varias soluciones, no una única solución. para que, en todo caso, sean las propias partes las que decidan sobre cuál de ellas trabajar en orden a la búsqueda de su acuerdo.

En cualquier caso, para el autor, siempre es preferible que el mediador intente llevar el procedimiento de mediación haciendo que sean las partes las que, en todo momento, gestionen su conflicto y, en consecuencia, sean

---

<sup>385</sup> Visión crítica de la facultad del mediador para proponer soluciones cfr. ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, MERINO ORTIZ, C., MÉNDEZ VALDIVIA, M., "Generando Opciones en Mediación", en SOLETO, H. (Dir.), *Mediación y Solución de Conflictos. Técnicas y ámbitos. Op. cit*, págs. 269-278.



capaces de conseguir generar opciones sobre las que trabajar una solución<sup>386</sup>.

Sin entrar a discutir si en el mediador deben primar las características de la facilitación o de la evaluación<sup>387</sup> (dependerá del caso, de las partes y de la fase de la mediación en la que nos encontremos), lo cierto es que, en mi experiencia, la pasividad del mediador –lo que podríamos llamar un exceso de facilitación- puede tener, en mediación mercantil, civil y laboral, una repercusión negativa para la consecución del acuerdo.

La formación del mediador debe proveerle de habilidades que le permitan no solo facilitar la comunicación entre las partes, sino también la capacidad de centrar a las partes en sus intereses a la hora de resolver el conflicto y ayudarles a evaluar sus alternativas fuera de la mediación<sup>388</sup>. El mediador debe desarrollar un “conducta activa” –como se recoge en la Ley de Mediación<sup>389</sup>- tendente al acercamiento de las posiciones de las partes. Esta conducta activa supone que el mediador sea capaz de centrar el problema y despojarlo de todo aquello que no sea necesario para la solución eficaz del conflicto.

La función del mediador, no lo olvidemos, no es conseguir un acuerdo “justo”, sino un acuerdo eficaz que sirva a los intereses de las partes. En la consecución del acuerdo la gestión del proceso de mediación es esencial. Dentro de sus funciones el mediador debe ser capaz de medir los tiempos de modo que se pueda culminar un acuerdo en el tiempo asignado. En este

---

<sup>386</sup> CARRETERO, "El Estatuto...", *cit*,

<sup>387</sup> En relación a las características que definen a la persona mediadora, vid. MERINO ORTIZ, C., *La Mediación Familiar en Situaciones Asimétricas*, *Op. cit.*, págs. 30 a 36.

<sup>388</sup> Sobre los diferentes modelos de mediación y experiencias de uso en el ámbito de la mediación familiar y comunitaria en Estados Unidos en la década d 1970, vid. SILBEY S.S. & MERRY S.E., "Mediator Settlement Strategies" en *Law & Policy*, vol. 8, No.1 January 1986, p. 7-32.

<sup>389</sup> Art. 13.2 de la Ley de Mediación.

sentido, la conducta del mediador debe ir más allá de la mera facilitación de la comunicación, sino que debe obtener la suficiente información para dirigir a las partes a la valoración de alternativas viables para una solución definitiva del conflicto<sup>390</sup>.

#### B. Algunas reflexiones sobre la formación de los mediadores para evitar problemas de desconfianza de las partes<sup>391</sup>

La formación del mediador debe estar dirigida, a dotarle de conocimientos y herramientas necesarios para cimentar la confianza de las partes en su trabajo, que es un factor clave para el éxito de la mediación. El Reglamento<sup>392</sup> de desarrollo de la Ley de Mediación incide en que la formación deberá proporcionar al mediador, entre otros conocimientos, ética de la mediación<sup>393</sup> y técnicas de comunicación y negociación<sup>394</sup>.

---

<sup>390</sup>Desde la Psicología clínica y en referencia al estudio publicado en 1990 por BECKER-HAVEN (BECKER-HAVEN, J.F., *Modes of mediating child custody disputes*. Palo Alto, Calif., Stanford Center on Conflict and Negotiation, 1990), SAPOSNEK propone un cambio de “Modelos” a “modos” de mediar, “Un Estudio elaborado por BECKER-HAVEN demostró que los mediadores experimentados, que han trabajado en su campo más de 20 años, tienden a ejercer su profesión de un modo flexible y similar al de otros profesionales, mientras que los que eran nuevos en la profesión practicaban de forma más estricta conforme a su modelo de origen y ejercían de forma cualitativamente diferente respecto de los que utilizaban otros modelos. En base a su estudio propuso el concepto de “Modos de Mediación”. Los mediadores experimentados manifiestan cuatro “modos” de intervención en cada sesión, un modo Educativo; un modo Racional-Analítico; un modo Normativo (Evaluativo); y un modo Terapéutico.”, Cfr. SAPOSNEK, D., “Mediation...”, *Op. cit.*

<sup>391</sup> Sobre la reforma de la formación de los juristas para integrar los MASC en la cultura legal cfr. LORD NEUBERGER OF ABBOTSBURY, Master of Rolls (equivalente a nuestro Presidente del CGPJ/TS), “Educating Future Mediators”, en la Cuarta Conferencia Nacional del Consejo de Mediación en Londres, 11 de mayo, 2010.

<sup>392</sup>Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, publicado en el BOE de 17 de diciembre de 2013.

<sup>393</sup> CASANOVAS ROMEU, P., “Ética en la mediación y ética de la mediación, la redefinición del espacio público”, en LAUROBA LACASA, M.E. y ORTUÑO MUÑOZ, P. (Coord.), *Mediación Es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de Mediación Civil y Mercantil, Actas del III Simposio “Tribunales y Mediación”*, Madrid, septiembre, 2013, pág. 245-256.

Estoy de acuerdo en la importancia de la formación en habilidades de comunicación y negociación. No obstante, es necesario que en los programas de formación se tenga muy en cuenta el tipo de mediador que se está formando –no es lo mismo un conflicto familiar que un conflicto empresarial; no solo el estilo del mediador debe ser diferente, sino también las habilidades a desarrollar, la estructura de la mediación y la gestión del tiempo. La profesionalidad de los mediadores asegura la calidad misma de la mediación y es el elemento esencial sobre el que ha de girar la integración de la mediación en nuestro sistema de Justicia. Sin una formación seria y rigurosa y un efectivo control de la calidad y profesionalidad de los mediadores y de las instituciones en las que han de formarse, la mediación está abocada al fracaso.<sup>395</sup>

El Reglamento finalmente ha establecido la duración de la formación en un mínimo de cien horas, de la que un 35% debe ser práctica (simulaciones y participación asistida a mediaciones reales)<sup>396</sup>. Este porcentaje debe ser tomado como un mínimo y sería deseable que el contenido de los programas primara la realización de simulaciones prácticas en proporción inversa a la exigencia reglamentaria (1/3 de teoría y 2/3 de ejercicios y simulacros prácticos). El uso del *role play* como herramienta esencial en la formación del mediador debe ser potenciado, por su utilidad, no solo para

---

<sup>394</sup>Vid. art. 4.1

<sup>395</sup>CARRETERO MORALES, E., "El Estatuto...", *cit.*, pág. 14 y 15, considera que si la implementación de la mediación no se lleva a cabo adecuadamente y bajo unos estrictos parámetros de calidad que garanticen el buen fin de la misma, no tendrán ningún sentido los esfuerzos realizados hasta la fecha y, en este sentido, aboga por la creación de un Comité de expertos que preste apoyo al Ministerio de Justicia para la concreción de los mecanismos de control de calidad sobre los programas académicos de los centros de formación, así como sobre la efectiva capacitación profesional de los mediadores e instituciones de mediación.

<sup>396</sup>Arts. 4.2 y 5

desarrollar las habilidades de comunicación y negociación, sino especialmente para aprender a gestionar el tiempo en favor de procesos de mediación eficaces, al menos en los ámbitos mercantil, civil y laboral.

Concluyendo, no olvidemos al profesor Capella: “El trabajo de los abogados, que toma o debería tomar en consideración no sólo la legalidad sino también el tráfico económico, las relaciones sociales reales, sus riesgos y sus incertidumbres – e igualmente la naturaleza y la psicología humanas– consiste en “componer”, en buscar acuerdos, en resolver problemas– inventando si es necesario una regla a la que atenerse-; consiste en configurar formalmente situaciones que los involucrados en ella no atinan a ver con distancia por sí mismos”<sup>397</sup>.

El éxito de la mediación también depende de que las partes y el mediador diseñen y desarrollen una estrategia adecuada, orientada a optimizar sus intereses aprovechando las ventajas de los MASC. Más allá del Plan del 53, el análisis estratégico es una nueva capacidad a adquirir.

---

<sup>397</sup> CAPELLA, J.R., *Op. cit.* pág. 91.

## CAPÍTULO V

### EL ANÁLISIS DEL CONFLICTO COMO DECISIÓN ESTRATÉGICA PARA SU SOLUCIÓN

#### 1. La primera decisión estratégica

La primera decisión estratégica para la solución de un conflicto entre empresas es la elección del mecanismo, tradicional o alternativo, de solución de conflictos más adecuado a los intereses de las partes<sup>398</sup>.

En la práctica, esta decisión viene condicionada, en parte, por la tipología y características del conflicto y, principalmente, por las distintas ventajas que los principios y garantías (reglas del juego) que regulan los diversos mecanismos ofrecen para la protección de los intereses de las partes en un sentido muy amplio (económico-financieros, jurídicos, comerciales y de imagen).

El objeto de estas reflexiones es analizar las estrategias solutivas seguidas habitualmente por las partes en conflicto, para identificar las ventajas que derivan de los principios y garantías que, normalmente, regulan la mediación, y que determinan que sea el mecanismo alternativo de solución de conflictos empresariales más utilizado en el ámbito internacional.

---

<sup>398</sup> Cfr. FAJARDO MARTOS, P., “Estrategia y Mediación. Análisis de las ventajas estratégicas que para la solución de conflictos empresariales ofrecen los principios y garantías que regulan la mediación” en GONZALO QUIROGA, M., GORJÓN GÓMEZ, F. J., SÁNCHEZ GARCÍA, A., (coords.), *Métodos alternos de solución de conflictos*. *Op.Cit.*, págs. 69 a 83.

Se pretende realizar una serie de consideraciones en torno a la conveniencia de que la regulación de los MASC sea de mínimos. Proponemos que regule aquellos principios y garantías que:

- (i) Protegen y refuerzan las ventajas que hacen a las partes optar estratégicamente por la mediación como MASC más adecuado para la solución de conflictos comerciales.
- (ii) Son conformes a la verdadera naturaleza no procesal de la mediación como negociación estructurada y dirigida, basada en la asimetría de información y orientada a la negociación dual del mediador con las partes.

Previamente, es importante analizar cómo ha evolucionado el concepto de conflicto. La consolidación de la mediación, como mecanismo alternativo preferente de solución de conflictos empresariales, se facilita en la segunda mitad de siglo XX por el desarrollo paralelo de la teoría del conflicto, que se hace más compleja.

Frente al entendimiento meramente bilateral y confrontacional del conflicto, (intereses contrapuestos), se admite una estructura compleja compatible con propuestas más flexibles y creativas de solución<sup>399</sup>.

Simultáneamente, y en consecuencia, el concepto de solución de conflictos, entendido hasta entonces exclusivamente como eliminación, se amplía para comprender también en su ámbito la gestión del conflicto en cuanto que minimización de sus aspectos negativos y maximización de sus

---

<sup>399</sup> REDORTA, J., *Cómo analizar los conflictos*, *Op. cit.* págs. 62 a 81, que analiza los elementos estructurales del conflicto y su evolución desde las teorías dicotómicas a las triangulares y a otras más complejas.

consecuencias positivas<sup>400</sup>. Ya no se trata, pues, de dar la razón a una de las partes sino de alcanzar un acuerdo constructivo entre ellas. Evoluciona, pues, desde la negociación y no desde el proceso.

Para poder proponer un acuerdo, en favor de ambas partes, más allá de decidir a favor de una, el ámbito de lo jurídico se expande, igualmente, integrando una visión multidisciplinar de los mecanismos de solución que incluye, principalmente, conocimientos y criterios propios de la psicología, sociología y otras ciencias sociales.

Es en este contexto, más complejo, de análisis conflictual, en el que la mediación despliega sus ventajas:

- La mediación supera la estructura dual de los mecanismos tradicionales, únicamente acordes con enfoques confrontacionales.
- También, en la medida que el mediador controla el proceso de elaboración de propuestas de soluciones, aunque no la adhesión a las mismas, permite una gestión aceptable del conflicto no necesariamente orientada a la solución, sino a su gestión.
- Finalmente, frente a mecanismos de heterocomposición tradicionales (proceso y arbitraje), la mediación se evade del enfoque estrictamente jurídico exigiendo del mediador otros conocimientos, principalmente de psicología social.

---

<sup>400</sup> Cfr, la obra MNOOKIN, R., PEPPET, S., Y TULUMELLO, A., *Resolver conflictos y alcanzar acuerdos. Cómo plantear la negociación para generar beneficios*, Gedisa, Barcelona, 2002, que aborda la cuestión utilizando numerosos ejemplos prácticos. Una obra de enfoque parecido es la del profesor FISHER, R., (que funde el Proyecto de Negociación de la Universidad de Harvard), *Más allá de Maquiavelo*, Buenos Aires, Granica, 1994.

## 2. Una estrategia dual

El concepto tradicional de estrategia (bélica), entendida como plan global<sup>401</sup> frente al conflicto, parte de orientar todo acto de las partes para los fines perseguidos en la disputa<sup>402</sup>.

Sin perjuicio de que la mediación tienda a mitigar el carácter confrontacional<sup>403</sup> en la solución del conflicto, esto no implica que las partes no hayan de utilizar las tácticas y escaramuzas propias de los mecanismos de heterocomposición, en palabras de MUÑOZ MOLINA<sup>404</sup>: “cuando la barbarie triunfa no es gracias a la fuerza de los barbaros sino a la capitulación de los civilizados”. De modo que, también en la mediación, a cada acto de parte se fija “una meta que corresponda a un objetivo”<sup>405</sup>.

El matiz diferencial estará en la necesidad de proyectar una estrategia dual. En la mediación, al retener las partes el poder decisorio, las tácticas persuasivas se habrán de orientar simultánea o sucesivamente al mediador

---

<sup>401</sup> Cfr. VON CLAUSEWITZ, C., *De la Guerra*, Madrid, La Esfera de los Libros, 2005, págs. 139 y ss. (Traducido por Carlos Fortea).

<sup>402</sup> KISSINGER, H., *Diplomacia*, Barcelona, Ediciones B, 2010, p. 426 hace una interesante reflexión sobre las diferentes estrategias postbélicas de los gobiernos británico y estadounidense, “Pero la controversia por la estrategia sí tuvo repercusiones inmediatas, reflejando muy diferentes conceptos nacionales sobre la guerra y la paz. Mientras que los norteamericanos solían considerar la victoria como un fin en sí misma, sus homólogos ingleses trataban de asociar las operaciones militares con una precisa planificación diplomática para el mundo de la posguerra. ...En el universo ideal norteamericano, los diplomáticos se mantenían lejos de la estrategia, y el personal militar había terminado su tarea antes de que entrara en acción la diplomacia; los Estados Unidos pagaría cara esta separación en las guerras de corea y de Vietnam.

Por el contrario, para Churchill, la estrategia de la guerra y la política exterior estaban directamente vinculadas. Puesto que los recursos de Gran Bretaña eran mucho más limitados que los de los Estados Unidos, sus estrategias siempre habían tenido que enfocar los medios tanto como los fines.”

<sup>403</sup> CARROLL, E. y MCKIE, K., *International Mediation. The art of business diplomacy*, Kluwer Law International, Hague, London and Boston, 1999.

<sup>404</sup> MUÑOZ MOLINA, A., *Op. cit.*, pág. 214.

<sup>405</sup> VON CLAUSEWITZ, *Op. cit.*, pág. 139.



(para condicionar una propuesta de solución ventajosa) y a la otra parte o partes (para condicionar su aceptación de la propuesta del mediador)<sup>406</sup>.

Tratándose de conflictos susceptibles de ser referidos a mecanismos decisorios de heterocomposición (procesal o arbitraje) de no lograr ser mediados satisfactoriamente, las estrategias son aún más complejas y la cautela estratégica en el uso de la información es esencial. Se habrá de primar la administración y economía de la información, tanto en alegaciones como en pruebas, para evitar perjudicar la estrategia de los eventuales posteriores procesos haciendo pública toda la información o documentación relevante.

En la práctica, la estrategia se centrará, en estos casos, en elegir qué información, y cómo y cuándo ocultar, desvelar, dosificar o desfigurar<sup>407</sup> en las distintas fases de desarrollo del método de solución de conflictos.

### 3. Estrategias de solución: fases

En este contexto, en cualquier estrategia solutiva en una mediación, podríamos identificar tres fases principales:

- 1) Actuaciones previas de protección de posiciones y de obtención de información táctica del contrario.

---

<sup>406</sup>JOULE, R-V., BEAUVOIS, J.L., *Pequeño Tratado de Manipulación para Gente Bien*, Piramide, Madrid, 2008, pág. 192, “con las estrategias de sumisión libremente consentida, contamos, por poco que estemos dispuestos a mejorarlas encajándolas unas con otras, con una tecnología original para inducir a otra persona a que tome decisiones que nunca habría tomado *motu proprio* y, desde luego, para desencadenar auténticas dinámicas de *cambio comportamental*.”

<sup>407</sup> Esto no debiera desalentarnos, pues “Los compromisos más eficaces suponen las mayores traiciones. No hay acuerdos más sólidos que los concertados entre hombres a priori hostiles”, cfr. JEAMBAR, D., y ROUCADE, Y., *Op. cit.*

- 2) Análisis de la tipología del conflicto y elección del mecanismo de solución más adecuado en función de su naturaleza y de los principios y garantías que lo regulan.
- 3) Diseño de las tácticas a desplegar durante el desarrollo del mecanismo,<sup>408</sup> para condicionar al mediador y a las partes y para proteger la información propia relevante en un eventual posterior mecanismo de heterocomposición.

Las reflexiones que desarrollaremos a continuación se centran, principalmente, en la segunda de esas fases, para identificar los principios y garantías que regulan la mediación y las ventajas estratégicas que para las partes se derivan de ellos.

#### A. Actuaciones previas

El proceso de solución de cualquier conflicto se inicia normalmente desplegando una serie de actuaciones tendentes, principalmente, a asegurar las bases de la propia posición y, eventualmente, a mejorarla obteniendo información del contrario.

Estas escaramuzas previas cobran especial valor en el contexto de la actual conflictología:

- Por un lado, porque ya implican gestión del conflicto en sentido estricto, minimizando los aspectos negativos del conflicto para las

---

<sup>408</sup>Vid. en este aspecto la muy recomendable obra de COSTA, M.; GALEOTE, P. y SEGURA, M., *Negociar para con-vencer*, Mc Graw Hill, Madrid, 2004.

partes en cuanto que racionaliza las hostilidades<sup>409</sup> al conceptualizarlas como un inicio de alguno de los modelos de mecanismos acuñados para la solución, con independencia del resultado final. (Por decirlo de otra manera, su inicio permite atisbar el principio del fin).

- Por otro lado, y aunque resulte paradójico en relación a nuestro comentario anterior, en determinados tipos de conflictos el posicionamiento y el avivamiento del conflicto permite acelerar y optimizar su gestión o su solución. De nuevo simplificando: “*si vis pacem para bellum*”, sería una buena manera de ilustrar esta nueva función asignada en la teoría del conflicto a la fase previa.

Tácticamente, las partes realizan en la práctica las siguientes actuaciones:

- Inicialmente se fija la pretensión formal, esto es, lo que se dice que se quiere. El planteamiento variará enormemente en función de los modelos culturales<sup>410</sup>, el grado de arrogancia, agresividad y sinceridad de las partes. Será imprescindible, pues, decodificar esta manifestación en el contexto cultural adecuado, pues de lo contrario, podría frustrarse cualquier intento de autocomposición derivando, inevitablemente, a fórmulas decisorias de heterocomposición.<sup>411</sup>

---

<sup>409</sup>Sobre solución de conflictos a través de técnicas de activación, VAN DE VLIENT, M E., DE DREW, C.K.W., *El conflicto en las organizaciones. La optimización del rendimiento mediante la estimulación del conflicto*, en MUNDUATE, L. Y MEDINA, F.J. (Coords), *Op. cit.*, págs. 21-43.

<sup>410</sup>FUKUYAMA, F, *La gran ruptura*, Atlántida, Madrid, 1999, pág. 411 y ss. en relación a la necesidad de compartir códigos culturales (cultura común) para negociar normas de cooperación.

<sup>411</sup> Un buen ejemplo de esto puede ser la práctica procesal civil en España, en la que el intento de acuerdo “que ponga fin al proceso” previsto al regular la audiencia previa (art. 414 LEC) no es ya ni una formalidad, pues algunos jueces tienden a evacuar el trámite sin siquiera referirse a la posibilidad de acuerdo.

Simultáneamente, las partes pretenden en este momento proteger las posiciones negociadoras (sin pretender ser exhaustivo):

- Interrumpiendo plazos de prescripción cumpliendo con requisitos de procedibilidad (p.ej.: conciliaciones previas obligatorias).
- Solicitando documentación necesaria para conformar la posición propia informal o formalmente (diligencias preliminares).<sup>412</sup>
- Protegiendo expresamente que éstas u otras actuaciones puedan interpretarse tácitamente en algún sentido (actos propios).
- Acreditando la buena fe para evitar sanciones jurídicas por abuso de derecho o temeridad.
- Dejando opciones abiertas al diálogo o al complemento de información mutua y a soluciones no confrontacionales y,
- En el ámbito no anglosajón<sup>413</sup>, amenazando con las más cruentas hostilidades jurídicas.

#### B. Análisis del tipo de conflicto y elección del mecanismo de solución

Fijada la posición inicial y habiendo obtenido información preliminar sobre la posición contraria, las partes gestan la primera decisión estratégica a la que hacíamos referencia: elección del mecanismo de solución más

---

<sup>412</sup> Lib. II, Capt. II, artículos 256 a 263 de nuestra LEC.

<sup>413</sup> En parte por la obligación deontológica para los profesionales jurídicos de anunciar previamente al ejercicio de acciones judiciales, lo cual, en positivo, implica que si se anuncian han de materializarse. También el uso de las cartas “*without prejudice*” condiciona de forma distinta el uso que se hace de esta fase preparatoria de actuaciones.

adecuado. Atenderán, de un lado, a la tipología del conflicto<sup>414</sup>, a las características particulares del mismo y, principalmente, a los intereses que, finalmente, habiendo filtrado la información obtenida en la fase previa, le conviene proteger.

Por otro lado, valorarán las ventajas que derivan de los distintos mecanismos de solución disponibles.

Anticipábamos la importancia de este primer paso estratégico, en cuanto que, obviamente, el tipo de guerra condiciona el desarrollo de todos los combates.

En la cuestión que hoy nos ocupa, la primera pregunta sería, valoradas las fortalezas y debilidades propias y del contrario y, principalmente, el tipo de conflicto: ¿protege mejor mis intereses la autocomposición que la heterocomposición?, ¿cuándo es la mediación el mecanismo óptimo para gestionar/solucionar el conflicto?

La respuesta vendrá condicionada, anticipábamos, por las ventajas que identifican las partes en los principios y garantías que regulan la mediación. No obstante, antes de concretar estos principios conviene realizar algunas consideraciones sobre la naturaleza de la mediación.

En nuestra opinión, es en este contexto en el que se plantean dudas en relación a la necesidad de revisar la naturaleza de la mediación en relación a otros mecanismos de solución de conflictos: ¿es realmente autocompositiva la mediación?

---

<sup>414</sup> Sobre tipos de conflicto. Cfr. REDORTA, J. *Cómo analizar los conflictos*, *Op. cit.*, págs 133 y ss. También sobre la técnica creada por este autor para el análisis de conflictos y que denomina CAT<sup>®</sup> (Conflict Analysis Tipology), págs. 317 y ss.

En el ámbito anglosajón, donde tiene su origen la figura en su actual configuración, se define estrictamente como negociación estructurada y se encuadra entre los mecanismos de autocomposición, únicamente porque las partes retienen la capacidad decisoria.

A nuestro modo de entender este enfoque, soslaya la enorme influencia que el mediador tiene en el resultado final, al retener una importante facultad: la conformación de la propuesta de solución.

Por ello, aceptando el concepto de negociación estructurada como correcta, creemos que sería más descriptivo y conforme a la naturaleza de la mediación hablar de “negociación estructurada y dirigida”. Se trata de hacer referencia a una nota muy distintiva como es la proactividad, no decisoria, del mediador. Admitimos que este enfoque podría variar la naturaleza de la figura, que podría pasar a ser entendido como un mecanismo de heterocomposición “sui generis” no decisorio, en vez de autocompositivo.

Es precisamente en el ámbito anglosajón donde entendemos que este cambio sería más asumible. Sociológicamente <sup>415</sup>, existe una mayor confianza en el tercero interviniente en los mecanismos de solución frente al ámbito continental, donde parece que la intervención de un tercero viene a restringir -que no a acomodar- la capacidad de decisión que retienen las partes <sup>416</sup>. Igualmente es habitual en el ámbito anglosajón limitar las

---

<sup>415</sup> La confianza jurídica se confirma por las radicales interpretaciones que hacen los Tribunales ingleses de la negativa de alguna de las partes a iniciar un proceso de mediación y que se traduce en la imposición de costas, incluso, si las pretensiones de esa parte fueron íntegramente estimadas en la sentencia, como hemos tenido oportunidad de ver (Cfr. Halsey, V., Milton Keynes General NHS Trust (2004) EWCa, Cir. 575 y Dummett V. Railtrack (2002) 1 WLR 2434.

<sup>416</sup> Aunque debemos tener en cuenta que el Derecho Romano, ya distinguía dos modelos de arbitros, el “arbitrarius datus o delegatus” y el “arbitrarius ex compromisso”. Uno nombrado

facultades del mediador a un ámbito concreto e, incluso, que el Juez pueda inducir activamente a acudir a la mediación.<sup>417</sup>

Tampoco en nuestras figuras históricas del hombre bueno o conciliador encaja el concepto actual de mediación, por la ausencia de estructura en aquellos mecanismos, sin perjuicio de ser los antecedentes más cercanos y responder a la misma idea de retención de la capacidad de decisión en las partes y existencia de un tercero que promueve el acercamiento<sup>418</sup>

- C. Diseño de tácticas a desplegar durante el desarrollo del mecanismo, para condicionar al mediador y a las partes y para proteger la información propia relevante en un eventual posterior mecanismo de heterocomposición.

Desarrollamos algunas consideraciones sobre esta fase en el apartado siguiente sobre “Táctica en el desarrollo”, después de analizar los principios y ventajas de la mediación en la práctica bajo el prisma de la asimetría de la información.

#### 4. Principios, garantías y ventajas

¿Cuáles son los principios<sup>419</sup> y garantías que regulan la mediación y cuáles las ventajas estratégicas para las partes que de ahí derivan?. El principio

---

por el magistrado para decidir una cuestión litigiosa concreta y el otro nombrado por las partes para dirimir la controversia. Cfr. Digesto 4.8

<sup>417</sup>Sobre la intervención de los jueces en mediación, la experiencia práctica de la jueza norteamericana J. Atkinson, cfr. O'BARR W. M., "Juju Atkinson, Desdibujando los límites entre mediación y juicio", en KOLB, D., (Coord.), *Op. cit.* págs. 287-298.

<sup>418</sup>No obstante, la figura del “componedor o “amigable componedor” es más asimilable al dictamen de terceros, por su carácter decisorio, aunque desprovisto de formalismos.

<sup>419</sup>Sobre los principios de la mediación, cfr. VILALTA, A.E., "Una aproximación al derecho extranjero en materia de mediación", en *Materiales, vol. II, Op. cit.*, págs. 42-44.

fundamental es claramente el de igualdad<sup>420</sup>. En concreto, la igualdad de armas<sup>421</sup> en el desarrollo del mecanismo, entendida como igualdad de oportunidades de alegación y prueba.

Esta obvia coincidencia con los mecanismos de heterocomposición decisorios (arbitraje, proceso judicial), de corte absolutamente procesal, se desdibuja al incorporar aquellas garantías, que en su conjunto, caracterizan a la mediación.

- Frente a la publicidad propia del proceso judicial, la mediación comparte con el arbitraje la confidencialidad, matizada, no obstante, al preverse el riesgo de derivarse el conflicto a un proceso judicial o arbitraje de no resultar exitosa la mediación.
- Frente a la contradicción, (esencial en arbitraje y proceso), en la mediación el instrumento más útil para el mediador es la asimetría de información, que condiciona toda contradicción entre las partes.
- Frente al procedimiento regulado (principio de legalidad procesal), rígido en el proceso judicial continental, menos rígido en el anglosajón y flexible en el arbitraje, la mediación parte de una estructura informal y flexible.
- De nuevo frente a los mecanismos decisorios tradicionales, la mediación no es decisoria sin perjuicio de figuras híbridas (mediación-arbitraje) y de la funcionalidad que se quiere asignar a la capacidad de proposición de la solución del mediador.

---

<sup>420</sup> Por todas cfr. la STC de 10 de Noviembre de 1981 que inicia la interpretación del principio de igualdad y que se mantiene inalterable.

<sup>421</sup> “Die Waffengleichheit”, cfr. GIMENO SENDRA, V. *et alii*, *Derecho Procesal*, Tomo I, Vol. I. Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, pág. 302 y ss.



De la conjunción de estos principios y garantías de la mediación, derivan una serie de ventajas a valorar por las partes al decidir estratégicamente qué mecanismo de solución aplicar a su conflicto.

Aunque es cierto que todos los principios y garantías comentados se retroalimentan recíprocamente, en cada uno priman ciertas ventajas prácticas:

- No erosión:

Como hemos apuntado, la minimización de la erosión de las relaciones entre las partes es una de las principales ventajas de la mediación para la solución de conflictos empresariales. El modelo de la mediación que extrema la asimetría de la información impide la contradicción y por ello redundante en la preservación de las relaciones.

Como sabemos, las partes no alegan entre sí, sino que facilitan las alegaciones y pruebas únicamente al mediador que no las traslada abiertamente a la otra parte, sino que las utiliza únicamente para hacer su propia relación de hechos probados. Las alegaciones se tienden a discutir con el mediador en las diferentes entrevistas que tiene el mediador con las partes. La contradicción, por tanto, tiende a restringirse a la relación parte/mediador.

La información con que cuenta el mediador le permite ir socavando los errores fácticos sobre los que se pudieran asentar las posiciones de las partes, depurando sus perspectivas. De este modo, se evita el posicionamiento confrontacional al no trasladar abiertamente a una parte la posición de la otra. En la medida que las partes sólo se reúnen para evaluar una propuesta concreta de solución, se impide la

contradicción. Desde esta perspectiva, la mediación se percibe como un mecanismo más eficiente que la negociación.

Esto preserva las relaciones comerciales entre empresas, ya que permite que sigan manteniéndolas de forma simultánea al desarrollo del mecanismo de solución o que lo puedan hacer a continuación<sup>422</sup>. Igualmente, se protegen de la erosión las relaciones personales entre los representantes de las respectivas empresas, que, en la práctica, tanto condicionan las relaciones empresariales.

La no erosión se valora especialmente en sectores económicos de competencia restringida, endogámicos por la existencia de cruces de paquetes accionariales, en los que las condiciones de mercado obligan a operar a través de “*joint ventures*” o de uniones temporales de empresas, o en los que el control estatal o público es fuerte<sup>423</sup>.

- No decisorio:

En los conflictos empresariales internacionales y en situaciones jurídicamente muy inciertas las partes valoran, especialmente, el carácter no decisorio de la mediación en la que las partes retienen el control sobre la solución del conflicto.

En asuntos en los que existe riesgo de corrupción, cláusulas de legislación o jurisdicción locales que no se pueden aceptar, conflictos de gran complejidad técnica, contratos elaborados bajo un

---

<sup>422</sup> FUKUYAMA, F., *op. cit.*, págs. 279 y ss., utiliza el ejemplo de las “babosas” (grupos de individuos que se asocian espontáneamente para viajar en un mismo vehículo hasta llegar a un número que les permita utilizar las autovías con carriles exclusivos para vehículos de alta ocupación) para ilustrar aquellas situaciones en las que “cierto grado de orden social (limitado, pero efectivo) puede evolucionar de modo ascendente”.

<sup>423</sup> DODSON, CH., *cit.*, pág. 26, acerca del interés del mercado asegurador por favorecer la utilización de MASC, instrumentalizado en el “Market ADR Commitment 1998”.

sistema jurídico que serían interpretados bajo otro distinto, incluso, en sus principios, el recurso a la mediación permite a las partes mantener el control en situaciones en las que, por ejemplo, el recurso a la jurisdicción puede tener un resultado incierto.

Por otro lado, y en relación con el punto anterior (no erosión), las partes quieren mantener el control, también, cuando prima en su voluntad obtener no una solución en sentido estricto sino la gestión del conflicto, con la expectativa de lograr soluciones creativas que favorezcan, incluso, un incremento de las relaciones<sup>424</sup>.

- Informal:

La estructura flexible de la mediación implica una rapidez y ahorro de costes frente a otros mecanismos (arbitraje, proceso judicial). Otro factor que decanta a las partes a acudir a la mediación es su rapidez, ya que el tiempo medio de duración no suele superar las 24 horas y difícilmente, de ser solutiva, las 72 horas.

Por otro lado, el porcentaje de éxito de la mediación supera el 90%, ya que la experiencia y especialización sectorial del mediador, unida a los medios que facilitan las instituciones de mediación, avalan esta ventaja<sup>425</sup>.

Por tanto, se muestra como un medio singularmente indicado en situaciones en las que el conflicto demora, hace peligrar o suspende

---

<sup>424</sup> Sobre el pensamiento creativo Vid. KONNIKOVA, M., *¿Cómo Pensar como Sherlock Holmes?*, Paidós, Barcelona, 2013. pág. 130 “Lo que le hace ser quien es (a Sherlock Holmes), lo que le sitúa por encima de detectives, inspectores y civiles, es su voluntad de aceptar lo no lineal, de abrazar lo hipotético y contemplar la conjetura; es su capacidad para el pensamiento creativo y la reflexión imaginativa”.

<sup>425</sup> Cfr. DODSON, CH., *cit.*, pág. 26 sobre estadísticas.

la ejecución de un contrato, el reparto de dividendos o bonuses o la financiación de un proyecto.

- Confidencialidad:

Las ventajas asociadas al principio de confidencialidad en la mediación favorecen su preferencia frente a la negociación tradicional y al proceso judicial.

Se trata de una característica que prima especialmente entre empresas cotizadas, sometidas a procesos de venta o fusión, en conflictos relacionados con nuevos productos o procesos en desarrollo, o en situaciones en las que la protección de la imagen<sup>426</sup> tiene singular relevancia.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que la confidencialidad es limitada en la mediación, en la medida en que su inicio no impide la posterior incoación de un proceso judicial o arbitraje, si una o ambas partes deciden retirarse o poner fin a la mediación sin haber solventado el conflicto o sin haberlo gestionado constructivamente.

En estos casos puede existir una ruptura de la confidencialidad, en casos como los siguientes<sup>427</sup>:

- o Cuando la asimetría de la información no se haya respetado escrupulosamente, y cualquiera de las partes pueda haber

---

<sup>426</sup> Cfr. el interesante comentario del profesor Moura en relación a la utilización de la mediación como elemento de marketing. (MOURA, D., *cit.* pág. 808).

<sup>427</sup> Sobre los riesgos de enervar la obligación de confidencialidad, cfr. EHRLICH, R., “Shhhh! The Big Risk Associated With Mediation Confidentiality Nobody Talks About” en , *Mediate.com*, sept 2014, “<http://www.mediate.com/articles/EhrlichR1.cfm>”

obtenido información relevante durante la mediación abortada, utilizable en los posteriores procesos<sup>428</sup>.

- En el caso de que durante esos eventuales arbitrajes o procesos, se haga referencia a particulares del posicionamiento de las partes durante la discusión de las propuestas de solución suscitadas en la mediación.
  
- En procesos de med-arb, cuando coinciden las figuras de árbitro y mediador en la misma persona.

Las soluciones de los problemas apuntados resultan obvias. Por un lado, seguir una estructura negociadora que extreme la asimetría, incluso en las propuestas de solución. Por otro lado, cuando se regulen híbridos mediador/arbitraje, prohibir que el mediador pueda actuar como árbitro<sup>429</sup>.

## 5. Tipos de conflictos adecuados para su solución a través de MASC

Las ventajas de la utilización de los MASC pueden resumirse del siguiente modo:

- Control del proceso por las partes que participan en la búsqueda de soluciones
- Rapidez en la resolución que se traduce en una reducción del coste

---

<sup>428</sup> Cfr. sobre los riesgos, CARR, I, “Mediation, Features, Associated issues and Harmonisation on the Horizon”, *Journal of International Commercial Law*, 2004, págs. 263 y ss.

<sup>429</sup> Sorprendentemente en el ámbito estadounidense, la *Uniform Mediation Act* no incluye la imparcialidad como requisito del mediador.

- Confidencialidad
- Flexibilidad
- Mantenimiento de la relación entre las partes
- No legalización

En cuanto al porcentaje de éxitos en la mediación, las estadísticas de los centros de mediación (fundamentalmente en el Reino Unido<sup>430</sup>) arrojan un 85% de acuerdos, desglosándose, por materias, del siguiente modo:

- 26% negligencias profesionales
- 28% construcción e inmobiliario
- 15% comerciales

El tipo de conflictos en los que los MASC pueden ser más eficaces son aquéllos que incorporan:

- Relaciones comerciales continuas
- Incertidumbres jurídicas notorias
- Disensiones fácticas
- Intereses
- Penalización

Por el contrario, no se deben utilizar los MASC en los supuestos de:

- Fraudes o estafas
- Dolo civil o mala fe
- Medidas cautelares

---

<sup>430</sup> CEDR publica las estadísticas de resolución de conflictos empresariales a través de la mediación hasta 2004 en [http://www.cedr.com/index.php?location=/library/articles/Statistics\\_2004.htm](http://www.cedr.com/index.php?location=/library/articles/Statistics_2004.htm)

- Cuando exista un riesgo de quiebra de la confidencialidad o cuando se considera importante dar publicidad al conflicto
- Cuando es necesario contribuir a la creación de líneas jurisprudenciales

#### A. Principios y garantías: límites

Tener presente las características del conflicto es esencial para ser capaz de distinguir el método adecuado para resolver el conflicto con el que encontramos; el color concreto de la paleta.

Coincidimos con REDORTA<sup>431</sup> en que la percepción de los MASC que se vincula de forma excesiva a la figura de la mediación. Existen dificultades al entender que la mediación es solo un elemento más en el abanico de los métodos de solución de conflictos. De ahí la importancia, para un correcto análisis, del conocimiento y la divulgación de diversos métodos.

Para REDORTA se puede hablar de Mediación al menos en tres sentidos<sup>432</sup>:

- La mediación como valor, en el que nos referimos al valor de la pacificación de las relaciones humanas.
- La mediación como gestión del conflicto, en el que nos referimos a la búsqueda de un medio por el que se resuelva de una manera más eficaz un conflicto. Este sentido del término va mucho más allá de los términos técnicos del concepto.

---

<sup>431</sup> REDORTA, "Entorno de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos", *cit.* págs. 30 y 31. En el mismo sentido, sobre la terminología y concepto de mediación y MASC Vid. PUY MUÑOZ, F. "La Expresión "mediación jurídica", un análisis tópico", en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M., *Mediación y Solución de Conflictos. Habilidades para una necesidad emergente. Op. cit.*, págs. 31-36.

<sup>432</sup> REDORTA, "Entorno de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos", *cit.* pág. 31.

- La mediación como técnica específica, en el sentido de referirnos a un conjunto de procesos estudiados y formalizados que sirven para resolver conflictos a partir de la incorporación de terceros ajenos a ese conflicto con un rol imparcial y neutral.

Teniendo en cuenta las características propias de cada uno de los MASC determinaremos cuál se adecúa mejor a la naturaleza del conflicto.

	<b>Negociación</b>	<b>Mediación</b>	<b>Arbitraje</b>	<b>Proceso judicial</b>
<b>Confidencial</b>	SI	SI	SI	NO
<b>Decisorio</b>	NO	NO	SI	SI
<b>Intervención de un tercero</b>	NO	SI	SI	SI
<b>Voluntario</b>	SI	SI	SI (pero)	NO
<b>Flexible</b>	SI	SI	Depende	NO

El uso de MASC es más eficaz en los conflictos en los que encontramos relaciones comerciales continuadas con intereses convergentes, en aquéllos en los que los hechos se plantean de forma divergente por las partes o existe incertidumbre en su valoración jurídica, también en aquellos supuestos en los que la duración del conflicto puede suponer una penalización grave para alguna de las partes (p.e. los intereses reforzados de demora en el contrato de seguro).



Plantearse la mediación u otro método alternativo obliga también a una cierta confianza en la actitud de la otra parte. Esto supone que no debe proponerse en casos sospecha de fraude o mala fe. Tampoco debe recomendarse la mediación en el caso en que sea necesario la solicitud de medidas cautelares, cuando exista un riesgo de quiebra de la confidencialidad o cuando, por el contrario, se pueda ser interesante dar publicidad al conflicto o cuando se considere conveniente la judicialización del conflicto para obtener pronunciamientos que puedan crear jurisprudencia sobre una determinada materia.

#### B. Ventajas prácticas

De igual modo, las innegables ventajas prácticas de la mediación, o de cualquier otro de los MASC, deberán ser puestas en relación con el conflicto concreto, sin dejar de lado las desventajas que puedan existir como puede ser el peligro de la quiebra de confidencialidad o el coste añadido si la mediación no tiene éxito.

	<b>Negociación</b>	<b>Mediación</b>	<b>Arbitraje</b>	<b>Proceso judicial</b>
<b>Control</b>	<b>SI</b>	<b>SI</b>	<b>NO</b>	<b>NO</b>
<b>Coste</b>	<b>1</b>	<b>2</b>	<b>4</b>	<b>3</b>
<b>Tiempo</b>	<b>2</b>	<b>1</b>	<b>3</b>	<b>4</b>
<b>Erosión</b>	<b>2</b>	<b>1</b>	<b>3</b>	<b>4</b>
<b>Creatividad/ Gestión</b>	<b>SI</b>	<b>SI</b>	<b>NO</b>	<b>NO</b>

En la práctica, se han de conjugar principios, garantías y ventajas.

## 6. Táctica en el desarrollo

Anticipábamos que realizaríamos algunas consideraciones sobre táctica del mediador y de las partes para apoyar y condicionar el desarrollo una estrategia dual. No obstante exceder esta cuestión del ámbito objetivo de estas reflexiones, conviene realizar unas consideraciones que derivan del principio asimétrico y de la naturaleza comentada del mecanismo.

La posición del mediador condiciona la táctica a seguir en el desarrollo de la mediación, tanto por el mediador como por las partes. Esto se debe a que el mediador retiene el control de la información, por la asimetría y, además, retiene la iniciativa y contenido de la propuesta de solución, sin perjuicio de la naturaleza autocompositiva (no decisoria)<sup>433</sup>.

### A. Estrategia del mediador

El mediador debiera orientar su estrategia dual y proactivamente al sucesivo desgaste de la posición de cada una de las partes<sup>434</sup>. Teleológicamente, se

---

<sup>433</sup> FARRÉ SALVA, S., *Gestión de Conflictos, taller de mediación. Un enfoque socioafectivo*, Ariel, Barcelona, 2004, Capt. 8 Conflicto e identidad, la mediación en contextos interidentitarios, págs. 161-188, propone una útil metodología para abordar conflictos complejos. En págs. 243-286, incorpora una interesante variedad de juegos de rol.

<sup>434</sup> Indudablemente la teoría de juegos del matemático John Von Neumann y los desarrollos sobre “el dilema del prisionero” serán de gran utilidad al configurar este tipo de estrategias. En relación a las prevenciones no utilitaristas sobre estas teorías, merece la pena conocer las reflexiones de POUNDSTONE, W., *El dilema del prisionero*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, que en las págs. 253 y ss. (Maquiavelo y el utilitarismo), nos sirven para conectar con la ética del mediador, “La teoría de juegos admite infinitas

tratará de acomodar los intereses, en que fundamentará cada parte su posición frente a la propuesta de solución a la realidad fáctica que sólo el mediador ha conocido contradictoriamente<sup>435</sup>.

Si este proceso se conduce eficientemente<sup>436</sup> respecto de ambas partes, en el momento de valorar la propuesta debiera existir una sincronía entre los

---

lecturas, pues refleja sólo el sistema de valores de los que la aplican. A veces las recomendaciones hechas por la teoría de juegos parecen maquiavélicas; se debe a que, en general, el código moral de los que usan la teoría es maquiavélico”. (pág. 255).

<sup>435</sup> Cfr. LO CASCIO, V., *Gramática de la argumentación*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, para quien la valoración del grado de sinceridad depende de la habilidad del decodificador (pág. 99), en un contexto de manipulación. Más adelante (págs. 297 y ss.) cita a F. VAN EEMEREN Y R. GROOTENDORST, *Speech Acts in Argumentative Discussions*, Dordrecht, 1984, autores de la lista de reglas del acto argumentativo ideal y sus infracciones EKMAN, P., *Cómo detectar mentiras*, Paidós, Barcelona, 2005 Pág. 82, considera que “La gente mentiría menos si supusiese que existe un signo seguro del mentir, pero no existe. No hay ningún signo del engaño en sí, ningún ademán o gesto, expresión facial o torsión muscular que en y por sí mismo signifique que la persona está mintiendo. Sólo hay indicios de que su preparación para mentir ha sido deficiente, así como indicios de que ciertas emociones no se corresponden con el curso general de lo que dice. Estos son las autodelaciones y las pista sobre el embuste.”. Sobre la argumentación y las habilidades de persuasión, vid. BRETON, P, *El arte de convencer. Las claves para argumentar y ganar una negociación*, Paidós, Barcelona, 2008, págs. 126-151 Analiza como construcciones inadecuadas para convencer la disertación, que utiliza la secuencia introducción-tesis-antítesis-síntesis-conclusión; la periodística, que presenta la información esencial y después los detalles; la jurídica, con sólida introducción y sólida conclusión. Propone la estructura argumentativa como la más eficaz, “exordio, exposición de la opinión, argumentación y peroración”. En similar sentido, LO CASCIO, V., *Op. cit.*, pág. 99, en relación con la manipulación, considera que se trata de una infracción de la norma -argumentativa- y depende de la habilidad del decodificador valorar el grado de sinceridad examinando la naturaleza de la argumentación o comprando las afirmaciones con el conocimiento que tiene del mundo.” De ahí la necesidad de que el mediador tenga una buena formación en el arte de la argumentación, la retórica y la persuasión.

<sup>436</sup> SPOIESTRA, M., An Alternative Approach to Negotiation and Mediation Planning, Mediate.com, diciembre 2008, <http://www.mediate.com/articles/spoelstra4.cfm>

“With the above notion in mind, conducted a series of practical ‘experiments’; asking one group of negotiators in training sessions to make use of one method of planning, The method can be called ‘**traditional**’ as it is based on the ‘older’ or ‘traditional method of identifying, weighing and prioritising issues (Lewicki and Litterer, 1985, 60, Bazerman and Neale, 1992, 17). Secondly, he asked another group to plan according to what he calls the ‘Black Swan’ method (due to a lack of a better description).

The ‘Black Swan’ method involves that negotiators, during preparation, list issues and then divide them in ‘mediocre’ (the known) and ‘extreme’ (the deal breakers or the known unknown). Mediocre issues (those they can predict) would in some cases represent 90% of issues. Extreme issues would, in rare case be as many as 20% of the issues.”

intereses de ambas partes y el contenido de la propuesta que, lógicamente, facilitará el éxito del proceso<sup>437</sup>.

La habilidad del mediador permitirá, en casos complejos<sup>438</sup> o extremos, inducir la solución estimulando el conflicto controlada y/o parcialmente<sup>439</sup>.

## B. Estrategias de las partes dirigidas al mediador

Las partes, aun reduciendo su capacidad decisoria, han de orientar su estrategia desplegando tácticas dirigidas no frontalmente contra la otra parte, sino contra el mediador.

La estrategia adecuada ha de partir de reconocer el control del mediador sobre el resultado del mecanismo, en cuanto que tiene la iniciativa sobre qué solución proponer y cuándo hacerlo, sobre la base de la información asimétricamente obtenida pero contradictoria para él.

No se trata sólo de persuadir a la otra parte para que sea sensible a los intereses propios, sino de lograr cierto margen de influencia sobre el mediador. “Tomamos la astucia por una sabiduría siniestra y perversa; y, en verdad, que hay gran diferencia entre un hombre astuto y uno sabio, no sólo

---

<sup>437</sup> FUKUYAMA, F., *Op. cit.*, pág. 412, aclara el papel de la cultura como fuente de información para resolver el dilema del prisionero.

<sup>438</sup> La mayor complejidad conflictual y la mayor dificultad para su solución se ilustra con precisión por Blesa y Brugué al introducir la figura del “català emprenyat” (el catalán enfadado), que “serviría para condensar una amplia “sensación de malestar”, “Un malestar a la vez generalizado y difuso. Por lo que parece todos estamos enfadados y lo estamos por diversas razones. De hecho, no estamos enfadados por algo muy concreto, sino que se trata más bien de una acumulación de factores, agravios, de dificultades, de impotencias y de frustraciones.”

Blesa, C. y Brugué, Q., “Políticas complejas para una Sociedad Compleja, de la jerarquía a la administración relacional”, en *Materiales...*, *Op.c it.*, págs. 147-149.

<sup>439</sup> Cfr. en VAN DE VLIENT y DREW, *cit.*, págs. 21 a 43.

en punto a honradez sino en punto a capacidad. ... una cosa es entender a las personas y otra entender los asuntos...<sup>440</sup>”.

## 7. Una legislación de mínimos

El interés<sup>441</sup> que el desarrollo de los métodos de solución de conflictos viene suscitándose en los últimos años y la respuesta dada por el legislador desde la publicación de la primeros documentos comunitarios<sup>442</sup>, nos obliga a concretar algunas propuestas que, a nuestro entender, debieran ser tenidas en cuenta por el legislador en los distintos estados miembros de la UE en su regulación la mediación comercial.

1. La normativa, siendo de mínimos, debiera garantizar cumplidamente el principio de igualdad de armas, pero sin complejos ni enfoques procesales.

2. El diseño de la estructura de la mediación debe ser ajeno a lo procesal<sup>443</sup> en su concepción y más ligado a la realidad empresarial a la que quiere servir. Serían las empresas quienes optarían estratégicamente por la mediación frente a otros mecanismos disponibles, buscando las siguientes ventajas, principalmente:

---

<sup>440</sup>BACON, F., Ensayos. 22) *De la Astucia*, Aguilar, Barcelona, 1980, pág. 80.

<sup>441</sup>Cfr. DE BOISSESON, M., “Thoughts on the future of ADR in Europe , A Critical Approach”, *Arbitration International*, vol. 15, núm. 4, 1999, págs. 349 a 357.

<sup>442</sup> Cfr. sobre antecedentes el “LIBRO VERDE sobre modalidades alternativas de solución de conflictos”, Bruselas, 19 de Abril de 2002, COM (2002/03/04).

<sup>443</sup>El primer estudio desde el Derecho procesal español (parcialmente obsoleto hoy por ser anterior a la vigente LEC) es el de la profesora BARONA VILAR, ya citado.

- No erosión de relaciones comerciales entre las partes (incluso favorecimiento de nuevas o más intensas relaciones comerciales).
- El control sobre la decisión lo retienen las partes, sin perjuicio de las amplias facultades del mediador para conformar la propuesta.
- Rapidez y ahorro de costes.
- Confidencialidad.

3. La estructura debe ser no contradictoria entre las partes, para evitar la erosión (excepto respecto de la propuesta concreta de acuerdo).

No obstante debe existir libre acceso de las partes al mediador y, recíprocamente, el mediador debe tener facultades inquisitoriales frente a las partes y posibilidad de valorar la “ficta confessio” consecuencia de su inactividad. El mecanismo debe permitir la contradicción con el mediador.

El principio será aplicable a alegaciones y pruebas. La intermediación se limitará al mediador.

4. La confidencialidad se conseguirá extremando el principio asimétrico de la información.

En consecuencia con figuras híbridas (mediación-arbitraje), haber sido mediador será causa de abstención/recusación para el árbitro.

5. El mediador debiera orientar su estrategia a la negociación dual y proactiva. Su formación tendrá un enfoque multidisciplinar (no exclusivamente jurídico).

En definitiva, la mediación surge como evolución de la negociación, estructurándose. No surge como evolución del proceso. La mediación comercial fracasaría como alternativa que supere la crisis de los mecanismos tradicionales de solución de conflictos, si se regulase bajo un prisma procesal. De ese modo, terminaría adoleciendo de las mismas patologías que el proceso judicial como sucedió con el arbitraje.





## CAPÍTULO VI

### UN MARCO LEGAL DE MÍNIMOS

#### 1. Hacia una nueva cultura legal: cultura de paz<sup>444</sup>

"*El compromiso con el arreglo pacífico de los conflictos*" es uno de los pilares en los que se basa el "*conjunto de valores, actitudes, tradiciones, comportamiento y estilo de vida*" que conforman la cultura de paz<sup>445</sup>, característica del nuevo orden mundial promovido por la Organización de Naciones Unidas.

Paz, entendida no sólo como "*ausencia de conflictos sino que también requiere un proceso positivo, dinámico y participativo en que se promueve el diálogo y se solucionan los conflictos en un espíritu de entendimiento y cooperación mutua*"<sup>446</sup>. Paz, que exige modificar los modos de relacionarse los individuos, para ir paulatinamente ascendiendo a los grupos<sup>447</sup>, a las instituciones, las empresas y los Estados, hasta conformar una nueva cultura

---

<sup>444</sup>"Puesto que las guerras nacen en las mentes de los hombres, es en la mente de los hombres donde deben erigirse los baluartes de la paz".

(Declaración de la Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura).

<sup>445</sup> Art. 1 del apartado A) de la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 6 de octubre de 1999 (A-RES/53/243) "Declaración y programa de acción sobre una cultura de paz".

*Artículo 1*

Una cultura de paz es un conjunto de valores, actitudes, tradiciones, comportamientos y estilos de vida basados en,

...d) El compromiso con el arreglo pacífico de los conflictos;

<sup>446</sup> Párrafo cuarto del apartado A) A-RES/53/243.

<sup>447</sup>"La presencia del conflicto puede actuar como desencadenante de la participación en los movimientos sociales, mientras que la ausencia de contacto con el conflicto retarda la toma de conciencia." TEJERINA, B., *Movimientos sociales y nuevas formas del conflicto social. Visibilidad, negociación y resolución de conflictos*, en MORENTE MEJÍAS, F. (Dir.), *La mediación en tiempos de incertidumbre*, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 61.

relacional<sup>448</sup>. Paz, en palabras de MAYOR ZARAGOZA<sup>449</sup>, que no es una ausencia de guerra y de conflicto, sino una actitud ante la vida, “es la renuncia a resolver los conflictos por la fuerza y pasar a la palabra, al dialogo. Pasar de la fuerza a la palabra.”

Cultura de paz cuyo pleno desarrollo se vincula, entre otros<sup>450</sup>, a "*la promoción del arreglo pacífico de los conflictos*" y a posibilitar que se desarrollen "*actitudes para el diálogo, la negociación, la formación de consenso y la solución pacífica de controversias*".

La mediación constituye el camino correcto para realizar una contribución decisiva a «preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra», pues tal es el objetivo de Naciones Unidas establecido en el Preámbulo de su Carta constitutiva. La misma Carta la identifica como medio para el arreglo pacífico de controversias en sus arts. 2.3 y 33.1. Cabe afirmar, en consecuencia, que esta actividad se encuentra inserta en el núcleo mismo de la Organización universal por excelencia<sup>451</sup>. Debe matizarse, no obstante que hasta 2010 Naciones Unidas no prestó excesiva atención a la

---

<sup>448</sup>“Una paz hecha sin preliminares, sin conferencias y sin notas diplomáticas”, como dice en su cuento *Escena Popular Andaluza* Fernan Caballero (Cecilia Bohl de Faber), publicado en 1859, Cfr., Caballero, Fernán. *Cuentos y Poesias Populares Andaluces*. 1887. Reprint. London, Forgotten Books, 2013.

<sup>449</sup>FEDERICO MAYOR ZARAGOZA es Presidente de la *Fundación Cultura de Paz*, “Paz” (<http://www.fund-culturadepaz.org>).

<sup>450</sup> Art. 3 apartados A) y D) A-RES/53/243,

El desarrollo pleno de una cultura de paz está integralmente vinculado a,

a) La promoción del arreglo pacífico de los conflictos, el respeto y el entendimiento mutuos y la cooperación internacional;

...

d) La posibilidad de que todas las personas a todos los niveles desarrollen aptitudes para el diálogo, la negociación, la formación de consenso y la solución pacífica de controversias;

...

<sup>451</sup> CARRASCAL GUTIERREZ, A., *cit.*, pág. 30 y 31 refiere las iniciativas e instrumentos desarrollados por la ONU en mediación internacional.

*Guía para una Mediación Efectiva* editada por la ONU (<http://www.un.org/wcm/webdav/site/undpa/shared/undpa/pdf/UN%20Guidance%20for%20Effective%20Mediation.pdf>).

mediación. El Secretario General ha insistido en repetidas ocasiones en este sentido<sup>452</sup>.

En el marco del cambio cultural de un mundo ya, inexorablemente, globalizado y que cristalizó en la *Declaración del Programa de Acción sobre una Cultura de Paz* de octubre de 1999 de Naciones Unidas, la Unión Europea comenzó en paralelo la promoción, en su ámbito, de los métodos alternativos de solución de conflictos<sup>453</sup>. La declaración del Consejo de Europa reunida en Tampere en Octubre de 1999, convocada con la finalidad expresa de mejorar el acceso a la justicia en Europa sirvió de espita a un proceso de elaboración legislativa que tras la publicación en abril de 2002 del LIBRO VERDE<sup>454</sup> y de la Propuesta de Directiva de la Comisión Europea IP/08/1288, de 28 de octubre de 2004, culminó en mayo del 2008 con la publicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>455</sup>.

A lo largo de los nueve años que las instituciones de la Unión Europea necesitaron para promulgar la Directiva, la realidad que sirvió de base para realizar la declaración de Tampere ha variado notablemente:

---

<sup>452</sup> Vid. UNITED NATIONS SECRETARY-GENERAL, *Enhancing mediation and its support activities* (S/2009/189), April 2009, disponible en la página web de Naciones Unidas Peacemaker, <http://peacemaker.un.org/node/85>

<sup>453</sup> Vid. Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de Octubre de 1999, disponibles en la página web del Parlamento Europeo,

"30. El Consejo Europeo invita al Consejo a que, a partir de propuestas de la Comisión, instaure normas mínimas que garanticen un nivel adecuado de asistencia jurídica en litigios transfronterizos en toda la Unión, así como normas especiales de procedimiento comunes para la tramitación simplificada y acelerada de litigios transfronterizos relativos a demandas de consumidores o de índole mercantil de menor cuantía, así como a demandas de pensión alimenticia y a reclamaciones sin oposición. Los Estados miembros deberían instaurar asimismo procedimientos extrajudiciales alternativos."

<sup>454</sup> LIBRO VERDE sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil COM (2002) 196 final. 19/4/2002.

<sup>455</sup> DOUE, 24 mayo 2008, 136L.

- El uso de los métodos alternativos de solución de conflictos se ha desarrollado, con mayor o menor éxito, en los distintos Estados miembros. De hecho, han publicado normas que regulan distintos aspectos de la mediación, principalmente en el ámbito del Derecho de familia.
- En el Reino Unido, a raíz de la reforma de su legislación procesal civil, como reflejo de la evolución en los países anglosajones regidos por un sistema jurídico de *common law* (USA, Australia, Canadá, Nueva Zelanda), los mecanismos alternativos de solución de conflictos se han desarrollado extraordinariamente. Hoy forman parte de su cultura jurídica y tanto los operadores jurídicos como los usuarios los perciben como una parte de su sistema contencioso. Existe un acervo jurisprudencial que ha modelado su utilización y la calidad se ha garantizado a través de formación especializada.
- Finalmente, si Tampere sugería en negativo, que el motivo principal para fomentar el desarrollo de los MASC era la crisis de la justicia tradicional por el colapso y atraso de los tribunales, la Directiva, en positivo, se justifica por las ventajas propias de los MASC para complementar el sistema de justicia poniendo a disposición del ciudadano métodos eficaces y eficientes para solucionar sus conflictos, con independencia de la situación de los tribunales de justicia.

La transposición de la Directiva, cuyo plazo terminó en junio del 2011, partía de una situación de cierto desarrollo de los MASC en los distintos Estados miembros (muy limitado respecto de los conflictos entre empresas no obstante, excepto en el Reino Unido) y no meramente de un interés por fomentar su uso sin apoyo en la realidad. Esto ha permitido configurar la Directiva no como una norma marco, sino como una como una norma de

mínimos. La necesidad y la conveniencia de establecer un nuevo marco relacional<sup>456</sup> deberían trasladar los MASC a las distintas culturas jurídicas y serán los precedentes históricos nacionales y la experiencia, aunque escasa, los que condicionara la configuración legal final de un instrumento que debería ayudar a generar un cambio en la cultura legal de los Estados Miembros, más cercana a la cooperación que a la confrontación

## 2. La experiencia comparada

La experiencia comparada, principalmente anglosajona, y su interpretación jurisprudencial permiten identificar algunas pautas válidas para fomentar su utilización e incorporar las necesidades del conflicto empresarial al implementar la Directiva: ¿es efectiva respecto de los conflictos empresariales la implementación de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos a través de la transposición de la Directiva 52/2008/CE?

El análisis detallado de la jurisprudencia inglesa (y, en determinados aspectos, norteamericana, neozelandesa, canadiense y australiana) sobre MASC, nos permite identificar las cuestiones que en la práctica han sido problemáticas y las distintas soluciones desarrolladas al crear un acervo jurisprudencial y legal que regula la mediación.

---

<sup>456</sup>HUMPHREY, N., en el capítulo titulado "Psicólogos naturales" en *La mirada interior*, Alianza, Madrid 1993, pág. 41, explica el cambio en la interrelación humana y cómo se ha pasado de entender que el hombre para evolucionar necesita más una inteligencia social que práctica, "*Los seres humanos no pueden sobrevivir, en ningún lugar de la Tierra si carecen de una profunda sensibilidad y capacidad de comprensión de su prójimo*".

La llamada globalización jurídica<sup>457</sup>, se ha basado en la generalización del uso de ciertos estándares, procesales y contractuales, de impronta anglosajona. La potencia económica de las multinacionales, representada en muchos casos en un ámbito internacional por bufetes de abogados internacionales, de origen o corte anglosajón, ha propiciado una armonización legal indirecta, que también se ha extendido a la solución de los conflictos y al uso de los MASC. No podemos obviar, coherentemente, la experiencia de los países anglosajones en el uso de estos mecanismos, por tanto, la solución de gran parte de los conflictos comerciales internacionales radica, directa o indirectamente en su sistema jurídico, sin perjuicio de adaptar la soluciones dadas por sus Tribunales a las características propias de los sistemas jurídicos codificados de la llamada Europa continental. Tampoco podremos despreciar los antecedentes históricos que de los MASC se encuentran en las distintas tradiciones legales europeas. Pero aunque en nuestro Derecho histórico existen antecedentes de la figura del mediador (medianero, buen hombre), e incluso se reguló por la Convención de la Haya de 1907 en el ámbito del Derecho Internacional, lo cierto es que la actual configuración de los mecanismos alternativos de solución de conflictos tiene su origen en el Derecho angloamericano.

---

<sup>457</sup> Globalización que hemos de entender, necesariamente, como un proceso dinámico, no acabado y en desarrollo. KISSINGER, H., *Op. cit.*, pág. “Los sistemas internacionales tienen una vida precaria. Cada “orden mundial” expresa una aspiración a la permanencia; el término mismo tiene un sonido de perennidad; sin embargo, los elementos que lo forman se encuentran en flujo constante. De hecho, con cada siglo ha ido reduciéndose la duración de los sistemas internacionales.”

## A. La adopción de los modelos anglosajones de solución de conflictos en el ámbito jurídico-cultural continental

En el ámbito del Derecho del Comercio, diversos factores han servido para facilitar la homogeneización: el movimiento uniformador de las legislaciones auspiciado por la Organización para las Naciones Unidas y, en nuestro ámbito, la Unión Europea; el desarrollo del Derecho comparado, que adquiere mayor rigor sistemático a partir de los estudios del profesor René David <sup>458</sup> y, muy singularmente, la colonización legal que el predominio de los mercados financieros anglosajones ha impuesto en todos los países y en todos los sectores económicos, por su dependencia de fondos de inversión, banca y seguros.

Centrándonos en este último factor, como anticipábamos, los colonos han sido los despachos multinacionales de abogados, ingleses o americanos, contratados por los operadores del sector financiero, que han propagado por todo el mundo sus modelos de contratos y sus clausulados estándar de impronta anglosajona (en exceso detallados y prolijos para la práctica de los sistemas legales codificados). Las escuelas de negocios, también, han prestado una importante ayuda en la consolidación de esta cultura jurídica internacional de base anglosajona al prestar gran atención a las necesidades prácticas de las transacciones con un elemento extranjero.

El desarrollo e implantación del arbitraje, por las vías y medios referidos, y de los MASC, ha venido a paliar el obstáculo que las jurisdicciones locales, prácticamente ajenas a esa cultura legal anglosajona, suponían para la interpretación de aquellos modelos contractuales desde la óptica de los

---

<sup>458</sup> Vid. DAVID, R. y JAUFFRET-SPINOSI, C. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. 11º ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 2010.

derechos nacionales. En definitiva, y en la práctica, un sistema jurídico sustantivo supranacional, el del comercio internacional, se ha dotado de un sistema jurídico supranacional de solución de conflictos, sin perjuicio de acudir a los apoyos jurisdiccionales que se precisen para la ejecución forzosa de los acuerdos o resoluciones.

Con abstracción del arbitraje, heterocompositivo, las últimas décadas se ha desarrollado en los países anglosajones una serie de mecanismos alternativos de solución de conflictos autocompositivos, (si bien existían en el Derecho histórico de los distintos sistemas jurídicos contemporáneos), y que han sido adoptados por los mercados financieros internacionales como métodos eficientes para resolver sus conflictos y, además, exportados por sus abogados, se han incorporado por las legislaciones nacionales.

LosMASC, singularmente la mediación, entroncan históricamente, como decíamos, con las distintas culturas jurídicas. Sin embargo, en su configuración actual, responden principalmente a un modelo anglosajón: la colonización legal referida no sólo ha exportado unos métodos o procedimientos de solución de conflictos, sino que incorpora unas técnicas de negociación que responden a una "última causa" en la toma de decisiones ajena a la cultura continental (principios) y más acorde a la cultura anglosajona (intereses).

El desarrollo de la mediación, y del resto de MASC, procede de la negociación basada en la cooperación. El modelo de mediación exportado (Escuela de Harvard) parte de la búsqueda de la cooperación entre las partes, identificando el propio interés por aversión a la negociación desde los propios principios, que se entiende bloquea las vías de diálogo. Subyace el consecuencialismo como motor de decisión: el método de solución y su desarrollo es válido si es eficiente al obtener un resultado querido por



ambas partes (bien común). El interrogante que nos surge es si ese desarrollo es necesariamente compatible con los principios del sistema continental. Si las reglas del método exigen atender al propio interés, ¿implica esto que no se pueda, a veces, atender a nuestros principios con independencia de la bondad del resultado? Quizás por esto, varios autores proponen a Maquiavelo como modelo de negociación. ¿Son conciliables los sistemas y podemos conciliar principios y propio interés?. El análisis del conocido como "dilema del prisionero"<sup>459</sup> no nos permite liberarnos de nuestras dudas, pero ayuda a identificar ciertas reglas del juego, que no principios, en la solución de conflictos compatibles con los modelos de decisión anglosajón y continental.

Sobre este modelo de negociación se han propuesto variantes, como la de ALBRECHT<sup>460</sup>, que propone un modelo de negociación, que denomina “Negociación con Valor Añadido” y que supera los inconvenientes y frenos a la cooperación de la tradicional “negociación en base a intereses”, teniendo en cuenta la necesidad de cooperar para encontrar un acuerdo viable. Este modelo se estructura en 5 fases:

- 1) Identificar los intereses explicando cada parte lo que espera de la negociación;
- 2) Definir los elementos de valor, “identificar una gama de posibles elementos de valor susceptibles de entrar en el acuerdo”; 3) Diseñar múltiples (al menos tres) “paquetes de acuerdo” consultándose las partes;
- 4) Seleccionar de manera cooperativa el mejor acuerdo;
- 5) Refinar y perfeccionar el acuerdo seleccionado.

---

<sup>459</sup>POUNDSTONE, W., *Op. cit.*

<sup>460</sup> ALBRECHT, K., *Inteligencia Social. La nueva Ciencia del Éxito*, Vergara, Barcelona, 2006, Pág. 321.

En España, la mediación se ha consolidado como un excelente mecanismo para resolución de controversias en el ámbito del Derecho de familia, principalmente por mitigar la erosión de las relaciones. De hecho se ha fomentado su uso desde el CGPJ y las CCAA han regulado su aplicación. Sin embargo en el ámbito de los conflictos entre empresas ni se ha extendido su utilización ni ha sido objeto de regulación, aunque cada vez son más los estudios que acogen una visión más amplia de la mediación).

## B. Enfoque multidisciplinar

La mediación como mecanismo alternativo para la solución de conflictos empresariales es una materia cuyo estudio es interdisciplinar y multidisciplinar (se realiza en cooperación y afecta a otras disciplinas), sin perjuicio de que en el ámbito de las facultades de Derecho se haya, normalmente, abordado por procesalistas.

Para poder proponer un acuerdo, en favor de ambas partes, más allá de decidir a favor de una, el ámbito de lo jurídico se expande, igualmente, integrando una visión interdisciplinar de los mecanismos de solución que incluye, principalmente, conocimientos y criterios propios de la psicología, sociología y otras ciencias sociales.

Es multidisciplinar porque esta cuestión ha sido abordada por la psicología social de las organizaciones, también por el Derecho procesal, por el Derecho civil y mercantil en sus aspectos sustantivos en lo referente a los requisitos de formalización y a la figura del mediador, así como a las materias que son objeto de mediación. También exige de una interpretación de los principios procesales constitucionales al regular las garantías y los

principios que deben de regir este tipo de mecanismos. El Derecho internacional privado se ha encargado de algunos aspectos de regulación en el ámbito de las Naciones Unidas (UNCITRAL) y en el ámbito del Derecho comunitario europeo (la Directiva es una realidad y también su implementación en algunos de los estados miembros). Igualmente, las normas deontológicas de la abogacía exigen de un acomodo en lo que se refiere a la función de los abogados en los conflictos y a la formación que necesitan para desempeñar la labor como mediadores.

La necesidad de acudir a una visión integradora menos mecánica, menos formal y menos técnica del Derecho, Derecho total, se compece bien con la demanda de soluciones inteligentes que expresan BLESÁ y BRUGUÉ<sup>461</sup>:

“Para unos la imposibilidad de gobernar nos ha llevado a hablar de gobernanza. Para otros, las jerarquías han dado paso a las redes. Y, además, desde ópticas generalistas, se nos sugiere que la racionalidad deliberativa está sustituyendo a la racionalidad tecnocrática. Encontramos el denominador común de todas estas aproximaciones en la necesidad de aceptar que los problemas son hoy día más sofisticados y de responder desde las interacciones, las relaciones, los matices, los puntos de encuentro, los grises que aparecen cuando miramos un tema desde distintas perspectivas.”  
(...) “La resolución de los conflictos, hoy, nos exige no solo actuaciones eficientes sino, sobre todo, decisiones inteligentes”. (...) “la eficiencia se encuentra en los despachos, la inteligencia emerge de las relaciones, de los diálogos de los intercambios. Esta es la idea subyacente a esto que hemos llamado la administración relacional.”

---

<sup>461</sup> BLESÁ, C. y BRUGUÉ, Q., *cit.*, pág. 150.

No obstante, hemos de resaltar los aspecto jurídicos, obviando, en lo posible, las cuestiones propias de la psicología social y la teoría de la negociación. Pretendemos analizar "métodos jurídicos de resolver conflictos jurídicos por expertos juristas", pues esto es lo que demandan los conflictos empresariales, singularmente en un ámbito internacional y, particularmente, cuando la elección estratégica de la mediación como método más idóneo para resolver un concreto conflicto se hace descartando arbitraje y proceso judicial.

Es preciso, respecto de los conflictos empresariales, identificar las cuestiones principales que la utilización de los MASC en los países anglosajones ha suscitado, analizando las soluciones aportadas e intentando concluir algunas propuestas prácticas para la implementación en el ordenamiento jurídico español.

El marco para el desarrollo de la mediación en los estados miembros de la UE lo ha fijado la Directiva de Mediación.

### 3. Un marco común: la Directiva

La UE tenía en su origen, como finalidad principal, facilitar el comercio entre los Estados europeos. La naturaleza de la normativa comunitaria ha sido principalmente comercial/mercantil y esa vocación comercial, dirigida a la consecución de un mercado único, se ha ido desarrollando en los Estados miembros a través de la transposición a los ordenamientos internos de las Directivas comunitarias.

Históricamente, esos ordenamientos mercantiles, basados en los usos del comercio, se fueron formando ante la imposibilidad del Derecho civil de

dotar de protección adecuada a las necesidades del comercio: la transacciones exigían celeridad y antiformalismo. Además, la frecuencia de operaciones con un elemento extranjero es muy superior en el tráfico jurídico mercantil que en el civil. Celeridad, antiformalismo e internacionalidad son características del comercio y de los conflictos comerciales, mercantiles y empresariales.

Como hemos visto, los principios y ventajas propios de los MASC se acomodan a esas necesidades de los conflictos empresariales. Ahora bien, ¿es la Directiva el marco adecuado que generara el cambio de cultura legal que normalice el uso de los MASC para la solución de los conflictos que surgen en el tráfico empresarial?

#### A. Definición y características de la mediación en la Directiva

La Mediación ha recibido un fuerte apoyo por parte de la Unión Europea, con la aprobación de la Directiva de Mediación. La Directiva resalta la conveniencia de contar con este tipo de soluciones, económicas y rápidas, con procedimientos adaptados a las necesidades de las partes en los conflictos transfronterizos<sup>462</sup>, aunque el considerando 8 abre a su aplicación a los procedimientos de mediación de carácter nacional y, en este sentido, se desarrollaron las primeras transposiciones a los ordenamientos nacionales.

La Directiva define la Mediación, en su artículo 3, como "*un procedimiento estructurado –organizado- en el que dos o más partes en un litigio intentan*

---

<sup>462</sup> Aquellos en que las partes están domiciliadas o residen habitualmente en Estados miembros distintos, pero ambas dentro de la Unión Europea.

*voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio, con la ayuda de un tercero imparcial, el mediador".*

Esta definición contiene tres de los rasgos distintivos de la mediación:

- 1.- la intervención de una tercera personal neutral,
- 2.- la voluntariedad de elección del proceso y
- 3.- y el carácter no decisorio, ya que las partes son quienes alcanzan "por sí mismas" el acuerdo.

Falta en la definición el otro elemento fundamental, que también se recoge en la Directiva: la confidencialidad.

La definición establece, además, el modo en el que la mediación puede ser iniciada - un elemento, a nuestro juicio, de gran importancia para asegurar el desarrollo de esta institución- tanto por las partes, de modo voluntario y de común acuerdo, como sugerida u ordenada por un órgano judicial o prescrita por el Derecho de un Estado miembro.

En este punto, debemos tener en cuenta la importancia que tiene la promoción de la mediación como método eficiente para la solución de determinados conflictos, por el propio estamento judicial. En Europa, el Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación<sup>463</sup> (GEMME) realiza una política activa de desarrollo de experiencias en el campo de la mediación<sup>464</sup> y su relación con el trabajo cotidiano de los Tribunales de Justicia que está

---

<sup>463</sup>Vid. [www.gemme.eu](http://www.gemme.eu)

<sup>464</sup>En junio de 2009 GEMME organizó en Barcelona el Simposio sobre Tribunales y Mediación en el que se puso de manifiesto la importancia del papel de los jueces para, con las herramientas procesales actualmente en su poder, potenciar la solución consensuada de los conflictos.

teniendo gran relevancia a la hora de sensibilizar a los jueces en esta materia.

En Inglaterra y Gales, como hemos visto, la reforma de la legislación procesal civil (*Civil Procedure Rules*) realizada en 1999 trata de estimular los acuerdos entre las partes por medio de los *pre-action protocols*<sup>465</sup> – que pretenden que las partes conozcan sus opciones de éxito antes de iniciar el proceso, así como la existencia de un plazo obligatorio entre el anuncio de la acción y el inicio del procedimiento, en el que las partes pueden llegar a un acuerdo- y la posibilidad de que los jueces puedan proponer a las partes la solución del conflicto a través de la mediación. La negativa de las partes a intentar una mediación puede verse sancionada con condena en costas a la parte reticente, aún cuando sus pretensiones se hayan visto satisfechas<sup>466</sup>. En términos generales, la decidida actuación de los jueces a favor de la mediación y la solución negociada de los conflictos ha estimulado los acuerdos entre los litigantes<sup>467</sup>.

## B. Marco legal mínimo

La Directiva considera que, como método de solución de conflictos, la mediación no debe ser considerada como una alternativa de menor calidad que el proceso judicial. Específicamente el texto comunitario se refiere a ello en el considerando 19, cuando indica que el hecho de que el cumplimiento de los acuerdos dependa de la buena voluntad de las partes no debe interferir en su consideración de alternativa válida.

---

<sup>465</sup> QUECEDO AVILÉS, A., "Los remedios para evitar el pleito, la mediación en Inglaterra y Gales", en *Revista del Club Español del Arbitraje*, 16/2013, p. 67 y ss.

<sup>466</sup> *Vid.* *Dunnett v Railtrack* [2002], que explicaremos con más detalle más adelante.

<sup>467</sup> Según se deduce del informe "*Civil Justice Reform Evaluation- A continuing evaluation of the Civil Justice Reforms*", publicado por el Ministry of Justice, Department of Constitutional Affairs, August 2002.

La finalidad de la Directiva es, por tanto, promover el uso más frecuente de la mediación, dotándola de un marco jurídico predecible que sirva de garantía a las partes. Para ello, el legislador europeo regula una serie de aspectos mínimos que deben ser tomados en cuenta por las legislaciones nacionales, dejando la regulación del proceso en manos de los Estados.

La piedra angular de este sistema es la preparación de la figura del mediador, que debe conocer las técnicas necesarias para conseguir la aproximación de las posturas de las partes. El papel de mediador es centrar la cuestión conflictiva con objetividad, recordar a cada una de las partes sus desventajas o puntos débiles, tratar de disipar los enfoques emocionales y facilitar la comunicación de las partes, punto esencial para que puedan alcanzar un acuerdo.

La Directiva define al mediador como “tercero a quien se pide que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente”. No se pronuncia sobre las características que deben tener los mediadores, estableciendo tan solo que los Estados miembros fomenten códigos de conducta voluntarios y formación inicial y continua de los mediadores.

Para dotar de seguridad y eficacia a la mediación, se establece el carácter ejecutivo de los acuerdos derivados de la mediación (artículo 6), a través de un llamamiento a los Estados a que garanticen que las partes, de común acuerdo o una de ellas con el consentimiento de las demás, pueda solicitar que al acuerdo se le dé carácter ejecutivo, bien sea a través de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente.



Por otro lado, puesto que la mediación se configura como un sistema alternativo de solución de conflictos que no elimina la posibilidad de que las partes acudan a la jurisdicción en cualquier momento, la Directiva asegura la preservación del derecho a iniciar un proceso judicial o un arbitraje, a través del aseguramiento de los plazos de prescripción y caducidad de las acciones de las partes (artículo 8), que quedarán en suspenso durante el procedimiento de mediación.

El cuarto apoyo para el desarrollo de la mediación es la preservación de la confidencialidad. Según la Directiva (artículo 7), los Estados miembros deben garantizar –salvo acuerdo en contrario de las partes- que ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento, estarán obligados a declarar en un proceso judicial –civil o mercantil- o en un arbitraje, sobre la información manejada durante la mediación o relacionada con ésta, a no ser que existan razones de orden público o que la declaración sea necesaria para la ejecución del acuerdo.

Al tratarse de una Directiva de mínimos, los Estados, en su transposición y desarrollo, pueden establecer –y es deseable- medidas más estrictas para preservar la confidencialidad, así como para promover el desarrollo de la mediación y la ejecución de sus acuerdos en las condiciones más favorables posibles. No obstante, debemos prevenir contra desarrollos legislativos nacionales que abordan los procesos de mediación con un exceso de condicionantes que desnaturalizan el carácter flexible de esta figura. Estamos de acuerdo con REDORTA<sup>468</sup> en que "es necesario plantearse con mucha seriedad y profundidad cómo sacar el mejor partido posible de los MARC". Y, esto siempre es un verdadero reto al menos por dos razones:

---

<sup>468</sup>REDORTA, J., "Entorno de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos", *cit.*,pág. 33

En primer lugar, toda regulación es en sí misma limitadora. Mientras que la regulación permite visibilidad y seguridad jurídica, al mismo tiempo reduce determinadas prácticas que en contextos concretos pudieran resultar de utilidad. En cierto sentido la regulación puede producir efectos adversos.

Y esto nos lleva a la segunda razón, los MASC se basan en criterios de mucha flexibilidad y esto constituye una de sus más claras ventajas: su adaptabilidad a las situaciones y su vocación de evolución continua. Estas características hacen que sea difícil estructurar normas para su regulación.

En 2009, antes de que se iniciara la transposición en España de la Directiva de Mediación, REDORTA<sup>469</sup> hacía unas recomendaciones a las autoridades para la regulación de los MASC que creemos mantienen intacta su vigencia:

“Entendemos que a partir de las premisas que hemos ido estableciendo cabría interesar de las autoridades competentes en cada caso que tomaran enérgicas iniciativas en los siguientes sentidos:

- CONSIDERAR el crecimiento de la de-manda social de solución de una enorme diversidad y cantidad de conflictos, como normal en el contexto de los procesos sociales acelerados que se están viviendo.
- CONSIDERAR el derecho ciudadano de acceso a la Justicia en términos más amplios que los actuales para incorporar los MASC en este derecho.
- CONSIDERAR los MASC como un tema muy emergente que debe ser tratado con seriedad, rigor y profundidad en el marco de una política amplia de gestión integral de los conflictos.

---

<sup>469</sup>*Ibid.* pág. 36 y 37.

- CONSIDERAR que la Administración de Justicia en los términos que está concebida actualmente, debe ser revolucionada, para resituarla a niveles de mejor consideración social y adaptada a las funciones que le son propias y que son menores de las que ha asumido históricamente.
- PROMOVER los cambios legislativos adecuados para que el encaje de los MASC y el sistema judicial actúe de forma sinérgica en favor del interés ciudadano.
- PROMOVER la información y la formación de los operadores jurídicos y agentes sociales a fin de que redescubran plenamente el campo de la gestión de conflictos y adapten sus prácticas a las exigencias de una nueva cultura basada más en la comunicación que en el litigio.
- PROMOVER una regulación de las formas diversas de resolución de conflictos que contemple de manera integrada tanto la prevención, como la gestión y resolución de los mismos.
- PROMOVER la regulación de la mediación de forma flexible, adaptativa y que contemple de forma plena su horizonte de expansión permitiendo el tiempo preciso para consolidarse.
- PROMOVER centros integrales de gestión de conflictos en cooperación con los agentes sociales y muy en particular con las universidades, a fin de desarrollar, en un marco controlado, programas experimentales de MASC y en particular de mediación.

- ASUMIR que corresponde de forma urgente a todas las autoridades la implementación de programas orientados a la difusión, información y formación de valores orientados a resolver conflictos desde actitudes cooperativas. Estos programas deben incorporarse ya en la escuela y en los distintos procesos de socialización. Los medios de comunicación deben ser estimulados a potenciar los valores y la cultura del consenso y de la mediación entre el gran público. “

En el mismo sentido la profesora SOLETO<sup>470</sup> anticipaba:

“En todo caso, al Estado y a distintas Administraciones e instituciones quedará una importante labor de promoción de los métodos alternativos de resolución de conflictos, haciendo conocer a la ciudadanía su existencia y conveniencia, garantizando la preparación de los mediadores y, sobre todo, la consecución de la colaboración de la abogacía en la confrontación de los conflictos.”

#### 4. Desarrollo e interrogantes

En relación al desarrollo de la mediación como mecanismo para resolver los conflictos empresariales surgieron algunos interrogantes sobre cómo debiera realizarse la transposición de la Directiva, incluso en relación al instrumento legislativo a utilizar para desarrollar la normativa concreta y para acoger eficientemente las necesidades de los MASC.

---

<sup>470</sup>SOLETO MUÑOZ, H., *La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil*, Diario La Ley, No 7834, Sección Tribuna, 10 Abr. 2012.

A la luz de la experiencia decantada de la jurisprudencia comparada anglosajona conviene realizar una serie de consideraciones en torno a la legislación que ha implantado la Directiva 52/2008 en el ámbito de la Unión Europea para regular aquellos principios y garantías que:

- Protegen y refuerzan las ventajas que hacen a las partes optar estratégicamente por la mediación como MASC más adecuado para la solución de conflictos empresariales.
- Son conformes a la verdadera naturaleza no procesal de la mediación como negociación estructurada y dirigida, basada en la asimetría de información y orientada a la negociación dual del mediador con las partes.

El Derecho comparado y su elaboración jurisprudencial, principalmente en el Reino Unido, aunque también en Estados Unidos<sup>471</sup>, Sudáfrica, Canada, Nueva Zelanda y Australia incide en la relación entre mediación y tribunales de justicia, como hace la Directiva, particularmente<sup>472</sup> en la regulación y efectos sustantivos y procesales de la confidencialidad, la interrupción de plazos al iniciarse la mediación y la ejecución del acuerdo de mediación<sup>473</sup>.

---

<sup>471</sup>En relación a las cuestiones legales que plantea la mediación, existe un interesantísimo estudio sistematizado de la jurisprudencia estatal y federal estadounidense auspiciado por Dispute Resolution Institute de la Facultad de Derecho de la universidad Hamline bajo el título *Mediation Case law Project* y dirigido por el Profesor Coben. Puede encontrarse resumido en COBEN, J.R. & THOMPSON, P.N., "Disputing Irony, A Systematic Look at Litigation About Mediation" en *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 11,43, Spring 2006, págs. 43-146.

<sup>472</sup>SECONDO MAGLIA, C., *Why not mediation?*, Dispute Resolution International, vol. 7, No2, November 2013, pág. 159 y ss. aborda las cuestiones que en la práctica se plantean en la mediación internacional.

<sup>473</sup>Sobre las características de la practica procesal en Estados Unidos que ha permitido que el uso de los MASC se haya implantado con más facilidad y rapidez que en Europa, cfr. O'BRYAN, W.E., "Lessons for the European Union from Mediation in the United

## A. La experiencia inglesa: el cambio en la cultura procesal

En Inglaterra y Gales, con anterioridad a la modificación de la normativa reguladora del procedimiento civil (*Civil Procedure Rules*), en 1999, el uso de la mediación como método solutivo de conflictos era muy inferior a lo que ahora conocemos.

El origen de esta reforma se encuentra en el informe que el Lord Canciller (uno de los cargos de mayor importancia del Gobierno británico) encargó a Lord Woolf, Master of the Rolls (uno de los principales cargos judiciales del Reino Unido) sobre el estado del procedimiento civil inglés en 1994<sup>474</sup>. Dicho informe desencadenó una reforma fundamental del proceso civil inglés que supuso una importante simplificación del proceso y, lo que aquí nos interesa, el fomento del uso de ADR en el ámbito judicial<sup>475</sup>.

Concretamente el informe aconsejaba promover la solución anticipada de los conflictos a través de una combinación de los denominados *pre-action protocols* -una serie de pasos a seguir de modo obligatorio antes de ejercer una acción legal-, combinados con una gestión activa de los casos por parte de los jueces, que pueden proponer a las partes el recurso a la mediación, si

---

States", en ASSOCIATION OF INTERNATIONAL ARBITRATION, *Op. cit.*, págs. 56 a 65.

<sup>474</sup>Sobre la génesis del informe y su importancia en el sistema inglés SORABJI, J., *English Civil Justice after the Woolf and Jackson reforms, A critical analysis*, London, Cambridge University Press, 2014.

<sup>475</sup>LORD WOOLF, *Acces to Justice- Final Report (1996)*, recuperado de la página web The National Archives,

<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm>.

Un resumen en español del contenido del Informe Woolf puede encontrarse en MACHO GÓMEZ, C., "La mediación comercial como instrumento para la resolución de conflictos en la práctica de Inglaterra y Gales", en GARCIA VILLALUENGA, L.; TOMILLO URBINA, J. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (codir.), *Mediación, Arbitraje y Resolución Judicial de Conflictos*, Madrid, Ed. Reus, 2010, p. 261 y ss.

consideran que es apropiado por el carácter del conflicto y la posibilidad de condenar en costas a la parte que se hubiese opuesto, de modo irrazonable, a iniciar procedimientos de ADR.

El índice de éxito de esta reforma, en cuanto a su incidencia en la disminución de los litigios y el aumento del uso de la mediación y otros MASC ha sido espectacular. Las estadísticas reflejan un incremento de casi un 150% en el uso de la mediación sólo en el primer año de entrada en vigor de la reforma<sup>476</sup> y una disminución de un 63% de procedimientos civiles en la High Court<sup>477</sup>.

Una de las claves del éxito de la reforma ha sido transferir a la judicatura parte del control de la actuación de los abogados de las partes, que en el procedimiento inglés era quienes tenían el control del proceso y marcaban su ritmo<sup>478</sup>. Por otro lado, la existencia de los *pre-action protocols*<sup>479</sup> se orienta a motivar a las partes a llegar a un acuerdo.

Los *pre-action protocols* contienen las previsiones de actuación que deben seguir las partes antes del inicio del procedimiento judicial. Estos *protocols* son diferentes dependiendo del tipo de reclamación. Concretamente, existen diferentes protocolos para las siguientes reclamaciones: daños personales, negligencias médicas y profesionales, construcción e ingeniería,

---

<sup>476</sup> "CEDR Annual Mediation Statistics 1999-2000", 13 de junio de 2000. Recuperado de <http://www.cedr.com/news/?item=CEDR-s-annual-mediation-statistics-1999-00>

<sup>477</sup> MINISTRY OF JUSTICE, *Judicial and Court Statistics 2000*, recuperado de la página web The National Archives, [http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/publications/annual\\_reports/judstat2000.htm](http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/publications/annual_reports/judstat2000.htm)

<sup>478</sup> De hecho la demanda es notificada por el demandante a la otra parte, no existe control judicial previo de y pactan el calendario de intercambio de documentos y pruebas testificales.

<sup>479</sup> Las *Practice Direction and Pre-action Protocols*, [https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/pd\\_pre-action\\_conduct](https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/pd_pre-action_conduct)

difamación, demandas relativas a relaciones arrendaticias, hipotecarias y posesorias. Es fácil darse cuenta que estos protocolos se orientan a conflictos cuya resolución extrajudicial es recomendable.

A través de los *pre-action protocols* las partes quedan obligadas a intercambiar sus pretensiones en sendas comunicaciones que deben ir acompañadas con una serie de documentos, relevante para establecer la viabilidad de la reclamación y las posibilidades de defensa. La documentación que cada una de las partes aporte en ese escrito, además, deberá ser la misma que se utilice en el proceso. Esto permite a las partes conocer mejor sus posibilidades de éxito en un procedimiento judicial y evita el ejercicio de acciones de un modo prematuro. Este mayor conocimiento de las armas de la otra parte puede actuar como acicate para la obtención de un acuerdo.

Junto a ello se incluyó la posibilidad de que cualquier de las partes puedan consignar una oferta transaccional, que se pone reservadamente en conocimiento del juzgado. La otra parte tiene 21 días para aceptarla o rechazarla. En este último caso, si finalmente se desestima la pretensión o se condena en una cantidad similar, se impondrán a esta parte las costas incurridas a partir del momento en el que debió haber aceptado la oferta<sup>480</sup>.

También los Colegios de Abogados han tenido un gran protagonismo activo en la promoción de la mediación y otros ADR. La *Law Society of England and Wales* ha incluido en su *Solicitor's Code of Conduct* la obligación para los abogados de conseguir, si procede, que sus clientes acudan a mediación

---

<sup>480</sup> Part 36.- Offer to settle, vid. en <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part36>. En España, en este sentido, es destacable la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 22 de Barcelona, en el procedimiento instado por la OCU contra Red Eléctrica de España y Endesa, vid. nota 119



o a otros medios de solución de conflictos distintos al proceso judicial cuando éstos puedan ser eficaces para la resolución de la controversia.

Pero posiblemente han sido los pronunciamientos relativos a las costas los que más han ayudado a promocionar el uso de la mediación. Hay varias sentencias que han sido especialmente relevantes en este ámbito para establecer un precedente y definir los criterios por los que se rige la condena o no al pago de las costas, de acuerdo con la actitud de los litigantes y el adecuación del conflicto a la mediación:

- *Dunnet v Railtrack PLC* (2002)<sup>481</sup>

Se trataba de una reclamación realizada por la propietaria de unos caballos contra la empresa que sustituyó la puerta de acceso a una vía de ferrocarril, que contaba con un cierre automático, por otra que no tenía este mecanismo. Como resultado de este cambio, la puerta quedó abierta y tres caballos de la finca de Mr. Dunnet atravesaron la vía y fueron atropellados. Durante el proceso el Tribunal entendió que las partes deberían intentar una mediación, pero Railtrack se negó, por entender que ganaría el caso. Así fue, pero le fueron denegadas las costas, ya que el Tribunal alteró el principio de vencimiento objetivo por entender que el rechazo absoluto a intentar la mediación contradecía la reglas procesales civiles (CPR), que establece que las partes tienen el deber de considerar seriamente la posibilidad de utilizar MASC para resolver el conflicto.

- *Halsey v Milton Keynes* (2004)<sup>482</sup>

---

<sup>481</sup>EWCA Civ 303, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2002/303.html>

Se trataba de una reclamación por presunta negligencia médica. Los abogados del reclamante sugirieron intentar una mediación, pero el organismo público de gestión del hospital lo rechazó, ya que entendía que no existía base para considerar su responsabilidad. En el proceso judicial subsiguiente la reclamación fue desestimada, sin imposición de costas a la parte que había rechazado la mediación, por entender el Tribunal que, en este caso, el coste de la mediación era desproporcionadamente alto en relación con la cuantía de la reclamación y el reclamante no demostró razonablemente que la mediación podría haber tenido éxito.

Las razones que tomó en consideración el Tribunal fueron las siguientes:

- 1) Aunque la materia (responsabilidad médica) era adecuada para la mediación se consideró que la posición del hospital era sólida y razonable
- 2) El Tribunal no había sugerido u ordenado acudir a mediación en ningún momento
- 3) Había base para creer que los requerimientos para acudir a mediación por parte de la demandante eran meramente tácticos
- 4) La afirmación del hospital de que los gastos de mediación eran desproporcionados altos en comparación con el importe de la reclamación y el coste del juicio se consideró razonable

5) No se consideró que el reclamante probara que la mediación tenía una posibilidad razonable de éxito.

No obstante, pese a considerar que en este caso concreto la oposición a acudir a una mediación fue razonable, el Tribunal se pronunció en favor de la mediación y apuntó que las CPR promueven y facilitan el uso de MASC por las partes.

- *Earl of Malmesbury v Strutt and Parker* (2008)<sup>483</sup>

Se reclamaban daños por más de 100 m. Libras, derivados de un asesoramiento negligente en el alquiler de unos terrenos para el parking de un aeropuerto. Hubo un intento de mediación previa, en el que se ofrecieron al reclamante 9 m. Libras que no tuvo éxito y el asunto finalizó con una sentencia judicial que establecía los daños en algo menos de un millón. Se condenó al reclamante a pagar un 15% de las costas del procedimiento por lo irrazonable y poco realista de la posición sostenida en la mediación, que se considera equivalente a un rechazo<sup>484</sup>.

- *PGF II SA v OMFS Company 1 Limited* (2013)<sup>485</sup>

---

<sup>483</sup>EWHC 424 , <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2007/2641.html>

<sup>484</sup>"I consider that the claimant's position at the mediation was plainly unrealistic and unreasonable. Had they made an offer which better reflected their true position, the mediation might have succeeded. ...As far as I am aware the courts have not had to consider the position where a party has agreed to mediate but then has taken an unreasonable position in the mediation. It is not dissimilar in effect to an unreasonable refusal to engage in mediation. For a party to agree to mediation but who then causes it to fail by reason of his unreasonable position in the mediation is in reality in the same position as a party who unreasonably refuses to mediate. In my view it is something which the court can and should take into account of on the costs order in accordance with the principles considered in *Halsey*." *Earl of Malmesbury v Strutt & Parker* [2008] EWHC 424 (QB).

<sup>485</sup> *PGF II SA v OMFS Company 1 Limited*, [2013] EWCA Civ 1288, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2013/1288.html>

En esta sentencia se establecen las cautelas que ha de seguir una parte al rechazar la oferta de intentar acudir a un MASC sin incurrir en riesgo de imposición de costas, tomando como referencia el Manual de ADR publicado en 2013 por Lord Jackson (apartado 11.56):

- a. No ignorar la oferta
- b. Contestar sin demora y por escrito explicando de forma clara y completa las razones por las que no se considera apropiado en ese momento acudir a MASC siguiendo en la medida de lo posible los criterios fijados en el asunto *Halsey*;
- c. Poner de manifiesto a la otra parte la falta de información o de pruebas que suponga un obstáculo para el éxito del MASC incluyendo una opinión sobre cómo solucionar esa falta;
- d. No cerrar de forma absoluta y definitiva la posibilidad de acudir a otro tipo de MASC o en un momento posterior.

Con palabras de la propia Sentencia: “Se puede resumir en mantener un actitud constructiva en relación al MASC en vez de un rechazo de plano, o el silencio”.

- *Laporte & Anor v. Commissioner of Police of the Metropolis*<sup>486</sup> (2015)

Es el precedente más cercano en la materia. Confirma la jurisprudencia anterior incidiendo en dos aspectos: ni la fortaleza de la posición de una parte ni la alta improbabilidad de que la mediación no tenga éxito justifican la renuncia a no intentar la mediación. Subraya que “el posicionamiento

---

<sup>486</sup>*Laporte & Anor v. Commissioner of Police of the Metropolis* [2015] EWHC 371 (QB), <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2015/371.html>

táctico no debe interpretarse con demasiada facilidad como intransigencia”. Esta afirmación es destacable, ya que supone un importante avance frente a otra Sentencia también reciente, *Northrop Grumman Mission Systems Europe Ltd v Bae Systems (Al Diriyah C4i) Ltd (2014)*<sup>487</sup> en la que las conductas de las partes no son consideradas en relación a las costas, entendiendo que si bien el demandado sugería una mediación, no contestó a las ofertas concretas de acuerdo del demandante.

El éxito de la experiencia inglesa ha tenido su reflejo en otras jurisdicciones. En Hong Kong se creó en 2000 un grupo de trabajo, nombrado por el Chief Justice, con la finalidad de revisar las reglas procesales y proponer modificaciones que mejoraran el acceso a la justicia en términos razonables de coste y tiempo. Este informe dio lugar, en 2010, a la aprobación de una reforma del proceso civil<sup>488</sup> que replicaba la intención de favorecer el desarrollo del uso de los MASC y que se conoce como “PD31” (“Practice Direction 31”)<sup>489</sup>. Modifica el criterio del vencimiento objetivo (“cost follow the event”) si una parte rechaza la posibilidad de mediar, regulando dos excepciones: i) que la parte justifique que ha tenido una participación mínima en la mediación, ii) que tenga un explicación razonable.

---

<sup>487</sup>*Northrop Grumman Mission Systems Europe Ltd v Bae Systems (Al Diriyah C4i) Ltd (2014) TCC [2014] EWHC 3148 (TCC)*, recuperada en <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2014/3148.html>

<sup>488</sup>Vid. capítulo dedicado a Hong Kong en INGEN-HOUSZ, A. (dir), *ADR in business, Practice and issues across countries and cultures*, v. 2, Kluwer Law International, 2011, p. 534 y ss. Y “ADR in Asia. Spotlight of Mediation in Hong Kong” Issue 1. January 2015, publicado por el despacho internacional Herbert Smith Freehills y disponible a través de blog Asia Disputes [www.hsfnotes/asiadisputes](http://www.hsfnotes/asiadisputes)

<sup>489</sup>Vid.

<http://legalref.judiciary.gov.hk/lrs/common/pd/pdcontent.jsp?pdn=PD31.htm&lang=EN>

La jurisprudencia ha entendido como “participación mínima”, la asistencia al menos a una sesión con la duración fijada por el mediador (4 horas, en el caso concreto)<sup>490</sup>.

El concepto de “explicación razonable” ha comenzado también a interpretarse: No se entiende razonable la creencia de tener una defensa sólida ni que exista una diferencia significativa entre reclamación y oferta<sup>491</sup>. Sí se ha entendido razonable que existiese una “duda de derecho” que tuviera que ser decidida<sup>492</sup>.

La recentísima sentencia dictada en el proceso *Wu Yim Kwong Kingwind v Manhood Development Limited*<sup>493</sup>, el pasado 24 de julio de 2015, es una muestra de la actitud firme de los Tribunales ante las partes que rehúsan intentar la mediación de forma irrazonable. En este caso, el demandado (vencedor) que rehusó la mediación justificó su posición en el objeto del pleito –una reclamación posesoria y no meramente monetaria, que no permitía una solución de compromiso –, así como en la falta de actitud cooperativa del demandante, que no había propuesto ningún acuerdo. Ninguna de estas razones resultan suficiente al Tribunal, que considera que la inexistencia de una actitud cooperativa en la otra parte no justifica la adopción de una actitud similar en respuesta, ya que no puede equipararse una negociación con un procedimiento de ADR estructurado.

A planteamientos parecidos se ha llegado en otros países del mismo entorno de cultura legal. Así en Sudáfrica es llamativo un asunto de familia,

---

<sup>490</sup>*Resource Development Ltd v. Swanbridge Ltd.* [2010] HKEC 841.

<sup>491</sup>*Golden Eagle International (Group) Limited v. GR Investment Holdings* [2010] 5HKC 317.

<sup>492</sup>*Incorporated Owners of shatin New Town v. Yeung Kui* [2010] HKEC 176.

<sup>493</sup>*Wu Yim Kwong Kingwind v Manhood Development Limited*, (24/07/2015, DCCJ 3839/2012), recuperada de [http://legalref.judiciary.gov.hk/lrs/common/ju/ju\\_frame.jsp?DIS=99590&currpage=T](http://legalref.judiciary.gov.hk/lrs/common/ju/ju_frame.jsp?DIS=99590&currpage=T)

Brownlee v. Brownlee (2009). Se trató de un proceso de divorcio ante un tribunal sudafricano en el que establece, no sólo el deber de las partes de intentar una mediación, sino la obligación de sus abogados de orientar a sus clientes hacia este tipo de procesos antes de dirigirlos un procedimiento judicial. Como expresión de su desaprobación ante la falta de una actitud proactiva ante la mediación<sup>494</sup>, la sentencia redujo los honorarios de los abogados e impuso a cada parte sus propias costas.

Los pronunciamientos sobre costas relacionados con la mediación han tenido también una importante influencia en relación con la confidencialidad de la mediación. La confidencialidad de los intentos de acuerdo resulta extremadamente importante en el procedimiento inglés, un sistema en el que, al contrario que en España, las partes están obligadas a entregarse toda información que pueda ser relevante para el procedimiento, con independencia de que favorezca o no a su pretensión. Quedan fuera de esta obligación las comunicaciones privilegiadas (*without prejudice*), que no pueden ser utilizadas como prueba en un procedimiento posterior y cuya protección se basa en el interés de fomentar los acuerdos extrajudiciales<sup>495</sup>.

---

<sup>494</sup> *Brownlee v Brownlee*, August 2009, South Africa, South Gauteng High Court,

“How much richer would this solution have been had it emerged out of a consensus-seeking process rather than in adversarial proceedings in which positions were taken up that gave every appearance of callousness and cruelty. This is but an instance of what mediation might have achieved. In fact, the benefits go well beyond it. In the process of mediation, the parties would have had ample scope for an informed but informal debate on the levels of their estates, the amount of their incomes and the extent of their living costs. Nudged by a facilitative intermediary, I have little doubt that they would have been able to solve most of the monetary disputes that stood between them. The saving in time and legal costs would have been significant and, once a few breakthroughs had been made, I have every reason to believe that an overall solution would have been reached.”

<sup>495</sup> Cfr. *Unilever PLC v. The Procter & Gamble Co.* (1999) o *Ofulue v Bossert* (2009) como muestra del respaldo de la judicatura inglesa a los intentos de negociación. En España, aunque no existe regulación sobre confidencialidad en las comunicaciones dirigidas a alcanzar una transacción, la STS 78/2014, de 3 de marzo, nº Rec. 625/2012, Ponente, Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol, ha supuesto un refuerzo en la negociación al entender que un oferta comercial realizada durante una negociación “no puede dar lugar a interpretar, por una de las partes, la recurrente, que se estaba ante la

La posibilidad de condena en costas a la parte que se haya negado a acudir a un procedimiento de mediación ha desarrollado un nuevo tipo de comunicaciones bajo la rúbrica "*without prejudice except as to costs*"<sup>496</sup>, que supone la posibilidad de utilizar las comunicaciones como prueba del intento de mediación o acuerdo.

Con todo, este avance no se considera suficiente y se continúa estudiando de qué modo es posible incrementar la eficiencia del proceso judicial. Prueba de ello son las investigaciones recientemente publicadas por el *think tank* independiente, *Justice*, creado para la reforma de la justicia en el Reino Unido, que se han publicado recientemente. un informe <sup>497</sup> que incorpora como propuesta la revisión de las demandas y su contestación por un funcionario que tendrá la facultad para rechazarlas de plano, en defecto dirigir a las partes a ENE (evaluación neutral alternativa), en defecto de solución a mediación y, en su defecto, a la decisión por un juez.

Queda por valorar el impacto que tendrá la resolución judicial dictada en relación al asunto *Emirates Trading Agency LLC v. Prime Mineral Exports Pte Ltd*<sup>498</sup>, al establecer que el incumplimiento de los procedimientos pre arbitrales de solución de conflictos pueden invalidar la competencia del tribunal arbitral. El precedente anterior, fijado desde *Cable & Wireless v.*

---

creencia fundada en la buena fe de que el comportamiento observado durante todo este tiempo por la otra, HDI, es de una relevancia jurídica y económica, que haya quedado vinculado objetivamente."Sobre confidencialidad y privilegio procesal, contrastando la Directiva con el Derecho procesal civil inglés cfr. HOWELL-RICHARDSON, P., "The European Mediation Directive and some Thoughts on the Principles Involved in Dealing with the Problems Surrounding Mediation Confidentiality", en ASSOCIATION OF INTERNATIONAL ARBITRATION, (ed.), *Op. cit.*, pág. 48-53.

<sup>496</sup> Part. 36 CPR.

<sup>497</sup> JUSTICE WORKING PARTY, *Delivering Justice in the Age of Austerity* 23 April 2015, disponible en (<http://2bqk8cdew6192tsu41lay8t.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2015/04/JUSTICE-working-party-report-Delivering-Justice-in-an-Age-of-Austerity.pdf>)

<sup>498</sup> [2014] EWHC 2104 (Comm).



*IBM United Kingdom Ltd*<sup>499</sup>, era acordar la suspensión del procedimiento arbitral razonando como en *Wright v. Michael Wright*<sup>500</sup>, la suspensión no se podía entender como una obstrucción del derecho de acceso a la justicia pues sólo les obligaba a “tener que esperar un poco más antes de dejarles acceder al umbral de la puerta del tribunal”. La decisión en *Emirates Trading* se apoya en decisiones previamente dictadas en Australia y Singapur y en un laudo dictado en arbitraje de inversión, *Tulip Real State v. Amsterdam*, y ha sido recibida con gran polémica<sup>501</sup>. Habrá que estar pendientes de su evolución, por la enorme relevancia para la comunidad del arbitraje internacional y las políticas de apoyo a su desarrollo, ahora que el revuelo causado en su momento por West Tankers y el “torpedo italiano” parecía haberse calmado<sup>502</sup>.

## B. Valoración de la trasposición de Directiva en España

La transposición de la Directiva hubo de estar completada antes del 21 de mayo de 2011. Los distintos estados miembros han optado por diferentes enfoques<sup>503</sup>. En España, la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y

---

<sup>499</sup> [2004] CLC 1319 (Colman J)

<sup>500</sup> [2013] EWCA Civ 234. Sobre la obligatoriedad de la mediación cfr. en ODDY, A. (28 March 2013) English Court of Appeal suggests a rethink of the prohibition on court-ordered compulsory mediation [Herbert Smith Freehills ADR Blog], recuperado de <http://hsfnotes.com/adr/2013/03/28/english-court-of-appeal-suggests-a-rethink-of-the-prohibition-on-court-ordered-compulsory-mediation/>

<sup>501</sup> Cfr. FLANNERY, L. and MERKIN, R., “Emirates Trading, good faith, and pre-arbitral ADR clauses, a jurisdictional precondition?” en *Arbitration International (LCIA)*, 2015 vol. 31, num. 1, págs. 63-106.

<sup>502</sup> Recordamos de nuevo la diferencia entre esta tendencia jurisprudencial y la STSJ Madrid 28/2014, a la que hemos hecho referencia en la nota 248 *supra*

<sup>503</sup> Sobre la temprana implementación de la Directiva en Italia y su corrección por la justicia italiana y a través de la cuestión prejudicial ante el TJCE presentada por el Giudice di Pace di Mercato San Severino (Italia) el 26 de septiembre de 2011, relativa al caso *Ciro Di Donna v. Società imballaggi metallici Salerno Srl (SIMSA)* (Caso C-492/11, DOUE C 347 [26.11.2011])., cfr. el excelente trabajo de GINEBRA MOLINS y TARABAL BOSCH, *cit.*, págs. 6 y 7.

Mercantiles 5/2012, de 5 de julio<sup>504</sup>, complementada por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley.

La Ley de Mediación no da cumplida respuesta a los interrogantes aquí planteados y, aunque conscientes del largo camino de maduración práctica y jurisprudencial que queda por recorrer a la Ley, que ha sido muy escasos en sus tres años de existencia, valoramos ciertos aspectos del mismo:

1. No define en su primer artículo, como hacía el anteproyecto<sup>505</sup>, la mediación como negociación estructurada. Esto le acerca al error más frecuente al intentar regular la mediación que es intentar darle naturaleza procesal. Es la autocomposición lo que caracteriza a la mediación.

2. Sin perjuicio de ajustes que seguro realizará la práctica; parte de un grado de flexibilidad que debiera hacer atractiva la mediación para los operadores jurídicos, especialmente para la solución de aquellos conflictos en los que estratégicamente es importante retener el control por las partes.

3. De los tres aspectos que la Directiva 52/2008 exigía implementar (suspensión de plazos, ejecución y confidencialidad) probablemente la confidencialidad es el que se aborda con mayor éxito al extender el deber de confidencialidad no sólo al mediador, sino a los auxiliares del mediador o de la institución de mediación y a las partes.

---

<sup>504</sup>Un excelente estudio crítico sobre la eventual aplicación de la Ley 5/2012 es el elaborado entre 2012 y 2013 por Rocío García García y dirigido por ALBA FERNÁNDEZ y CARRETERO MORALES desde el Area de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III, como proyecto de fin de grado. No me consta que se haya publicado. GARCÍA GARCÍA, R., Mediación y derecho mercantil en España. *Aspectos polémicos y polemizables de la Ley 5/2012*, no publicado.

<sup>505</sup>CARRETERO MORALES, E., “Comentarios al Anteproyecto de Ley en Asuntos Civiles y Mercantiles” en *Riedpa, Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, n° 1/2011, p. 16

Además comprende no sólo la información y la documentación que se genere durante la mediación sino también a la existencia de la propia mediación. Esto es un avance que sólo desde 2009 ha sido objeto de matización en la jurisprudencia inglesa sobre mediación. El régimen sancionador que se impone al mediador es muy estricto: inhabilitación (sin perjuicio de la responsabilidad civil en que se pueda incurrir). Sería no obstante conveniente regular las consecuencias que la vulneración del deber de confidencialidad habrá de tener para las partes, auxiliares, peritos... y, sobre todo, diferenciar e incorporar a nuestras leyes procesales el privilegio probatorio del secreto profesional del mediador como principal garantía de la confidencialidad y suprimir la grave incoherencia que supone la exigencia de levantar actas de cada sesión y la obligación de custodia.

#### Artículo 9. *Confidencialidad.*

1. *El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.*
2. *La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto:*
  - a. *Cuando las partes de manera expresa y por escrito dispensen de esta obligación.*

- b. Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.*
3. *La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.*

### Breve análisis y propuestas

Las previsiones respecto de la confidencialidad de la mediación en el texto no son suficientemente amplias para asegurar que la información que se genera en el procedimiento de mediación no trascienda.

La confidencialidad, como uno de los principios informadores de la mediación, se traduce en una doble vertiente, deber de mantener el procedimiento de mediación como confidencial –deber que atañe tanto al mediador como a las partes- y privilegio procesal que impide su utilización como prueba en procedimientos posteriores.

En cuanto al privilegio de confidencialidad, la Ley Modelo UNCITRAL sobre Conciliación en el Comercio Internacional (2002)<sup>506</sup> explica con mayor claridad su alcance, con un tratamiento que debería incorporarse en los siguientes aspectos:

- En relación con la información que estará sujeta a este privilegio de confidencialidad, la Ley Mediación se refiere al procedimiento y a la documentación. La formulación de la Ley Modelo<sup>507</sup> es más amplia e

---

<sup>506</sup> FORNER DELAYGUA J. J., "La Ley modelo UNCITRAL de conciliación internacional, ¿en qué puede ayudar a la conceptualización normativa de la mediación?" en *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña, Vol. 2, Op. cit.*, págs. 95-116.

<sup>507</sup> Artículo 9. Confidencialidad

incluye también las comunicaciones previas dirigida a proponer un procedimiento de mediación o a aceptar la participación en el mismo.

- Sin embargo, respecto de los documentos utilizados en la mediación, debe aclararse que el privilegio de confidencialidad se extenderá solo a los documentos creados para su uso en el procedimiento de mediación, y no a cualquier otro que pudiera ser utilizado como prueba en un

---

A menos que las partes convengan otra cosa, toda información relativa al procedimiento conciliatorio deberá considerarse confidencial, salvo que su divulgación esté prescrita por ley o que sea necesaria a efectos del cumplimiento o ejecución de un acuerdo de transacción

Artículo 10. Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos

1. Las partes en el procedimiento conciliatorio, el conciliador y los terceros, incluidos los que participen en la tramitación del procedimiento de conciliación, no harán valer ni presentarán pruebas, ni rendirán testimonio en un procedimiento arbitral, judicial o de índole similar en relación con,

a) La invitación de una de las partes a entablar un procedimiento de conciliación o el hecho de que una de las partes esté dispuesta a participar en un procedimiento conciliatorio;

b) Las opiniones expresadas o las sugerencias formuladas por una de las partes en la conciliación respecto de un posible arreglo de la controversia;

c) Las declaraciones efectuadas o los hechos reconocidos por alguna de las partes en el curso del procedimiento conciliatorio;

d) Las propuestas presentadas por el conciliador;

e) El hecho de que una de las partes se haya declarado dispuesta a aceptar un arreglo propuesto por el conciliador;

f) Cualquier documento preparado únicamente para los fines del procedimiento conciliatorio.

2. El párrafo 1 del presente artículo será aplicable cualquiera que sea la forma que revistan la información o las pruebas mencionadas en dicho párrafo.

3. Ningún tribunal arbitral, tribunal de justicia ni cualquier otra autoridad pública competente podrá revelar la información a que se hace referencia en el párrafo 1 del presente artículo y, si esa información se presentase como prueba en contravención del párrafo 1 del presente artículo, dicha prueba no se considerará admisible. No obstante, esa información podrá revelarse o admitirse como prueba en la medida en que lo prescriba la ley o en que sea necesario a efectos del cumplimiento o ejecución de un acuerdo de transacción.

4. Las disposiciones de los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo serán aplicables independientemente de que el procedimiento arbitral, judicial o de índole similar se refiera a la controversia que sea o haya sido objeto del procedimiento conciliatorio.

5. Sin perjuicio de las limitaciones enunciadas en el párrafo 1 del presente artículo, ninguna prueba que sea admisible en un procedimiento arbitral, judicial o de índole similar dejará de serlo por el hecho de haber sido utilizada en un procedimiento de conciliación.

procedimiento y que se haya originado con otros fines. En este punto, se debe también ser cuidadoso con los documentos exhibidos por una parte que no hubieran sido conocidos por la otra si no hubiera existido la mediación (con el fin de evitar la utilización de la mediación para conocer las armas de la otra parte).

- La obligación de confidencialidad se extiende también a los terceros, distintos del mediador y las partes, tales como testigos o peritos que puedan participar en un procedimiento de mediación. Testigos y peritos no deben quedar invalidados para su posterior utilización en un procedimiento judicial, el privilegio solo se debe extender a su participación en la mediación.
- El privilegio de la confidencialidad en la Ley Modelo tiene una doble consecuencia: la obligación para las partes de no invocar la mediación y su contenido en un procedimiento judicial o arbitral y la obligación de los tribunales de considerar este tipo de prueba como inadmisibile.

En relación con las consecuencias de la infracción del deber de confidencialidad, la responsabilidad del mediador debe ponerse en relación con el art. 14, que prevé para los mediadores responsabilidad por los daños y perjuicios causados si no cometiera fielmente el encargo; lo que, desde nuestro punto de vista, parece más equitativo y encaja mejor en la exigencia de seguro de responsabilidad civil para el mediador que la formulación contenida en el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo<sup>508</sup>, precursor de la Ley Mediación, que tomando como referencia el artículo 21 de la Ley 60/2003 de Arbitraje, restringía la responsabilidad únicamente a los daños causados por mala fe, temeridad o dolo, lo que impedía la reclamación en los casos de mera negligencia,

---

<sup>508</sup>BOE, nº 56 de 6 de marzo de 2012

En cualquier caso y anticipando, como decíamos, que el *iter* será largo y controvertido y habrá que estar a la interpretación que hagan los Tribunales de la Ley<sup>509</sup>, creo que una mera modificación más osada de la regulación de la audiencia previa (414 y ss LEC) podría facilitar de forma inmediata el uso e impulso de la mediación en materia civil y mercantil. Es más, la redacción actual interpretada correctamente permite a los jueces de primera instancia promover activamente la búsqueda de acuerdos respecto de pleitos que en la práctica esconden más un malentendido que un auténtico conflicto entre la partes. Será preciso hacer un importante esfuerzo para formar a abogados y jueces en el conocimiento y práctica de la mediación y otros MASC, pues, como anticipábamos, a lo largo de las 25 asignaturas del plan del 53 se nos formó en las facultades de Derecho para entender la administración de justicia como algo ligado a la confrontación y no a la cooperación; nos tienen que ayudar a cambiar.

##### 5. Algunas cuestiones problemáticas que deben precisarse

Un análisis más detallado permite identificar las siguientes cuestiones problemáticas a las que debería darse respuest por la jurisprudencia o *de lege ferenda*:

---

<sup>509</sup>Con anterioridad a la publicación de la Ley de Mediación, el Tribunal Supremo valoró positivamente la mediación en las SSTs (Civil) 323/2010 de 20 de mayo, 537/2009, de 3 de julio, 527/2009, de 3 de julio, 527/2009, de 2 de julio y 129/2010, de 5 de marzo. En ellas, en *obiter dicta*, la Sala considera que, en los diversos conflictos juzgados en estas sentencias, la mediación habría sido una buena alternativa para haberlos resuelto de forma menos traumática que el proceso judicial. En relación con la Ley de Mediación, las primeras resoluciones judiciales dictadas (en Cantabria, Málaga y Cataluña) son analizadas en LARA PAYÁN, J. R., “Aplicación Práctica de la Ley 5/2012, de Mediación”, en *Diario La Ley*, 22 de abril de 2013, págs. 4-6.

- 1) ¿Deben regularse los mecanismos alternativos para la solución de conflictos en general, incluso innominados, o sólo la mediación?
- 2) ¿Se ha de limitar la facultad de los Tribunales a recomendar a las partes que consideren la mediación o se debiera extender a la obligatoriedad de intentarla?
- 3) ¿El intento de mediación interrumpirá los plazos para el ejercicio de las acciones o, como novedad en nuestro ordenamiento, los suspende? La preclusión ¿cómo se verá afectada?
- 4) ¿Qué efectos se anudarán a la vulneración del deber de confidencialidad y cuales serán los límites al derecho/deber de secreto profesional?
- 6) ¿Son admisibles los mecanismos híbridos: mediación-arbitraje y como se garantizará la imparcialidad del tercero neutral que en ellos intervenga?.
- 7) ¿Cómo modificar la cultura legal para que los abogados cedan a las partes el papel de actor en la mediación y pasen a asumir una suerte de dirección estratégica de sus clientes?
- 8) ¿Cómo diferenciar los conflictos de modo que el coste de la mediación no suponga una traba al acceso a la justicia cuando determinadas mediaciones no puedan prestarse desde organismos tutelados públicamente?<sup>510</sup>

---

<sup>510</sup> De los 27 países de la Unión de los que tenemos datos, solo establecen algún tipo de incentivo económico, en forma de exención de tasas o de gratuidad del proceso ocho países, Chequia, Eslovenia, Francia, Hungría, Italia, Malta, Polonia, Portugal. Cfr. ZATO ETCHEVERRÍA , M., “Una aproximación al mapa de la mediación en la Unión



9) ¿ De qué instrumentos hemos de dotar a la judicatura para que las costas procesales puedan convertirse en un instrumento para promocionar la utilización de MASC?

10) ¿Cómo regular las instituciones de mediación, su función y responsabilidades para garantizar la calidad del servicio y su accesibilidad al ciudadano?

11) ¿Qué respuesta dará el Derecho internacional privado a los problemas de ley aplicable<sup>511</sup> y jurisdicción competente que planteen las mediaciones con un elemento extranjero y a la ejecución<sup>512</sup>?

12) ¿Bastaba con publicar una ley de mediación o el impulso definitivo exige reformar parcialmente distintas normas<sup>513</sup>?

## 6. Promoción integral de la mediación: el aspecto fiscal

Acabamos de preguntarnos si para promover la mediación es suficiente con publicar una ley de mediación o si su impulso necesita reformar parcialmente distintas normas<sup>514</sup>. La Directiva de Mediación lo reconoce

---

Europea”, *Revista de Mediación* 2015, vol. 8, Nº. 1, 72-83, disponible en <http://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2015/07/Revista-Mediacion-15-8.pdf>

<sup>511</sup>Un estudio de los límites de los acuerdos internacionales de mediación en OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., "The Law Applicable to International Mediation Contracts", en *Simposio.. Op., cit.*, págs, 37-46.

<sup>512</sup>GRACIOUS, T., *The UNCITRAL Convention on Enforceability of Settlement Agreements Resulting from International Commercial Mediation*, Mediate.com, julio 2015.

<sup>513</sup>WOOLFROD, A., & RATNER, R.S., *Selling Mediation, the marketing of alternative dispute resolution*, *Peace and Conflict Studies Journal*, 2005, págs. 1-21.

<sup>514</sup>ZATO ETCHEVERRÍA, M., *cit.*, págs. 72-83 lo recoge así,"Por todo lo visto, podemos afirmar que la mediación se ha extendido de manera desigual por el mapa europeo, si bien en ningún país miembro (a excepción de Italia durante el período en que

así en el Considerando 7, en el que subraya la necesidad de contar con un marco jurídico predecible para promover el uso de la mediación. Es cierto que la Directiva de Mediación se refiere principalmente a la normativa reguladora del proceso civil, pero eso no nos debe impedir darnos cuenta de que la reforma de otras normas jurídicas también puede suponer un

---

la instauró como obligatoria), lo ha hecho de manera satisfactoria. Vemos que los Estados ofrecen incentivos escasos en los pocos casos en que ofrecen alguno. La mediación debería estar bonificada de alguna manera para estimular su expansión, bien en forma de reducción de costes, ofrecer alguna subvención, o algún tipo de bonificación.

Como sugerencias, recogemos algunas ideas concretas de personas relevantes en el mundo de la mediación, en sus intervenciones en la Mesa Redonda habida en el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid el día 22 de abril de 2015,

Según ANA CARRASCOSA, miembro del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ, España), es imprescindible educar en la cultura de la paz. El Consejo tiene un proyecto de convenio con educación para acercar en los colegios la Justicia a los niños. Por otro lado, afirma que la jurisdicción es muy cara, un verdadero despilfarro de recursos. En España, tras cuarenta años de dictadura que ahogaron la participación popular, con la democracia se pasó a judicializar todo. Desde el Consejo intentan fomentar la mediación, conscientes de que los jueces podrían ser una locomotora del desarrollo de la mediación, como lo son, de hecho, en los países donde está extendida. El consejo está firmando convenios con las Comunidades Autónomas para intercambiar datos y experiencias y formalizando el compromiso de ambos en cuanto a colaborar en formación y dotación de medios.

JAVIER GARBAYO, Director General de la Fundación Notarial Signum para la Resolución Alternativa de Conflictos y representante de Instituciones de Difusión de la Mediación (IDM), a la pregunta de qué cree que puede hacerse para difundir la mediación, responde que la sociedad desconoce sus ventajas y sus beneficios, asegura que IDM va a intentar presionar a los órganos administrativos para acelerar el proceso de expansión de la mediación, porque lamentablemente, no se ha podido convencer a la clase política del rédito que le supondría su expansión. Opina que deberían hacerse campañas de difusión, así como crear incentivos para fomentar el uso de la mediación previa al juicio.

Luis Aurelio GONZÁLEZ MARTÍN, hasta hace poco Magistrado del Juzgado nº 73 de Primera Instancia de Madrid, hace hincapié en que el éxito sería fomentar la mediación previa al inicio del litigio judicial, ya que, una vez iniciado, la situación es ya más complicada, y la comunicación se ha hecho mucho más difícil. Considera que la clase política española tiene que empezar a esforzarse en la divulgación de la mediación, porque, aparte de las consabidas ventajas, el particular se queda muy satisfecho cuando alcanza una solución pacífica.

En cuanto a la obligatoriedad de la mediación y la voluntariedad como esencia de la misma, no son términos incompatibles, ya que a lo que se obliga es a acercarse a la mediación, a conocerla, a saber cuáles son sus ventajas.

Así las cosas, estamos de acuerdo con el Consejo Europeo en que debemos hacer algún esfuerzo por divulgar la mediación, ya no sólo por los numerosos beneficios que para las partes supone, sino para los beneficios económicos que supondría para los Estados, y estos beneficios son concretos, reducción del número de litigios que llegan a los juzgados, agilización de los mismos, y la consiguiente reducción de costes de la Administración de Justicia.”

estímulo a las partes para mediar y, en todo caso, ser conscientes de que existen algunas que, lejos de suponer un estímulo pueden llegar a constituir un freno.

Es el caso del artículo 7 d) de la Ley 35/2006 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que establece que quedan exentas de tributación las indemnizaciones obtenidas como consecuencia de responsabilidad civil por daños personales, en la cuantía legal o judicialmente reconocida.

La interpretación literal de este artículo ofrece pocas dudas: las indemnizaciones pagadas a las víctimas por los daños causados en cualquier tipo de accidente en el que haya un responsable civil solo quedarán exentas en los casos en los que se determine legalmente su cuantía o cuando ésta se establezca judicialmente. Quedarían fuera de esta exención aquellas indemnizaciones que fueran fruto de una mediación establecida al margen de un procedimiento judicial.

Esto podría parecer un contrasentido ya que, tal como se indica en el Preámbulo de la Ley de Mediación, una de las funciones del Estado de Derecho es la de garantizar la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos. Y, como ya hemos tenido oportunidad de comentar, la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos va más allá de la mera judicialización de los conflictos<sup>515</sup>. En esta línea, los sistemas alternativos de solución de conflictos, y en especial la mediación cobran especial relevancia en los últimos años como instrumento de la Administración de Justicia<sup>516</sup>.

---

<sup>515</sup>ALASTREY GRACIA, "Translación...", *cit.*

<sup>516</sup>En España la Judicatura ha promovido intensamente la mediación, estableciendo acuerdos y apoyando proyectos pilotos para la promoción de la mediación en diversos juzgados –proyectos de los que ya hemos tenido la oportunidad de hablar en este trabajo– desde, al menos, el año 2010. La página web del Consejo General del Poder Judicial

En el apartado II del Preámbulo se indica que la aprobación de esta Ley pretende asegurar "su conexión con la jurisdicción ordinaria, haciendo así efectivo el primero de los ejes de la mediación, que es la desjudicialización de determinados asuntos, que pueden tener una solución más adaptada a las necesidades e intereses de las partes en conflicto que la que podría derivarse de la previsión legal".

El mismo Preámbulo, en su apartado III, explica la voluntad legislativa de favorecer la implantación de la mediación a través del establecimiento de un marco flexible que promueva que el recurso a dicho sistema de solución de conflictos no tenga repercusión en costes procesales ni se permita su planteamiento como una estrategia dilatoria del cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes. Así se establece la suspensión de la prescripción, o el establecimiento de un procedimiento flexible, de fácil tramitación y de corta duración.

Por otro lado, la Directiva de Mediación, establece en su Considerando 19 que la mediación no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial por el hecho de que el cumplimiento del acuerdo resultante

---

ofrece al ciudadano un importante soporte informativo sobre mediación, desde la explicación de en qué consiste hasta una relación de Juzgados que ofrecen mediación (tanto en materia civil y mercantil como en familia, penal, laboral y contencioso-administrativo) y servicios de mediación en las distintas Comunidades Autónomas. Para impulsar el recurso a la mediación, cuya oferta es todavía muy irregular, una de las últimas iniciativas del Consejo General del Poder Judicial ha sido la firma de un Acuerdo de Colaboración con el Ministerio de Justicia para la promoción de la mediación, el 27 de abril de 2015. En dicho acuerdo los firmantes se posicionan claramente en favor de esta interpretación amplia del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, "Las partes comparten una apuesta por un modelo de Administración de Justicia que incorpora plenamente la mediación y cualquiera otro sistema de resolución pacífica de conflictos como alternativa o como complemento al proceso judicial, con el fin de procurar una gestión eficaz, rápida y satisfactoria del mismo y garantizar el acceso a la justicia, entendido como un derecho fundamental".

dependa de la voluntad de las partes, por lo que se obliga a los Estados miembros a asegurar la ejecutabilidad de los acuerdos de mediación.

De acuerdo con la Ley de Mediación, el procedimiento de mediación puede iniciarse de mutuo acuerdo por las partes, con independencia de la existencia de un procedimiento judicial, o bien, una vez iniciado éste. En ambos casos el procedimiento es idéntico. El acuerdo de mediación, que se toma por las partes sin que exista facultad decisoria de un tercero, tiene la misma validez en ambos casos. La Ley solo distingue el modo en el que el acuerdo alcanza su fuerza ejecutiva:

- i) En el caso de que la mediación se haya iniciado al margen de un procedimiento judicial, el acuerdo deberá elevarse a escritura pública.
- ii) En el caso de que con carácter previo se hubiera iniciado un proceso judicial, el acuerdo podrá ser homologado por el Tribunal competente para conocer de pleito.

Teniendo en cuenta todo esto, ¿tiene lógica interpretar que la exención fiscal solo se predica de las indemnizaciones acordadas judicialmente o, por el contrario, deberíamos entender que las que son fruto de un acuerdo de mediación también deberían beneficiarse del mismo tratamiento? Desde nuestro punto de vista, la tiene, si entendemos el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva en sentido amplio<sup>517</sup>.

La Dirección General de Tributos se ha pronunciado ya sobre la interpretación del artículo 7 de LIRPF. Según las Consultas Vinculantes

---

<sup>517</sup> MORALES FERNÁNDEZ, M.G., La mediación, contenido de la tutela efectiva, en LAUROBA LACASA, M.E. y ORTUÑO MUÑOZ, P. (Coord.), *Mediación Es Justicia.. Op.cit.*, págs. 99-107.

V704/2013 y V0376/2014), la expresión “judicialmente reconocida” no se limita a la cuantificación en resolución dictada por un juez o tribunal, sino que se puede afirmar que ampara también aquellos casos en los que exista una aproximación voluntaria de las partes en conflicto, siempre que haya algún tipo de intervención judicial, tales como acto de conciliación, renuncia, desistimiento y transacción judicial.

Esta interpretación ampara los acuerdos alcanzados en mediaciones “intrajudiciales”, esto es, cuando la mediación se produce una vez iniciado un procedimiento judicial. Según lo dispuesto en el artículo 19.2 de la LEC, en la redacción dada por la Ley 5/2012, en el caso de llegar a un acuerdo a través de mediación, siempre que este se hubiera iniciado una vez que las partes deciden acudir a un procedimiento judicial, éste puede ser objeto de intervención judicial mediante auto de homologación por el tribunal que esté conociendo del litigio. Por lo tanto, de acuerdo con el artículo 7 d) de la Ley 35/2006, la indemnización por daños personales fijada en un acuerdo de mediación que sea homologado en un auto judicial se considera exenta de tributación,

Sin embargo, no podemos asegurar que la misma indemnización, fijada en un acuerdo de mediación que se tome sin haber iniciado previamente un proceso judicial pueda beneficiarse del mismo tratamiento fiscal, sino que quedaría sujeta a tributación por IRPF. Se otorga, por tanto, una clara ventaja fiscal a aquellos acuerdos establecidos en sede judicial.

Con el fin de garantizar que el recurso a la mediación no se considere una alternativa menos recomendable frente a un proceso judicial y evitar el uso del procedimiento judicial como vía para obtener un acuerdo fiscalmente más favorable, debería equipararse la indemnización por daños personales fijada en un acuerdo de mediación que cumpla con lo dispuesto en la Ley

de Mediación a la indemnización "judicialmente reconocida", toda vez que el impulso a la mediación tiene como finalidad, entre otras, la desjudicialización de determinados conflictos. Finalidad que puede quedar en entredicho si no se aclara el régimen fiscal de las indemnizaciones fruto de acuerdos de mediación.

Ante esta creemos que comprensible duda y con el fin de conocer el tratamiento fiscal que tendría la indemnización por daños personales tomada en un acuerdo de mediación iniciado por las partes de mutuo acuerdo, sin la existencia de un previo procedimiento judicial, hemos planteado una Consulta sobre esta cuestión a la Dirección General de Tributos, sin que hasta la fecha hayamos obtenido respuesta.

## 7. Mediación concursal ¿una alternativa útil y eficiente?

El acuerdo extrajudicial de pagos no es, claramente, mediación de conflictos en sentido estricto<sup>518</sup>, pero sí que constituye un muy útil y eficiente método alternativo para intentar la solución negociada de situaciones de insolvencia inminente o actual. Además, las habilidades y capacitación que deben adquirir los mediadores de conflictos durante su formación, coinciden con las que habrán de utilizar los mediadores concursales para realizar las actividades y lograr los fines que la ley les encomienda<sup>519</sup>. Reflexionamos en este apartado sobre estos paralelismos (mediación/acuerdo extrajudicial y mediador/mediador concursal)

---

<sup>518</sup> La propia norma confunde la figura del mediador y del negociador, como acertadamente indica SANJUÁN Y MUÑOZ, E., "La naturaleza jurídica del mediador concursal, sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia" en *Diario La Ley*, No 8230, Sección Tribuna, 16 Ene. 2014, pags, 3.

<sup>519</sup> SANJUÁN Y MUÑOZ, *cit*, p.4, "La figura es híbrida por tanto. No solo impulsa formalmente el proceso sino que interviene activamente (pro-activo) en la propuesta de solución (plan de pagos y propuesta de viabilidad) y además controla el cumplimiento o incumplimiento del acuerdo final."

concluyendo sobre las ventajas que en la práctica implicará acudir a un tercero neutral para intentar evitar en determinadas situaciones de insolvencia el recurso al concurso. Comenzamos por resumir la regulación legal del acuerdo extrajudicial de pagos.

#### A. El procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos

La Ley 14/2013 de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización tiene como finalidad apoyar y proteger la iniciativa y la actividad empresarial y a los empresarios a los que denomina “emprendedores”. La voluntad de legislador es que este apoyo se extienda, no solo a facilitar la creación y el desarrollo de proyectos empresariales, sino especialmente a favorecer la viabilidad de estos proyectos en momentos de crisis. Con este objetivo incorpora, desde el Derecho comparado, y a través de la modificación de la Ley Concursal<sup>520</sup> (en adelante LC), mediante la creación de un nuevo Título X (Arts. 231 a 241), el “Acuerdo extrajudicial de pagos” e introduce la figura del mediador concursal.

Un análisis de las fases e incidencias previstas para en el desarrollo del acuerdo extrajudicial de pagos, nos permiten concluir las diferencias en su naturaleza y dinámica con la mediación. Para una mejor comprensión de las reflexiones que seguirán en los siguientes apartados, resumimos aquí, de forma esquemática el procedimiento:

---

<sup>520</sup> Ley 22/2003, de 9 de junio, modificada por la Ley 14/2013 de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, que incluye la regulación del acuerdo extrajudicial de pagos, modificado a su vez por la Ley 9/2015, de medidas urgentes en materia concursal.



i. Solicitud de nombramiento de mediador concursal.

Sin perjuicio de ciertas prohibiciones previstas, se puede instar por el empresario persona natural, el profesional o el trabajador autónomo que, teniendo un pasivo inferior a cinco millones de euros, prevea que no va a poder cumplir con sus obligaciones (insolvencia inminente), o se encuentre ya en situación de insolvencia (actual). Se extiende la posibilidad a las personas jurídicas en estado de insolvencia, si de declararse en concurso, no revistiera especial complejidad, disponga de activos líquidos para pagar los gastos del acuerdo y su patrimonio e ingresos permitan anticipar que podría lograrse el acuerdo. Desde el 1 de marzo de 2015<sup>521</sup> se amplía el ámbito del acceso al procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos a las personas físicas en las que no concurra la condición de empresario individual, profesional o trabajador autónomo, con lo que el ámbito objetivo de actuación alcanza no solo el profesional/empresarial sino también la economía privada.

Dado que el acuerdo extrajudicial de pagos comparte con los acuerdos de refinanciación la consideración de recurso preconcursal, resulta incompatible con la admisión a trámite de la solicitud de concurso de acreedores, y con el inicio por el deudor del proceso negociador para la consecución de un acuerdo de refinanciación susceptible de homologación judicial. Aunque el deudor puede continuar con su actividad, presentada la solicitud ha de abstenerse de realizar *cualquier* acto de administración y disposición que exceda los actos u operaciones propias del giro o tráfico de su actividad.

---

<sup>521</sup> Fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social,

## ii. Nombramiento de un mediador concursal.

Lo realiza el Registrador Mercantil o por el Notario del domicilio del deudor según sea empresario o entidad inscribible o no. El nombramiento recaerá en el mediador concursal o centro de mediación que por orden corresponde en la lista oficial del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia. La modificación de la LC aprobada en febrero de 2015 habilita también a las Cámaras de Comercio para gestionar la solicitud de mediación concursal, en el caso de empresario persona física o de personas jurídicas. En estos supuestos la propia Cámara hará la función de mediador y nombrará una comisión que tiene que estar integrada al menos por un mediador concursal.

## iii. Aceptación del mediador concursal

Aceptación del nombramiento por mediador concursal. En lo no regulado el régimen aplicable a los mediadores concursales es el de los expertos independientes.

## iv. Notificaciones a registros e instituciones

Notificación por el registrador o notario a los registros públicos de bienes para hacer constar el nombramiento mediante anotación preventiva, Registro Civil y resto de registros públicos, al Juez competente para la declaración del concurso, Agencia Estatal de la Administración Tributaria y Tesorería General de la Seguridad Social y representantes de los trabajadores, si los hubiere. También ordenarán su publicación en el Registro Público Concursal.

#### v. Comprobación de créditos y convocatoria de Reunión de Acreedores

El mediador concursal procederá a la comprobación de la existencia y cuantía de los créditos en los 10 días siguientes a aceptar el cargo y a la convocatoria del deudor y de los acreedores que puedan verse afectados por el acuerdo a una reunión. Se excluye de la convocatoria a los acreedores de derecho público.

#### vi. Elaboración de un Plan de Pagos y de viabilidad.

Al menos 20 días antes de la celebración de la reunión, procederá el mediador concursal el mediador concursal con consentimiento del deudor a remitir a los acreedores un Plan de Pagos, plan de viabilidad, propuesta de cumplimiento incluyendo cantidad en concepto de alimentos para el deudor y un plan de continuación de la actividad.

#### vii. Celebración de la Reunión de Acreedores

La Reunión de los Acreedores habrá de celebrarse en el plazo de dos meses desde la aceptación del cargo. Tendrá como finalidad alcanzar un acuerdo de pago y durante la misma se podrán modificar los planes de pagos y de viabilidad. Se entenderán aceptados si votan a favor acreedores que representen el 60 % del pasivo que pudiera verse afectado por el acuerdo extrajudicial de pagos cuando la propuesta contenga esperas no superiores a 5 años, quitas de hasta el 25%. o conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo o el 75% del pasivo que pudiera verse

afectado por el acuerdo extrajudicial de pago cuando la propuesta contenga esperas superiores a 5 años o quitas superiores al 25%.

Si no se logra un acuerdo mediador solicitará la declaración de concurso sucesivo.

#### viii. Formalización y notificaciones

El mediador concursal procederá a la elevación a Escritura Pública del Acuerdo. El notario realizará las comunicaciones a juzgados y registros y para su publicación en BOE y Registro Público Concursal. Una nueva sección en el Registro Público Concursal (RD 892/2013) garantiza la publicidad para terceros de las distintas fases e incidencias posibles del procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos (solicitud, homologación, acuerdo, imposibilidad de acuerdo, cumplimiento e incumplimiento).

#### ix. Supervisión del cumplimiento

El mediador concursal deberá supervisar el cumplimiento del acuerdo. De cumplirse lo hará constar en un Acta Notarial de Manifestaciones que se publicará. De no cumplirse el acuerdo, habrá de instar el concurso sucesivo del que será administrador concursal.

### B. Mediación concursal vs. Mediación

A pesar de que la mediación sirve como base e inspiración para construir el novedoso concepto de mediación concursal, es necesario puntualizar las

diferencias sustanciales que existen entre ambas figuras. El concepto de mediación viene definido por la LM como *"la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución de 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 mediación se fundamenta, por tanto, en el principio de voluntariedad y libre decisión de las partes, y en la intervención de un mediador, del que se pretende una participación activa y orientada a la solución de la controversia por las propias partes. Del principio de voluntariedad se desprende que no existe ninguna obligatoriedad legal o procesal de llevar a cabo una mediación. Aunque pueden existir pactos escritos por los que las partes se obliguen mutuamente a iniciarla, ninguna de las partes está obligada a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a llegar a un acuerdo. Por otro lado, las partes pueden elegir libremente el mediador o la institución de mediación antes la que quieren realizar la mediación, sin que la derivación judicial pueda ir más allá de una mera recomendación de asistencia a una sesión informativa concreta.

En cambio, en este novedoso procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos, que debe ser dirigido por un mediador concursal, el inicio del procedimiento es facultad del deudor, sin que sea necesaria la existencia de un acuerdo previo con los acreedores. Estos, por el contrario, se ven obligados a acudir a este procedimiento y su pasividad (inasistencia de la reunión de los acreedores y falta de manifestación de aprobación u oposición al plan de pagos) se castiga con una devaluación en la calificación de sus créditos. Tampoco deudor y acreedores tienen la posibilidad de nombrar de mutuo acuerdo al mediador concursal, sino que éste es designado por el registrador mercantil o por el notario –dependiendo

de que el deudor sea persona física o jurídica- según el turno que corresponda de entre los mediadores inscritos en el Registro de Mediadores Concursales.

Igualmente, al contrario que en la mediación convencional, el proceso, una vez iniciado, está inequívocamente enfocado a la consecución de un acuerdo, ya que su no consecución es penalizada –tanto para las partes como para el mediador- pues de no alcanzarse, el mediador concursal será nombrado administrador del procedimiento judicial de concurso consecutivo (inciso 1º del apartado segundo del artículo 242 del nuevo Título X de la LC), sin retribución adicional.

Esto implica que el papel activo que ostenta el “mediador concursal” deba ser distinto del que desarrolla el mediador en los procesos civiles y mercantiles. En estos últimos, el mediador adopta una postura neutral, en la que acerca las distintas posturas para que sea posible un acuerdo, sin que deba ofrecer una solución sobre el asunto que se dirime. Frente a esta figura, el mediador concursal, que debe ser también experto en el proceso concursal, ostentará el control del mismo, desde la fase inicial de comprobación de la existencia y cuantía de los créditos, pasando por la elaboración de la propuesta de acuerdo, hasta culminar en la convocatoria de los acreedores a una reunión para debatir y aceptar, o modificar el acuerdo. Es evidente que, así como en la relación del mediador con las partes, deben primar los principios de imparcialidad y neutralidad (recogidos en los artículos 7 y 8 de la LM), en el procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos el mediador no asume ningún deber de imparcialidad y equilibrio respecto a las posiciones de las partes, ya que la finalidad no es que las partes logren sus propio acuerdo, sino obtener un acuerdo que permita la viabilidad de la empresa lo que, de algún modo, pone al mediador más cerca del deudor que de los acreedores ni, por supuesto, de

neutralidad, puesto que el mediador concursal es quien debe presentar el plan de pagos y el de viabilidad, que aunque deban ser consentidos por el deudor –que es quien tendrá que ejecutarlos- pueden –y serán, probablemente- diseñados por el propio mediador concursal<sup>522</sup>.

La regulación procedimental del acuerdo extrajudicial de pagos establece, además, claros límites a la flexibilidad que caracteriza la mediación, tanto temporales, relativos al plazo para elaborar el plan de pagos y al período de espera, como restricciones al propio contenido del acuerdo (artículo 236 LC).

Para PRATS ALBENTOSA, esta minuciosa regulación ensombrece la actividad propia del mediador, y en ello cabe encontrar una razón a que la introducción de la figura del mediador sea objeto de crítica, cuando no de desprecio, por considerar que es un sucedáneo de administrador del concurso, cuando no un “intruso” en su esfera de influencia, si bien considera que la norma reserva al mediador un amplio y muy importante ámbito para que despliegue sus particulares habilidades profesionales durante las sesiones a celebrar entre el deudor y sus acreedores, a fin de afrontar con éxito la superación del problema. Desde luego, la norma aboca

---

<sup>522</sup> Así lo explica SANJUÁN Y MUÑOZ, *cit.*, p.8, “El impacto de la aparición de la mediación (en los términos legalmente desarrollados) en la insolvencia incrementa la necesidad de especialización en conocimiento de estrategias y técnicas de negociación, en modelos e instrumentos de mediación, en técnicas de programación neurolingüística (PNL) o en materia de toma de decisiones en condiciones de incertidumbre (heurística de los juicios). Pero el objetivo parte de una premisa inicial, se trata de un empresario que se encuentra en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el art. 2 LC, o que prevé que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones. Como solución —de entre las posibles— está la de alcanzar, respecto de sus obligaciones, un acuerdo con sus acreedores (o varios) que permita el cumplimiento de las mismas sin acudir al proceso de insolvencia; al que remediamente irá si no es posible ese acuerdo o si finalmente es incumplido. El mediador se convierte (por regla general) en administrador concursal y por tanto desde la especialización (art. 27 LC) en la materia a través de la formación y la experiencia. Las instituciones de insolvencia se vinculan al proceso de mediación, al acuerdo y a su posterior incumplimiento o imposibilidad.”

directamente la intervención mediadora a la perfección del Acuerdo Extrajudicial de Pagos y de los diversos acuerdos y planes que en él se contienen. Por tanto, en cada conversación o reunión, el mediador tendrá la oportunidad de aplicar su técnica, bien diferente a la del administrador del concurso, en tanto que orientada, siempre y en todo caso, a que las partes, por sí mismas, sean capaces de hallar la mejor solución posible para la solución del conflicto, es decir, para la satisfacción de los intereses, tanto de los acreedores como los del deudor, ante el cambio sustancial del patrimonio de este respecto del momento de nacimiento de los créditos, creando una regla, adoptando unos compromisos que puedan ser asumidos por todos, y que propicien que, tras la mediación, resulte un deudor patrimonialmente “vivo”, con capacidad para reincorporarse con celeridad a la actividad comercial y financiera,<sup>523</sup>.

Como vemos, la mediación concursal no se adecúa a ninguno de los principios informadores de la mediación, por lo que, más que como un tipo de mediación con características peculiares, deberíamos hablar un método alternativo de solución de conflictos independiente, que permite alcanzar una solución negociada ante la situación de crisis de la empresa<sup>524</sup>.

No obstante, como hemos visto, en la mediación concursal es posible beneficiarse de las ventajas que ofrece la mediación como herramienta para resolver conflictos. Aun cuando sea necesario ceñirse a los plazos y términos establecidos en la LC, el diseño del acuerdo extrajudicial de pagos permite encajar, en todo lo que no está estrictamente regulado, el carácter extraordinariamente flexible de la mediación, así como sus técnicas a la

---

<sup>523</sup> PRATS ALBENTOSA, L. "La Mediación en el pre-concurso", en *Revista de Mediación* 2014, vol. 7, nº1, pág. 78.

<sup>524</sup> Como indica SANJUAN Y MUÑOZ, *cit.*, p. 9 nos hallamos ante una nueva categoría en la mediación que hasta ahora era desconocida en nuestro derecho (y también en el derecho comparado) que la literatura (jurídica, económica, psicológica) deberá desarrollar."



resolución de los conflictos, lo que puede convertir a la mediación concursal en una gran alternativa al concurso de acreedores<sup>525</sup>.

Así lo entiende PRATS ALBENTOSA, que considera que la inserción de la mediación entre los medios para la evitación del concurso de acreedores debe ser celebrada y respaldada. Y resalta como, con esta modificación de la LC; se pretende provocar un cambio importante en la idiosincrasia de quienes se califican de “concurralistas”, o expertos en el proceso concursal y sus vericuetos y en la administración del concurso, a fin de que aborden la crítica situación patrimonial del deudor, en primer término, desde la posible solución pactada, antes que desde el rigor del proceso. Y, además, permitirá que los deudores no queden bajo el estigma histórico de ser unos presuntos defraudadores por no poder atender al pago de sus deudas, sino como alguien que se encuentra en una situación, en ningún caso, querida, propia del riesgo de la actividad emprendida, de la que pretende salir con rapidez y con la dignidad de haber llegado a tejer una “buena” solución, la solución óptima para todos ante la situación patrimonial del deudor. “<sup>526</sup>

---

<sup>525</sup> SANJUAN Y MUÑOZ, *cit.*, pág.9, “No es por tanto (o no solo) el mediador civil y mercantil de la Ley 5/2012 o de la Directiva 2008/52/CE . No está (o no solo) sujeto exclusivamente al estatuto y estatus previsto en dicha norma o en el Código de conducta europeo para mediadores (27). Es también, como su apellido nos dice, «mediador concursal» o «mediador en supuestos de insolvencia». El mediador aparece entonces a partir de la institución «Acuerdos Extrajudiciales de Pago»; y la institución se define en la exposición de motivos con el objetivo de «garantizar que el fracaso no cause un empobrecimiento y una frustración tales que inhiban al empresario de comenzar un nuevo proyecto y pase a ser un medio para aprender y progresar».

<sup>526</sup> PRATS ALBENTOSA, *cit.*, p. 78. En el mismo sentido, respecto a la intermediación hipotecaria se pronuncia ALAUSTREY GRACIA, R, "La mediación ante la ejecución hipotecaria: una oportunidad para la dignidad, un ejercicio de responsabilidad social", en *El Notario del Siglo XXI*, 2012, nº 45, pág. 14, “En definitiva, la mediación en los casos de imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones garantizadas con hipoteca se advierte como un método que reintegra valor y dignidad tanto a las personas deudoras como a la banca y su negocio.”

### i. Cultura de cooperación

La filosofía que subyace en la resolución de la insolvencia mediante el concurso de acreedores es la "cultura del litigio", es decir, la concepción del conflicto como contraposición de intereses, como una confrontación meramente bilateral, que debe dirimirse mediante un proceso judicial que "cierre" el conflicto al coste económico y personal que sea. En contraste con este enfoque, la mediación concursal se basa en identificar objetivos comunes para las partes y gestionar creativamente el conflicto, de forma que se mantenga la actividad económica del deudor, no se erosionen las relaciones entre las partes y el proceso devenga en mayores beneficios a medio y largo plazo para todas ellas.

Los problemas de insolvencia de una empresa pueden generar conflictos de gran complejidad técnica, por la pluralidad de partes e intereses involucrados. La mediación concursal, dado su carácter cooperativo, está diseñada para identificar los intereses de las partes, y utilizar las habilidades tanto técnicas como de persuasión del mediador concursal, con el fin de lograr un acuerdo. Para ello, el plan de pagos debe incluir proposiciones atractivas para los acreedores, en ocasiones diferenciadas para unos y otros, y debe, además, resultar factible para el deudor. De este modo, no sólo aumentará la probabilidad de que el plan de pagos se apruebe sino, de que se cumpla, como acertadamente ha apuntado el Grupo de Trabajo sobre Mediación y Concurso, constituido por el Club Español de Arbitraje, en su documento de trabajo fechado en marzo de 2013, que aún no ha sido objeto de publicación<sup>527</sup>.

---

<sup>527</sup>"La mediación en la fase de acuerdo extrajudicial de pagos". CLUB ESPAÑOL DE ARBITRAJE. Documento de trabajo del Grupo de trabajo "Mediación y Concurso", 20 marzo 2013.

## ii. Mantenimiento del control

Ligada a la flexibilidad que ofrece la mediación para solucionar conflictos de diversa complejidad, encontramos otra ventaja del proceso de mediación concursal, que es la capacidad que ostentan las partes de mantener el control sobre el conflicto, ya que, aunque el acuerdo sea propuesto por el mediador concursal, en última instancia está en manos de las partes decidir si adoptan o no el acuerdo que se les plantea para solucionar la deuda<sup>528</sup>

## iii. Control del riesgo reputacional

Por otra parte, es conveniente resaltar que la reputación es un activo de vital importancia para cualquier empresario o emprendedor, tanto para su posicionamiento en mercados cotizados, como de cara a futuros acreedores que financien su actividad. En este sentido, resulta muy sensible para las empresas reconocer que se encuentran una situación de insolvencia inminente, por lo que a la hora de gestionar el conflicto de liquidez, es fundamental que éste no trascienda entre las empresas del sector. La mediación concursal ofrece una gran protección de la imagen, pues el mediador está obligado a mantener la confidencialidad mediante un uso asimétrico de la información de las partes. Quizás en el ámbito empresarial éste sea un factor de peso a la hora de elegir este modelo. No obstante, en los casos en que el proceso de negociación extrajudicial finaliza sin llegar a un acuerdo, se puede plantear un conflicto entre el deber de confidencialidad del mediador y su posterior papel como administrador concursal, al que haremos alusión en los párrafos finales.

---

<sup>528</sup>BARONA VILAR, S., *Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación*. Universidad Católica del Norte. Sección, Ensayos. Año 18 - Nº 1, 2011. pp. 185-211.

#### iv. Preservar las relaciones comerciales

Por último, la mediación concursal permite reconducir la situación de crisis de la empresa de forma que las relaciones comerciales de las partes se mantengan y si es posible, incluso, salgan fortalecidas. Este aspecto es esencial si lo que se pretende es que la empresa pueda mantenerse en el tráfico.

#### C. La figura del mediador concursal

Una vez visto el procedimiento, queda claro que el mediador concursal es una figura híbrida, es un técnico en materia concursal, pero es también un negociador. En consecuencia, debe poseer una formación específica en las áreas de Derecho y Economía, pero además debe tener formación y experiencia en mediación. Sus dotes de negociación y comunicación serán de gran utilidad para aproximar las posturas del deudor y de sus acreedores, y equilibrar el poder entre las partes.

Cuando hablamos de mediación concursal estamos haciendo referencia a una solución para el conflicto de la insolvencia que utiliza una estrategia dual, pensando en las dos partes. Éstas deben implementar una estrategia de cooperación dirigida a la consecución del acuerdo más satisfactorio para todos. En eso radica la esencia de la mediación: en que las partes, en un principio confrontadas, se conviertan en cooperadoras, y para ello es fundamental el control del lenguaje del conflicto, que es el que las partes, al menos inicialmente, van a utilizar<sup>529</sup>. El papel de los abogados así como el del mediador concursal debe quedar bien definido desde el principio,

---

<sup>529</sup> Cfr. ORTUÑO MUÑOZ P., "Artículo 1. Concepto" en CASTILLEJO MANZANARES, R., *Op. cit.* pág. 23.

estableciéndose en el marco de la colaboración y la cooperación de buena fe. Es imprescindible para los mediadores concursales, y altamente recomendable para los letrados que participen en el acuerdo extrajudicial de pagos, la formación en métodos alternativos de solución de conflictos que vayan más allá de la mediación.

Aunque las aptitudes, formación y experiencia del mediador concursal son cruciales a lo largo de todo el procedimiento, en un sentido práctico, sus competencias y habilidades se desarrollan de distinta forma en los diferentes "momentos" del proceso.

Desde que el mediador concursal acepta el nombramiento, y durante la etapa de elaboración del plan de pagos y viabilidad, es primordial que trabaje para identificar los objetivos y beneficios que sean comunes a las partes: sólo así podrá elaborar una propuesta que despierte el interés de todos. Pero además es imprescindible que el mediador aproveche al máximo sus conocimientos jurídicos, económicos y financieros para que la propuesta de acuerdo sea viable. También en relación con el acuerdo de pagos se requiere que el mediador concursal sea creativo, con el fin de llegar a acuerdos novedosos, diseñados para cada caso concreto, con los que todas las partes resulten satisfechas.

En este punto, es necesario señalar que la brevedad de plazos establecida por la Ley, obliga al mediador a desarrollar una actividad casi frenética, ya que prácticamente en 30 días, tendrá que conocer con exactitud la situación de la empresa y formular la propuesta de acuerdo. La rigidez de los plazos que establece la norma unida a las ya comentadas restricciones a los contenidos del acuerdo, constituyen las limitaciones más importantes al desarrollo de las funciones del mediador.

La segunda coyuntura idónea para el desarrollo de la función mediadora es la reunión con los acreedores. Todas las cualidades de un buen mediador deben desplegarse en dicha reunión. Inicialmente el mediador concursal debe lograr que las partes confíen en su figura como elemento neutral en el conflicto. A partir de ahí, debe hacer uso de sus facultades de persuasión y de sus conocimientos en técnicas de solución de conflictos, para convencer a las partes de las ventajas de adherirse al acuerdo. A pesar de que esta reunión determina el curso posterior del proceso, la norma no recoge una regulación detallada de la misma. Sin embargo la ausencia de regulación expresa puede entenderse, más que como inconveniente, como una ventaja, al permitir que el mediador configure su contenido y duración (una o varias sesiones) en aras de lograr un desenlace efectivo de la misma, y evitar que quede reducida a un mero recuento de votos.

Una vez logrado el acuerdo, el mediador concursal tiene el deber de realizar un seguimiento del mismo para comprobar que se ejecuta. Las tareas de supervisión constituyen otra parcela de indefinición de la norma. No se precisa si las tareas se limitan a un mero seguimiento formal (control de los pagos y emisión de los correspondientes informes) o si existe espacio para que el mediador desarrolle, una vez más, sus funciones. Es decir, en caso de que se produzca incumplimiento del acuerdo ¿debe solicitar el mediador inmediatamente la declaración de concurso consecutivo? o antes bien ¿es lícito que el mediador intervenga acercando al deudor y los acreedores para reconducir el cumplimiento del acuerdo?.

Por último, y en el caso de que no llegue a alcanzarse un acuerdo, el mediador concursal pasará a ejercer de administrador concursal en el concurso consecutivo, lo que plantea dudas relativas a la obligación de confidencialidad impuesta durante el proceso de mediación. A este respecto ya existe un posicionamiento provisorio de los magistrados de lo mercantil

de Madrid, que han entendido que esta nueva figura reúne una serie de peculiaridades respecto a la del mediador común, y, en consecuencia, se pudiera derivar una exoneración legal implícita del deber de confidencialidad, pero aplicable específicamente respecto de la posterior actuación como administrador concursal, y no en otros aspectos<sup>530</sup> Desde otros sectores se aboga por la incompatibilidad funcional –que no orgánica– de las funciones de mediador y de administrador concursal.

#### D. Conclusión

La instauración del acuerdo extrajudicial de pagos ha suscitado a la par que interés, por las novedades que implica, algunas críticas. Así, se ha reprochado lo limitado del alcance de la norma, que en relación al presupuesto subjetivo discrimina, por trato desigual, a los deudores “no emprendedores” o consumidores<sup>531</sup>, cuando precisamente, ellos podrían beneficiarse de este modelo para resolver una situación de insolvencia. Por otro lado, se ha objetado imposibilidad de conciliación entre las normas que prevén la exoneración del pasivo de la persona física en los concursos “directo” y “consecutivo”<sup>532</sup>. Por último, como se mencionó anteriormente, se han censurado las restricciones a la flexibilidad propia del proceso de mediación que derivan de los límites en los plazos de quita y espera impuestos por la norma.

---

<sup>530</sup>Conclusiones sobre los criterios de aplicación de la reforma de la Ley de apoyo a los emprendedores, sobre cuestiones concursales. Adoptados en reunión de 11 de octubre de 2013, disponible en [www.icam.es](http://www.icam.es).

<sup>531</sup>PRATS ALBENTOSA L., “El acuerdo extrajudicial de pagos y la mediación concursal en la Ley de Emprendedores.” En *Abogacía Española*, noviembre de 2013, recuperado en <http://www.abogacia.es/2013/11/13/el-acuerdo-extrajudicial-de-pagos-y-la-mediacion-concursal-en-la-ley-de-emprendedores/>

<sup>532</sup>SENÉS C., “El acuerdo extrajudicial de pagos, ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?”, *Revista de Derecho Civil*. Vol. 1. número 1, 2014. pág.49-68.

A este respecto, y con objeto de resolver las supuestas carencias de que adolece la primera regulación, conviene tomar en consideración las enmiendas propuestas en sesión parlamentaria del 10 de julio de 2014<sup>533</sup>.

A pesar de lo anterior, resulta incuestionable que la resolución de los conflictos derivados de la insolvencia mediante un procedimiento<sup>534</sup> más ágil y menos costoso y, sobre todo, orientado a la viabilidad de la empresa, convierte al acuerdo extrajudicial de pagos en una alternativa muy útil frente al concurso de acreedores. No obstante, es necesario que quien esté al frente del procedimiento, se denomine mediador o neutral, cuente con suficiente formación en estos métodos, y con la sensibilidad imprescindible para poder adecuarlos a las necesidades del conflicto concursal.

---

<sup>533</sup> BOCG, serie A, 10 de julio de 2014, núm 89-2 (enmiendas núm VII, VIII, IX, X, LXIII y LXIV).

<sup>534</sup> Formularios procesales muy prácticos para utilizar en la tramitación de los acuerdos extrajudiciales de pagos en AZNAR GINER, E., *Mediación concursal, los acuerdos extrajudiciales de pago*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 135-194.



## CAPÍTULO VII

### MÁS ALLÁ DEL DERECHO

#### 1. Derecho total. Aproximación holística al Derecho

“La palabra que no va precedida y seguida del silencio es mera palabrería, no cumple su función que es comunicar”. Estas palabras que escuche pronunciar a Pablo D’Ors, autor de “Biografía del Silencio”<sup>535</sup>, querría sirvieran de marco a una reflexión en torno al cambio de cultura legal o de actitud de la sociedad frente al conflicto, pretendido y generado a través del desarrollo y promoción de los MASC. Frente al comentario generalizado de que hay mucha formación y poca mediación, el interrogante debiera ser ¿qué se pretendía y que se ha conseguido? La reflexión inicial y la reflexión final.

“Cuando calificamos una charla de *humor*, queremos decir que lo que sale de la boca del que habla no es más que eso: simple vapor. Su discurso es vacío, sin sustancia ni contenido. En consecuencia, su uso del lenguaje no contribuye al propósito al que pretende servir. No se transmite más información que la que el sujeto daría soplando<sup>536</sup>”.

En el origen no está el colapso, ni el retraso ni el mal funcionamiento de los tribunales, sino las propias ventajas que genera abordar la solución del conflicto desde la cooperación en vez de desde el enfrentamiento. Las ventajas de utilizar los métodos alternativos impiden que puedan ser “alternativos” y permiten que sean “complementarios”: las ventajas de su

---

<sup>535</sup> D’ORS, *Biografía del Silencio*. Siruela, Madrid, 2012.

<sup>536</sup> FRANKFURT, H.G., *On Bulshit. Sobre la Manipulación de la Verdad*, Paidós, Barcelona, 2006, pág. 53.

utilización derivan de ellos mismos y no de las desventajas de otros métodos; del uso de cada método derivan unas ventajas en función del tipo de conflicto, no son mejores que otros simplemente más adecuados para atender los intereses de las partes.

Se pretendía no incorporar una nueva herramienta de solución de conflictos más allá de los tribunales y la negociación, sino una nueva metodología para analizar y abordar los conflictos. Una metodología de la que surgen tantas herramientas como conflictos pues la gran ventaja es la adaptabilidad o la flexibilidad. La solución deriva de la forma de abordar el conflicto.

La introducción de esta nueva forma de abordar los conflictos en los planes de estudios de universidades, escuelas de negocio y escuelas de práctica jurídica generaría paulatinamente una nueva sensibilidad en torno a la necesidad de identificar y atender los intereses reales de las partes, un incremento en el valor añadido por quienes acompañan a las partes en la gestión de los conflictos y el desarrollo de estrategias de solución basadas más en la cooperación y alejadas de la confrontación<sup>537</sup>. Un nuevo paradigma del conflicto, una nueva cultura del conflicto, la concreción de aquella idea de “cultura de paz”. Tras la palabra, el silencio, y la pregunta debiera ser: ¿hemos avanzado?, ¿estamos llegando? ¿llegando adónde?, o mejor: ¿adónde queríamos llegar? El objetivo no era la mediación por la mediación, el objetivo era esa nueva cultura de solución de conflicto basada en la cooperación y que impregna la nueva cultura legal. Se trata de un acercamiento al entendimiento total y no parcial del conflicto, 360º, que facilite una solución total y no parcial, comprensiva de todos los intereses en juego de todas las partes en conflicto. BRETON<sup>538</sup> precisa: “La palabra

---

<sup>537</sup> Vid. VALLS RIUS; A., "Sistemas Mixtos de gestión colaborativa de conflictos" en *Materiales...*, *Op. cit.*, págs. 261-274.

<sup>538</sup> BRETON, P, *El arte de convencer. Las claves para argumentar y ganar una negociación*, Paidós, Barcelona, 2008, pág. 19.

argumentativa ha de existir por sí misma, con independencia de quien la emita, y tiene que poder circular y dirigirse a los demás. Lo único que se pide a la audiencia es que escuche, y eventualmente que se apropie de lo expresado, pero no que acepte además la personalidad del otro”. Y frente al uso del lenguaje absoluto afirmaba RAMPIN: “las palabras dotadas de poder *absolutizador* tienen escaso significado en la vida real de los seres humanos, donde muy son muy pocas las cosas que interesan *a todos* o *a nadie*, o que duran *siempre* o que no cambian *jamás*”<sup>539</sup>.

Cuando la doctora Christina M. Puchalski publica en 2001 “La Función de la Espiritualidad en el Tratamiento Médico”<sup>540</sup>, rescata para la medicina ese acercamiento de 360° al paciente que la introducción de la tecnología a lo largo del siglo XX había ido soslayando. Del paciente objeto se vuelve al paciente sujeto. La medicina total incorpora los elementos espirituales del ser humano en el tratamiento médico a través de “un modelo orientado al cuidado y al servicio del paciente más allá de un modelo tecnológico orientado a la curación” “...reconociendo que hasta la modernidad la espiritualidad estaba frecuentemente ligada al tratamiento médico” “...implica atender a la persona en su conjunto – lo físico, lo emocional, lo social y lo espiritual-“

Esta idea de “medicina total”, es una metáfora precisa del acercamiento que

---

<sup>539</sup> RAMPIN, M., *Vender la Moto. Trucos de Manipulación del Lenguaje*, Alianza Editorial, Madrid, 2008, pág. 128.

<sup>540</sup> Cfr. PUCHALSKI, C., "The role of spirituality in health care", en *Proceedings*, Baylor University Medical Center. 2001 Octubre, 14(4), “The technological advances of the past century tended to change the focus of medicine from a caring, service oriented model to a technological, cure-oriented model. Technology has led to phenomenal advances in medicine and has given us the ability to prolong life. However, in the past few decades physicians have attempted to balance their care by reclaiming medicine's more spiritual roots, recognizing that until modern times spirituality was often linked with health care. Spiritual or compassionate care involves serving the whole person—the physical, emotional, social, and spiritual. Such service is inherently a spiritual activity.” , recuperado en <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1305900/>.

el desarrollo de los MASC y del Derecho colaborativo<sup>541</sup> suponen para el conflicto y para el Derecho<sup>542</sup>. La dogmática que desde Harvard se comenzó a generar en torno a la negociación en base a intereses, tiene mucho que ver con rescatar la espiritualidad en el tratamiento médico y ese tratamiento integral del conflicto. El “bien morir” y la idea de “satisfacción de las partes” en la solución del conflicto parecen responder a un mismo paradigma metodológico. Hemos terminado aplicando unos métodos procesalmente tan formales, tan rígidos y “tecnológicos” para solucionar los conflictos que nos olvidamos de los intereses de las partes en conflicto para dotar de sustantividad propia al conflicto, a la enfermedad, alejada del paciente. El tratamiento invasivo, agresivo, tecnológico, debiera ser como es en medicina, “última ratio”, y no la norma. El Derecho total no hay que crearlo sino rescatarlo volviendo a lo que antes citábamos como “ecología procesal”, esa vuelta a la forma natural de solucionar los conflictos hablando, dialogando. Tras el dialogo, como instrumentos para la solución de conflictos, subyace un concepto fundamental: el de restauración de la dignidad humana sobre la base de la igualdad y que es ajeno a la heterocomposición donde la igualdad es una regla de juego y la solución encuentra su base en el poder. EMILIO CECCHI<sup>543</sup> relata en un ensayo que citaba al comenzar una preciosa escena para ilustrar este concepto, el apretón de manos de una mendiga tras recibir una limosna, para afianzar con ese apretón de manos una relación de dignidad, de igualdad humana:

“Tampoco olvidaré a la vieja india que, mientras, contemplando el tráfico, me sentaba a descansar en la escalinata de otra iglesia, se acercó para pedirme, por amor de Dios, una “limosnita”. Tenía la cara reseca y negra de

---

<sup>541</sup> En relación al Derecho colaborativo en España, cfr. SOLETO, H., "Presente y Futuro de la resolución de Conflictos", en SOLETO, H. (Dir), *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, *Op. cit.*, págs. 31-41.

<sup>542</sup> Sobre el concepto de mediación total, en paralelo al de Derecho total o medicina total, JARRET, B., *Op. cit.* págs. 37-82.

<sup>543</sup> CECCHI, E., *Op. cit.*, pág. 93.

las momias, y no se la podía mirar a los ojos. Le di lo máximo que pude, por un sentimiento de reverencia más que de compasión. Y entonces me preguntó si podía darme la mano. La limosna era mucha para su indigencia. Pero sobre todo lo que le importaba restablecer, afianzar, con ese apretón de manos, era una relación de dignidad, de igualdad humana.”

En una entrevista reciente<sup>544</sup>, PUCHALSKI fundadora y directora del Instituto George Washington para la Espiritualidad y la Salud, resumía así las ideas que ha venido plasmando en su práctica clínica y en su labor docente. Probablemente sustituir medicina por derecho y paciente por cliente nos permitan reconocernos:

-“¿Hay tiempo en la Medicina para dedicárselo a la espiritualidad?

El desarrollo tecnológico ha puesto el centro de la Medicina en encontrar un tratamiento, pero no en un cuidado integral del paciente. Sin embargo, hace unos 150 años la Medicina era muy holística, y sigue así en las culturas orientales que tienen esa visión de cuerpo y mente. Fue en el siglo XX, cuando se produjo una división entre lo que se pensaba como cultural y espiritual frente a la ciencia. Y aunque ésta ha sido muy buena, ha habido muchos avances, el abandono del aspecto holístico de la persona hizo que en los 80 y 90 los pacientes estuvieran muy decepcionados con ese enfoque porque sólo se centraba en la enfermedad.

- Pero, ¿de eso se trata la Medicina, no? ¿De curar enfermedades?

---

<sup>544</sup>El Mundo, 25 de enero de 2015.

<http://www.elmundo.es/salud/2015/01/25/54c23301268e3eef2a8b4576.html>

Sí, pero no así. Cuando estudié Medicina a principios de los 90, me sorprendía mucho que a los pacientes se les tratara como si fueran una enfermedad. Por ejemplo, se decía: 'el cáncer de mama de la habitación 223'. Pero, el paciente no es una enfermedad. Se perdió la parte más humana. Muchos médicos y enfermeras que se sentían desconectados de su profesión, de su vocación. Ellos habían hecho esta profesión para ayudar a la gente, para tener una relación con sus pacientes y, de repente, lo que pasaba es que veían a muchísima gente a lo largo de un día pero sólo centrándose en la tecnología y la enfermedad. No sé si en España ocurre igual, pero en EEUU la tasa de suicidios entre médicos es muy elevada, más que la población general. Los médicos dijeron que querían que se adoptara un enfoque holístico. Hay estudios, realizados en EEUU, que muestran que los pacientes quieren que el médico se ocupe también de su parte espiritual y que ésta forme parte de los cuidados que se les da.

- ¿La espiritualidad va unida a una creencia religiosa?

No, en absoluto. La espiritualidad es un aspecto esencial del ser humano. Es una vida interior, algo que no es mente y cuerpo sino espíritu. Es algo más amplio que la religión, un proceso dinámico mediante el cual la gente encuentra transcendencia, un sentido final a su vida. Tiene una conexión con lo sagrado, que puede incluir religión pero también cualquier otra cosa que cada uno entienda como significativo, que le ayude a la persona a encontrar su ser interior. Puede estar basada en los valores, las creencias, prácticas como el arte, la meditación, el deporte, la poesía... Hay muchas prácticas diferentes que les permiten a los demás conectar con su mundo interior.

- ¿Y eso cómo se traduce en la práctica clínica?

Yo soy médico y me ocupo de cuidados paliativos, geriatría y también soy internista. Si uno mira la medicina como ciencia pura, lo que tengo que hacer para centrarme en la parte científica de la medicina es hacer las preguntas adecuadas a mi paciente y que me conteste para hacer un diagnóstico. Pero si el paciente no confía en mí y no le conozco, no puedo realizar un diagnóstico correcto. Ni siquiera puedo llevar una práctica científica de la medicina sin tener esa dimensión compasiva o de conexión con el otro. Ambas cosas son necesarias. Hace falta tener médicos que sean excelentes clínicos y médicos que sean capaces de conectar con el paciente y de tener compasión por él.

-Usted ha desarrollado una herramienta, ¿en qué consiste?

Es algo que creé en los 90 junto con otros tres médicos más. Son una serie de preguntas bastante sencillas que se sugieren para iniciar una conversación con el paciente<sup>545</sup>. Tratan de desgranar aspectos de la persona desde el punto de vista familiar, laboral, y el aspecto más íntimo. Cuáles son sus aficiones y qué le suponen, qué les da sentido a su vida: la familia, los amigos, los valores... Cuál es su grupo de apoyo... Y cómo quieren que el médico integre todo eso en su tratamiento. Todo esto es importante porque si tengo un paciente que me dice que medita a diario, o que pinta, o hace ejercicio, o va su parroquia y la próxima vez que le vea me dice que ya no lo hace, entonces tendré que averiguar qué pasa. A veces es porque hay algo

---

<sup>545</sup> Al tratar las “Herramientas para el acompañamiento”, sus reflexiones para “Escuchar el silencio” y “Responder con el silencio” (págs. 85-89), en BERMEJO, J.C., *El arte de sanar a las personas. Entre el counselling y el coaching*, Sal Terrae, Maliaño (Cantabria), 2012.

en su vida que ha cambiado: un divorcio, el trabajo, una depresión... Es muy importante comprender qué está ocurriendo en la vida de un individuo y centrarte en esos cambios.”

La idea de “medicina total”, tiene diversos orígenes y desarrollos. De hecho la idea del acercamiento holístico a diversos ámbitos del conocimiento vuelve a ser hoy frecuente. No siempre, desde luego, pretendiendo introducir un elemento espiritual, emocional o no racional en el análisis sino la integración de distintos campos de conocimiento en un único acercamiento al problema. Se trata de nuevo de una reacción frente a la especialización que, en la práctica, generó una separación tan neta de los distintos saberes que casi los contraponía. De nuevo esa vuelta a un acercamiento “humanista” o, si se quiere, “renacentista” del conocimiento entronca con la multidisciplinariedad inherente a los MASC y que hemos venido comentando<sup>546</sup>. Si la “Geología total” acerca la geotecnia a la geología y a la ingeniería de proyecto integrándolas para que el conocimiento del comportamiento del suelo y de las rocas optimice las soluciones constructivas que se diseñan, del mismo modo los MASC facilitan esa visión de 360° del conflicto y su solución<sup>547</sup>.

“Me consta que comunicar es mucho más que transferir, que va de compartir, poner en común. Para ello he de manejar con sobriedad y claridad la palabra, preguntar abiertamente, escuchar atentamente, brindarle una oportunidad generosa a la empatía, celebrar el silencio...”<sup>548</sup>

---

<sup>546</sup>GARICANO, L., *Op. cit.*, pág. 39 “este mundo tan pleno de datos es un lugar en el que las habilidades clave no son pontificar y aparentar, sino analizar y escuchar”.

<sup>547</sup>La tutela del TJUE en relación a la mediación en las relaciones entre un profesional y un consumidor se define como “holística, reforzada e imperativa” y “constituye una manifestación inequívoca propia de un Estado social”, cfr. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. y PORRES GARCÍA, I., “La doctrina del Tribunal de Justicia de Unión Europea en aplicación de la Directiva 93/13/CEE y su influencia en la mediación”, en LAUROBA. y ORTUÑO (Coord.), *Op. cit.* pág. 406.

<sup>548</sup>ALVAREZ DE MON PAN DE SORALUCE, *Op. cit.*, pág. 72.



## 2. La necesaria separación entre la formación de mediadores y la formación en mediación

“Mucho mediador y poca mediación”, “muchísima formación y poca mediación”, “no hay mediaciones”. Estas frases repetidas al hilo de la profusión de cursos para acreditar mediadores que se han ofrecido en Europa continental al ir publicándose las normas que desarrollan en cada Estado miembro la Directiva de mediación, recogen la perplejidad que generó el surgimiento de una nueva profesión, “mediador de conflictos”, en una sociedad que en la práctica no cuenta con ellos para intentar solucionarlos. En el ojo del huracán de una crisis económica, se percibió por los operadores jurídicos una nueva posibilidad de desempeño profesional y se acogió la posibilidad con tanto entusiasmo como frustración ha generado después que no se haya concretado<sup>549</sup>.

Si todo los que se formaron como mediadores pretendían hacer de ello su profesión, era previsible la frustración de la expectativa por una mera confrontación de demanda y oferta. Si pretendían incorporar una nueva capacidad en la gestión de conflictos, su expectativa debiera estar satisfecha.

En un orden lógico, los operadores jurídicos deberían haber adquirido durante su formación universitaria o de postgrado un conocimiento de análisis de conflicto, tipología de MASC, de sus principios, garantías y ventajas, probablemente de técnicas de negociación y comunicación e

---

<sup>549</sup> FAJARDO MARTOS, P., "Mediación empresarial y mercados. ¿Se está ofreciendo la formación que demandan los usuarios?", en LAUROBA y ORTUÑO, *Op. cit.* págs. 173-176.

incluso del rol asignado al mediador, las partes y a los abogados en el desarrollo de estos métodos. Sobre esta base formativa, algunos de ellos , no todos, optarían por complementar su formación adquiriendo los conocimientos, habilidades y capacidades precisas para intervenir como neutral en la solución de conflictos. Ya comentamos antes que el Plan del 53 no nos situó en aquel plano y lo que hemos hecho ahora es complementar aquel plan de estudios; realmente no nos hemos formado como mediadores sino en mediación. Algunos seguirán formándose como mediadores y algunos harán de ello una profesión. Los más incorporaremos el uso de los MASC como una capacidad más y estaremos en mejor disposición de participar y fomentar de una cultura legal distinta.

Pero, entonces ¿es útil formarse en solución de conflictos?

Sí es muy útil<sup>550</sup>. Es muy útil formarse en solución de conflictos, yendo más allá del recurso a los tribunales como solución ineludible si la negociación no funciona. Una capacidad de negociación para la que no nos hemos formado técnicamente<sup>551</sup> pero que nos han hecho creer se adquiere por experiencia (tantas veces una simple consolidación de la ignorancia)<sup>552</sup>.

---

<sup>550</sup>ALZATE SAEZ DE HEREDIA, R., "Importancia de la educación en resolución de conflictos" en *Revista de Mediación*. Año 3. No 6. Octubre 2010, pág. 7. "En mi opinión, dado que el conflicto es inevitable y que el enfoque de transformación de conflictos es consistente y coherente con la misión básica de la escuela de ayudar a desarrollar ciudadanos sanos, responsables y efectivos, esta pregunta no tiene otra respuesta que el SI. Sin embargo, probablemente, esta no es la respuesta que, en primera instancia, da un gran número de profesionales de la educación. Para cambiar la situación, sería necesario crear oportunidades para que los miembros de la comunidad escolar tomaran conciencia de la necesidad y del potencial de los programas de transformación de conflictos en la escuela. Una vez creada esta conciencia, la verdadera pregunta sería ¿Por dónde empezamos a la hora de desarrollar un programa global de transformación de conflictos? Para mí la respuesta es muy sencilla, empezar por cualquier sitio."

<sup>551</sup>GARICANO, L., *Op. cit.*, pág.118 " es necesario un sistema educativo que enfatice el análisis y la capacidad de procesar, sintetizar y presentar la información".

<sup>552</sup> Sobre estilo personal de negociación y el test de Thomas-Kilmann, cfr. (también incorpora un simple modelo de plan de negociación) Cfr. SHELL, R.G., *Negociar con ventaja. Estrategias de Negociación para gente razonable*", Antoni Bosch Editor, Barcelona, 2005, págs. 235-238.

Es útil porque nos forma no sólo para poder seguir formándonos como neutrales sino, principalmente, porque nos forma para actuar acompañando y asesorando a la parte que participa en el desarrollo de un MASC. Más allá de las técnicas, recursos y habilidades de negociación y comunicación y de las ventajas que para las partes y la gestión del conflicto derivan de la utilización de los propios MASC, la formación en solución de conflictos añade 3 capacidades generales a nuestro acervo:

a. Incorpora a nuestra metodología de trabajo el diagnóstico, el análisis de conflicto, más allá del sólo tratamiento del conflicto.

La solución óptima del conflicto empresarial parte de asumir que es multilateral, exige de un enfoque multidisciplinar y requiere una gestión compleja. En esa primera decisión estratégica que es elegir el método adecuado para abordar la solución de un conflicto, formarnos en solución de conflictos ayuda a diseñar un método a la medida adecuándolo a sus características. Limitar la solución al tratamiento, abstrayéndonos del diagnóstico genera un grave riesgo de desviación de la solución respecto de los intereses de las partes en conflicto. Nuccio Ordine<sup>553</sup> cita el “Teeteto” de Platón cuando dice *“los que han rodado desde jóvenes por tribunales y lugares semejantes parecen haber sido educados como esclavos... le ha arrebatado la grandeza de alma... tantas veces se encorvan, que llegan a la madurez sin nada sano en el pensamiento. Ellos creen, sin embargo, que se han vuelto hábiles y sabios”*

---

<sup>553</sup> ORDINE, N., *La utilidad de lo inútil. Manifiesto*, Acantilado, Barcelona, 2013, págs. 47-48.

b. Ayuda a identificar los intereses de las partes más allá de la simplificación de sus respectivas posiciones permitiendo reequilibrar nuestro valor añadido.

La elaboración de un mapa de intereses de las partes es una metodología básica para trabajar en el diseño estratégico de una solución al problema. Integrar la satisfacción de las partes en conflicto requiere de un entendimiento de sus expectativas e intereses por encima de sus posiciones. Si la continuidad en las relaciones, el riesgo reputacional y la gestión de la complejidad son intereses primarios identificables en los conflictos empresariales ese conocimiento nos permitirá diseñar formas de solución no erosivas, confidenciales y que doten a la partes de control sobre la solución. “Cuando la mediación funciona, no es porque la gente confía en una noción abstracta de tercero neutral, sino porque confían suficientemente en que el mediador garantizará un proceso que sea seguro para que no les tomen por tontos si negocian<sup>554</sup>”.

Un libro anónimo publicado en París por un abogado del Parlamento en 1711 y que en España se publicó, traducido con licencia, por la imprenta de Pacheco 1789, “Ciencia del Foro o Reglas para formar Abogados”<sup>555</sup>, anticipa esa idea de identificación de intereses llamando a los abogados “primeros oráculos de la Justicia”:

*“...primeros oráculos de la justicia... porque dan su parecer ...y porque sus conciudadanos y hasta los mismos extranjeros los consultan ...sometiendo a su examen los negocios más importantes y sagrados, para sostenerlos o abandonarlos, según su dictamen... vienen a ejercer una especie de magistratura privada fundada sobre*

---

<sup>554</sup> BENJAMIN, R. D., “Mediation in Politics and The Politics of Mediation”, *Mediate.com*, 2010, en <http://www.mediate.com/mobile/article.cfm?id=6294>

<sup>555</sup> Ed. Facsímil de la edición de Madrid de 1794, Madrid, Ed. Maxtor, 2002.

*la confianza y la estimación de sus clientes, que transigen muchas veces sus derechos e intereses por la sola exposición de su parecer”*

c. Imprime en nuestro modo de actuar profesionalmente un talante basado en la cooperación.

El planteamiento no confrontacional de todas las materias, competencias y habilidades que se abordan en los programas de formación, generan un cambio de enfoque que se refuerza por la interrelación con personas abiertas a los mismos intereses. Este es un fenómeno ampliamente comentado por los participantes en programas de formación de solución de conflictos. Es un cambio importante respecto de lo que habíamos aprendido y del enfoque únicamente jurisdiccional del conflicto.

Dejando atrás enfoques basados en la confrontación, se percibe y se interioriza la cooperación como un elemento práctico en el desempeño profesional. La respuesta al Dilema del Prisionero de “Golpe por Golpe”, “coopera siempre en el primer envite; en el siguiente replica lo que haya hecho el otro”, es simple y permite integrarlo fácilmente en una estrategia.<sup>556</sup>

Coincidimos plenamente con la respuesta de Ramón ALZATE<sup>557</sup> : formación, sí y empezando por cualquier sitio.

---

<sup>556</sup> Cfr. SINGER, P., *Op. cit.*, págs. 157 a 184.

<sup>557</sup> ALZATE SAEZ DE HEREDIA, R., "Importancia de la educación...". *cit.*, p. 7, “En mi opinión, dado que el conflicto es inevitable y que el enfoque de transformación de conflictos es consistente y coherente con la misión básica de la escuela de ayudar a desarrollar ciudadanos sanos, responsables y efectivos, esta pregunta no tiene otra respuesta que el SI. Sin embargo, probablemente, esta no es la respuesta que, en primera instancia, da un gran número de profesionales de la educación. Para cambiar la situación, sería necesario crear oportunidades para que los miembros de la comunidad escolar tomaran conciencia de la necesidad y del potencial de los programas de transformación

En conclusión, es muy útil formarse en solución de conflictos para alguien que pretenda adquirir nuevas capacidades<sup>558</sup>.

Esto en sí mismo para un profesional tiene un interés cuando menos comercial, pues las competencias que se adquieren se valoran en distintos sectores económicos. El entender el funcionamiento de un sector económico, vuelve a ser un importante factor para identificar valor añadido en la solución de conflictos.

### 3. Enfoque sectorial: el sector de seguros y la mediación

"Negociar siempre y cuando la negociación se vuelva imposible seguir negociando", es la frase con la que se despidió José María Cuevas como Presidente de la CEOE en 2007, de la que antes fue Secretario General habiendo participado en su fundación.

Representó a la patronal en la negociación y firma en 1977 de los llamados "Acuerdos de la Moncloa" (Acuerdo sobre el programa de saneamiento y reforma de la economía y Acuerdo sobre el programa de actuación jurídica y política), cimientos de la transición política española. Se lograron en la resaca de la crisis del petróleo de 1973, en una situación cercana a la hiperinflación, con unos sindicatos que acababan de ser legalizados y que mantenían posturas extremas y con empresarios acostumbrados al intervencionismo del régimen anterior. Durante 30 años fue un incansable

---

de conflictos en la escuela. Una vez creada esta conciencia, la verdadera pregunta sería ¿Por dónde empezamos a la hora de desarrollar un programa global de transformación de conflictos? Para mí la respuesta es muy sencilla, empezar por cualquier sitio. "

<sup>558</sup> Para orientaciones metodológicas sobre formación en mediación, cfr. BOQUÉ TORREMORELL, M.C., *Tiempo de Mediación*. CEAC, Madrid, 2005.

muñidor de acuerdos sectoriales que permitieron un desarrollo muy importante de la entonces incipiente economía española. "Negociar siempre y cuando la negociación se vuelva imposible seguir negociando", condensa una de las claves del negociador: determinación.

Todo acuerdo parte de la dificultad. Las negociaciones fracasan por falta de preparación y esto es falta de determinación. Una mediación es tan buena como el mediador; si las partes no están debidamente preparadas el mediador debiera de haber sido capaz de identificarlo y de trabajar esa dificultad. Un problema de enfoque se trata reenfocando a las partes. Situar a las partes en el mismo dial exige que previamente emitan en la misma onda.

En el contexto empresarial la onda de emisión de las partes esta relacionada con el conocimiento del sector económico en el que las partes operan. La dinámica de generación del beneficio empresarial varía de un sector económico a otros. Más allá de vender productos y suministrar servicios cada sector integra de una forma peculiar a clientes, proveedores y competidores. Producción y distribución, financiación e inversión difieren sectorialmente.

Sin embargo, la dogmática de los MASC sobre las características a considerar al seleccionar las partes a un neutral, concluye que en la elección ha de primar su dominio en técnicas de comunicación y negociación en abstracto y no en conexión con un sector económico concreto, pues esto compromete su neutralidad; genera una tendencia a predeterminar una solución que ensombrece que se consoliden en la solución los intereses de las partes.

Esta es una de esas elaboraciones teóricas a las que, no obstante no sólo su corrección formal sino su verdad contrastable, (claramente el riesgo de predeterminación es real), la práctica da la espalda. Los usuarios de MASC en un entorno empresarial tienden a preferir a un mediador que conoce el sector económico en el que desarrollan su actividad, “su negocio”. Es difícil desarraigar la tendencia a entender que en la función del neutral la solución viene ligada al contenido, cuando lo cierto es que su labor es formal. La función del neutral está más relacionada con las competencias de generación y mantenimiento de la confianza, control del proceso y del flujo de información, de desbloques y de creatividad.

Una simplificación del funcionamiento de los mercados de seguros<sup>559</sup>, puede servir para ilustrar los vectores de conocimiento sectorial que pueden interesar a un neutral:

---

<sup>559</sup> En general sobre la adecuación de los MASC a los conflictos de seguros, En relación a la mediación en el sector seguros, vid. RIVERA SAGANTA, J., "Experiencia de la mediación en conflictos de la actividad aseguradora", en LAUROBA y ORTUÑO. (coord.), *Op. cit.* págs. 285-289 y FAJARDO MARTOS, P. y SANZ PARRILLA, M., *cit.*, pags, 47-54". Por otro lado, además de los MASC desarrollados internamente por el sector (defensor del asegurado, convenios marcos sectoriales, etc.) ya existen en España, iniciativas del uso de ADR en el sector asegurador como la de CECOAS, Proyecto CECOAS/Pacto sin Juicio es una iniciativa dirigida a resolver con rapidez y eficacia reclamaciones en el ámbito del seguro. Se trata de ofrecer a las aseguradoras un panel de abogados conciliadores a través de una plataforma tecnológica. Esta iniciativa se presentó en Barcelona en enero de 2014, aunque no consta ningún tipo de resultado o estadística en su primer año de actividad. En la publicación digital *Mediadores en Red* se publicó una entrevista con su director, Miquel Artigas, el 12 de enero de 2015, disponible en [http://www.mediadoresenred.es/entrevistas/miquel\\_artigas\\_director\\_general\\_de\\_pacto\\_sin\\_juicio/074ac8f6ceb30285957fd6bb128e0144](http://www.mediadoresenred.es/entrevistas/miquel_artigas_director_general_de_pacto_sin_juicio/074ac8f6ceb30285957fd6bb128e0144) . Una curiosa información gráfica de este proyecto se puede encontrar en , <http://www.youtube.com/watch?v=IAS9a-kvvg8>. Por su parte, el Servicio Murciano de Salud ha puesto en marcha una Oficina de Medición Sanitaria con la finalidad de resolver extrajudicialmente las reclamaciones de responsabilidad sanitaria. Para evitar la dificultad de realizar una mediación en el procedimiento contencioso-administrativo, se establece que la mediación tenga lugar siempre entre el reclamante/paciente o familiar y la aseguradora de responsabilidad civil del Servicio Murciano de Salud. Para más información sobre esta iniciativa, consultar la web de Murcia Salud, <http://www.murciasalud.es/pagina.php?id=291009&idsec=860>



## Conocimiento sectorial : EL FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO DE SEGUROS

Uno de los elementos claves para el éxito de la mediación es que el mediador pueda hacer aflorar los intereses de las partes. En las mediaciones en las que está implicada una entidad aseguradora es importante que el mediador conozca el funcionamiento de este tipo de empresas, con el fin de poder entender la posición de esta parte en la mediación.

La actividad aseguradora es una actividad económico-financiera:

- La aseguradora percibe unas primas y a cambio, genera indemnizaciones que son masas económicas. Su ciclo productivo está invertido, ya que cobra la prima anticipadamente al período de cobertura, sin saber si va a tener que hacer frente a su prestación ni, en caso afirmativo, en qué momento de la vida del contrato deberá hacerlo.
- Logra una redistribución de capitales, es decir, emplea los recursos económicos generados por todos los asegurados en aquellas situaciones de necesidad individual.
- Invierte sus fondos, bajo control legal, para obtener beneficios, mejorar las prestaciones a los asegurados y tener mayor solidez como empresa. Algunos compromisos de la entidad de seguros son a largo plazo (por ejemplo, proporcionar rentas de jubilación) y tendrá que realizar las inversiones adecuadas que permitan abonar la prestación en el futuro.

Es muy importante destacar que la entidad aseguradora no puede realizar inversiones de cualquier forma; debe cumplir con una serie de requisitos

legales a fin de garantizar sus compromisos y, además, sus operaciones están sujetas a control por parte de los organismos estatales. La actividad aseguradora está regulada por el Real Decreto Legislativo 6/2004, Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados<sup>560</sup>.

Entre los requisitos legales que deben cumplir las entidades de seguros están las provisiones técnicas. Se trata de unas garantías financieras que responden a la peculiaridad de inversión del ciclo productivo y tiene como finalidad mantener la estabilidad de la entidad aseguradora y garantizar todas las obligaciones derivadas de los contratos de seguro suscritos por la entidad atendiendo a criterios prudentes y razonables. Forman parte del pasivo de la entidad aseguradora.

Se pueden distinguir dos tipos principales: provisiones de obligaciones por primas y provisiones de obligaciones por siniestros. Dentro de las primeras se encuentran la provisión para primas no consumidas, provisión de riesgos en curso y las provisiones de seguros de vida. El segundo tipo se refiere a la provisión de prestaciones, en sus diferentes manifestaciones

La provisión de prestaciones deberá representar el importe total de las obligaciones pendientes del asegurador derivadas de los siniestros ocurridos con anterioridad a la fecha de cierre del ejercicio y será igual a la diferencia entre su coste total estimado o cierto y el conjunto de los importes ya pagados por razón de tales siniestros. Dicho coste incluirá los gastos tanto externos como internos de gestión y tramitación de los expedientes. Los recobros no podrán deducirse del importe de la provisión salvo que esta se

---

<sup>560</sup>Desde el 1 de enero de 2016 será la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, la que regulará la actividad aseguradora.

calcule utilizando métodos estadísticos de conformidad con lo indicado legalmente.

Cada siniestro será objeto de una valoración individual, salvo aplicación de métodos estadísticos. Cuando la información sobre los siniestros no permita una estimación adecuada del importe de la provisión, esta deberá dotarse, como mínimo, por la diferencia entre las primas de riesgo devengadas en el ejercicio, en la parte imputable al mismo, y los pagos por siniestros ocurridos en el ejercicio.

La provisión de prestaciones comprenderá:

- Provisión de prestaciones pendientes de liquidación o pago (*provision for outstanding claims*). Incluirá el importe de todos aquellos siniestros ocurridos y declarados antes del cierre del ejercicio.
- Provisión de siniestros pendientes de declaración (*incurred but not reported provision*). Deberá recoger el importe estimado de los siniestros ocurridos antes del cierre del ejercicio y no incluidos en la provisión de prestaciones pendientes de liquidación o pago.
- Provisión de gastos internos de liquidación de siniestros (*internal handling costs reserves*). Deberá dotarse por el importe suficiente para afrontar los gastos internos de la entidad necesarios para la total finalización de los siniestros que han de incluirse en la provisión de prestaciones

Por lo tanto, es importante entender que en el momento en que se produce un siniestro, el asegurador se ve obligado a cuantificarlo y establecer una reserva, que seguirá activa hasta que el siniestro quede completamente liquidado.

Por otro lado, la entidad aseguradora no mantiene en su cartera la totalidad de los riesgos, sino que comparten o ceden una parte de esos riesgos suscritos a otras compañías. El reaseguro es el mecanismo por el que un asegurador, denominado cedente, transfiere a otro asegurador, denominado reasegurador, la totalidad o una parte de sus riesgos y éste recibe una parte de la prima. La separación de los contratos de seguro y reaseguro es absoluta, según dispone la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro, no obstante, en función del tipo de contrato de reaseguro suscrito, la capacidad de la aseguradora para la negociación puede variar, pues la presión del cuadro de reaseguro puede ser muy intensa.

Si las partes de un conflicto empresarial, no son capaces de identificar respectivamente intereses que el neutral pueda hacer confluir (lo que llamábamos antes “emiten en distinta banda”), profundizar en el conocimiento del sector o sectores en los que operen puede ayudar a una re-identificación (a emitir en la misma banda). Una parte de los intentos de solución a través de MASC fracasan por falta de determinación en la identificación de los respectivos intereses y eso puede tener su origen en que el neutral y/o las otra parte desconoce el sector en el que opera la otra parte. El conocimiento sectorial o mejor la experiencia sectorial genera un riesgo de predeterminación de soluciones pero también favorece la creatividad y el re-enfoque.

#### 4. “Nuestro modo de proceder”. Una brújula

Formándome en el CEDR, escuché a John STURROCK<sup>561</sup> explicar como un mediador está muy presente para las partes al comienzo de la mediación y se va diluyendo (“fades away”), hasta prácticamente desaparecer, a medida que progresa.

Posiblemente las distintas “escuelas” de mediación coincidirían con el conocido mediador escocés en esa explicación pero disentirían sobre el grado de intervención mientras desaparece.

Mantener la confianza de las partes a lo largo del desarrollo del método de solución del conflicto exige distanciarse, mantenerse neutral, respecto del contenido de la disputa. Mantener la confianza de las partes en el proceso y en el avance en la solución del conflicto exige mantenerse activo respecto del flujo de información entre las partes.

Probablemente la mediación empresarial exija mas evaluación, más cuestionamiento de posiciones y negociación que otro tipo de mediaciones en las que la “terapia facilitativa” y el acompañamiento a las partes deba primar<sup>562</sup>.

La facilitación permitirá con mayor facilidad “desaparecer”, generar el entorno adecuado, mantener las vías de comunicación e incluso la presencia e intervención de las personas adecuadas que de otro modo podrían quedar aisladas o ignoradas. La evaluación permite objetivar con mayor eficacia y

---

<sup>561</sup>Vid. perfil profesional en <http://www.mediate.com/people/personprofile.cfm?auid=481>

<sup>562</sup> Cfr. ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., "La mediación empresarial conforme a la Ley 5/2012", en SOLETO, H. (Dir.), *Op. Cit.* , págs. 635-655.

avances más perceptibles en la evaluación de fortaleza y debilidad en las posiciones.

La línea roja de la facilitación probablemente este en su uso excesivo en las sesiones privadas, especialmente a medida que avanza la mediación, por el riesgo de comprometer el control del proceso, en el tiempo y en los avances. Para la evaluación, la línea roja surge por el muy delicado uso que ha de hacerse en sesiones conjuntas.

En cualquier caso sólo parece haber una regla: la necesidad de que el mediador sea capaz de generarse un estilo propio y además adecuarlo en cada caso a las características del conflicto y de las partes. Ese estilo personal del mediador es su marca de calidad y su principal acervo comercial y pasa pues por la adaptabilidad y la flexibilidad y el sincretismo más que por la adscripción a una fórmula.

Quienes dan ese paso más allá en la formación no sólo en métodos de solución de conflictos sino como neutrales han de ser conscientes de que: i) no sólo se pretende ser mediador sino estar abierto a otros métodos, acuñados y por acuñar; ii) no nos podemos limitar a intervenir sólo como neutral sino también acompañando a alguna de las partes para asesorarles en el diseño e implementación de una estrategia de solución; iii) no cabe aplicar un solo estilo sino que la singularidad del conflicto y las partes exigen una adaptación sincrética. En definitiva que la gestión de conflictos implica cierto contorsionismo.

Cuando Chris Lowney, se incorporó a JP Morgan para trabajar en banca de inversión, no anticipaba que la formación adquirida en los 7 años que permaneció en su anterior “compañía” le iban a resultar de tanta utilidad.

En JP Morgan practicaban la “retroalimentación en 360°” para generar la conducta y la actitud mental que necesitaban y que consistía en incorporar en las evaluaciones anuales de rendimiento no sólo el aporte del jefe directo sino también de subalternos y pares. En JP Morgan necesitaban “la organización de equipos multinacionales que trabajen en armonía, la motivación de un rendimiento ejemplar y el permanecer “listos para el cambio” y estratégicamente adaptables”.

Rapidamente Chris Lowney identificó que las técnicas de gestión y liderazgo, diseñadas casi 450 años antes, que había aprendido y practicado como jesuita en su anterior compañía, la Compañía de Jesus (*Societas Iesus*), superaban con creces las que comenzaba a aprender aunque cambiaban los modelos a imitar.

Al dejar JP Morgan muchos años después publicó “El Liderazgo al Estilo de los Jesuitas”<sup>563</sup> (“Heroic Leadership. Best Practices from a 450-year-old Company that Changed the World”). LOWNEY titula el último de los capítulos “Nuestro modo de proceder”<sup>564</sup>.

Con la frase acuñada por San Ignacio para encauzar los valores propios de la Compañía, “nuestro modo de proceder”, se refiere a que “sus valores y manera de trabajar tienen que formar un todo integrado que se refuerce a si mismo”, “es más bien una manera de vivir, en la cual las estrategias y principios básicos se apoyan los unos a los otros”. Sus principios giran en torno al conocimiento de si mismos, el ingenio, el amor y el heroísmo “...tomados en su conjunto y reforzados por la práctica de toda una vida,

---

<sup>563</sup> LOWNEY, C., *El Liderazgo al estilo de los jesuitas. Las mejores prácticas de una compañía de 450 años que cambió el mundo*, Gránica, Barcelona, 2004.

<sup>564</sup> *Ibíd.*, pág. 213.

los tenían como un modo de proceder, un actitud integral frente a la vida”<sup>565</sup>.

No es posible en gestión de conflictos dar una lista de chequeo, ni adscribirse a los mantras de una determinada escuela<sup>566</sup>. No llegaré tan lejos como para decir que es un arte porque también es una ciencia, ciencia de letras quizá pero ciencia, pero si afirmar como dice también Chris Lowney que lo más de los que nos podemos dotar es de una brújula.

5. Análisis del fin del apartheid en Sudáfrica desde la perspectiva de la solución de conflictos. La aportación de Nelson Mandela como "mediador"

Desde 1652 colonos neerlandeses, Boers o Afrikaneers, se establecieron en el cabo de Buena Esperanza y hasta mediado el siglo XIX se fueron extendiendo hacia el norte constituyéndose en dos repúblicas independientes: el Estado Libre de Orange y la Republica de Transvaal. La expansión colonial inglesa durante la época victoriana provocó dos enfrentamientos (Guerras Boers 1880-1881 y 1899-1902) que culminaron con la incorporación de las repúblicas como colonias del imperio británico surgiendo la Unión Sudafricana.

La identidad nacional giró en torno a dos elementos: lengua afrikaans y religión calvinista. La ruptura en el primer tercio del siglo XIX con la

---

<sup>565</sup>*Ibíd.*, pág. 241.

<sup>566</sup>La idea es similar a la de la formación musical. BRENDEL, A., *De la A a la Z de un pianista. Un libro para amantes del piano*. Acantilado, Barcelona, 2012, p. 135, “Las variaciones son la mejor escuela para desarrollar una interpretación con carácter. Ciertamente también hay series de variaciones que conservan el carácter del tema. Sin embargo, el compositor aspirará por regla general a la variedad. Del interprete se espera que sea capaz de dirigir a un auténtico teatro lleno de tipos característicos, y de controlarlos con aplomo. Pero no debe perder nunca la visión de conjunto.”



iglesia establecida generó un calvinismo de frontera extremo que justificaba el racismo y fue base del sistema de segregación racial, apartheid.

En 1912 se creó, para defender los derechos de la mayoría negra, el grupo político que sería germen del Congreso Nacional Africano, CNA. En 1960, a raíz de una masacre modifica sus postulados de no violencia y se creó dentro del CNA una rama terrorista clandestina, conocida como La Lanza de la Nación y dirigida por Joe Slovo y Nelson Mandela. Mandela fue detenido en 1963.

En la década de los 80, en un contexto de violencia y represión extremas, el gobierno afrikaans comienza a negociar secretamente con Mandela, mientras seguía preso, un cambio político que terminó concretándose en las elecciones que llevaron al poder al CNA y a Mandela a la presidencia en 1994..

#### A. Introducción: 9000 días de preparación

“Mis 27 años de cárcel me hicieron comprender lo importante que es la tolerancia. Que no hay tiempo para la amargura, sino para la acción”. “La celda es el lugar idóneo para conocerte a ti mismo. Me da la oportunidad de meditar y evolucionar espiritualmente”

La revolución negociada de Mandela se gestó durante los 9000 días que estuvo privado de libertad. Una lectura de lo que ya es historia<sup>567</sup>, desde la

---

<sup>567</sup> De las muchas publicaciones al respecto, CARLIN, J., *El Factor Humano*, Seix Barral, Barcelona, 2009 permite hacer un seguimiento de los aspectos que interesan para nuestras reflexiones. (Título original “Playing the Enemy”. En él se basó el guión de la película “Invictus”). Un análisis de la negociación de Mandela en Sudafrica la desarrolla Mnookin

óptica de la solución de conflictos, permite hacer un seguimiento de la estrategia seguida, extrapolable a otras experiencias y susceptible de ser utilizado con fines didácticos y que tiene como sustrato una generosa inteligencia.

## B. Análisis del conflicto

El conflicto sudafricano era extremo; afectaba a derechos humanos básicos<sup>568</sup>. Confrontaba la libertad e igualdad con la seguridad.

El componente emocional era, obviamente, muy intenso. A una parte de la población le movía un sentimiento de revancha y a otro le condicionaba el miedo a perder su seguridad física, sus propiedades y su estilo de vida.

La complejidad se agravaba por la existencia de múltiples sensibilidades en ambos bandos: parte de la población negra era partidaria de mantener el apartheid por interés económico y parte de la población blanca quería abolirlo.

La trascendencia internacional del conflicto y la sobredimensión mediática lograda por la campaña “Free Mandela”, condicionaba las posibles soluciones. Una posible intervención extranjera a través de la ONU se consideró.

---

cfr. MNOOKIN, R., *Pactar con el diablo. Cuando negociar y cuando luchar*, Barcelona, Zenith, 2011, págs. 135-172.

<sup>568</sup>En relación a los “mecanismos no-judiciales o extra judiciales” de justicia transicional y Derechos Humanos, IBÁÑEZ NAJAR, J.E., *Op. cit.*, págs. 549-557.

El riesgo de no lograr una solución negociada era, de nuevo, extremo: guerra civil. El riesgo ya estaba actualizándose a través de acciones terroristas crecientes en número e intensidad.

### C. Principios estratégicos

#### i. Negociar en libertad

Las negociaciones se iniciaron estando preso. Progresivamente fue exigiendo que se le permitiera no vestir el uniforme de preso, mantener las reuniones en una sala, posteriormente fuera, regresando después a prisión. Exigía respeto a su dignidad personal y una negociación libre y no bajo coacción. Cuando le ofrecen su libertad a cambio de rechazar a la lucha armada en 1985, Mandela responde a través de una declaración que leyó su hija Zindzi<sup>569</sup> "¿Qué libertad se me ofrece, mientras sigue prohibida la organización de la gente? Sólo los hombres libres pueden negociar. Un preso no puede prestar su consentimiento en los contratos." "Vuestra libertad y la mía no pueden vivir separadas".

#### ii. No establecer dos naciones separadas

Frente a la posibilidad de segregar parte del territorio o establecer territorios separados dentro del mismo su respuesta El respeto a los derechos fundamentales de igualdad y libertad era innegociable.

---

<sup>569</sup> CARLIN, J., *Op. cit.*, pág. 38.

### iii. Aceptación no imposición

Para Mandela la solución vendría por una aceptación de derechos fundamentales y no por su imposición. Anticipaba que la mayor parte de la población blanca podría aceptar esos principios si se garantizaba su derecho legítimo a la seguridad: “la forma de matar el apartheid era convencer a los blancos que lo mataran ellos mismos”.

## D. Estructuración de la negociación

### i. Negociación de concepto (1985-1989)

Reuniones inicialmente secretas mientras está en prisión con Coetzee como representante del gobierno. En paralelo mantiene una estrategia de presión global con constantes manifestaciones en Sudáfrica y de presión en los medios internacionales para atraer la atención.

### ii. Negociación de detalle y mediación (1990-1994)

A partir de su liberación la negociación de detalle se hace efectiva a través de diferentes comités del gobierno y de organizaciones políticas y tribales. Se inicia un periodo en el que Mandela asume naturalmente una labor de mediación entre los grupos políticos de la comunidad negra y el gobierno afrikaans, cuya confianza se había granjeado y para quienes representaba una garantía de las bases conceptuales negociadas para el proceso.

### iii. Negociación emocional (1995)

Tras las elecciones y acceder a la presidencia de Sudáfrica, se centra en la difícil reconciliación nacional: «*Los valientes no temen al perdón, si esto ayuda a fomentar la paz*».

#### E. Perfil de mediador

En Mandela concurrían unas circunstancias personales que favorecían el perfil mediador que tuvo que terminar adoptando, en esa transición de negociador a favor de una parte a mediador a favor del consenso de ambas.

Con independencia de las competencias y habilidades adquiridas durante toda una vida dedicada al activismo social y político, para la polarizada población sudafricana la confianza en Mandela se veía reforzada por:

- Carisma personal, asociado a su coherente lucha desde la prisión durante 27 años.
- Su evolución desde liderar el brazo armado del CNA a pedir y postular perdón.
- Su actitud inclusiva, patente cuando llega a la presidencia y pide a los funcionarios del gobierno afrikaans que se mantengan en sus puestos en vez de relevarlos: “yo nací en una granja...”

#### F. Táctica

Además del uso del tiempo y la evolución a través de fases con interlocutores distintos y diferente objeto, hay tres cuestiones tácticas relevantes en este análisis simplificado:

- Conocer al contrario. Durante el tiempo en prisión Mandela se dedicó a estudiar la historia y la lengua afrikaans. Más allá de la evidente empatía y entendimiento del contrario que de aquí derivó naturalmente, se interpretó por los afrikaans como respeto y generó como retorno respeto. Los afrikaans no eran ni se sentían colonos muchas generaciones después de haber llegado al cono sur de África, se sentían africanos, no menos que la población de indígena.
- Nunca concedió su dignidad personal. Desde la primera conversación con Coetzee en prisión, se comportó como un representante político legítimo de una mayoría y no como un preso.
- Nunca cedió su principio estratégico de respeto a los derechos fundamentales: “Tú libertad y la mía no pueden vivir separadas”.

### G. Acuerdo

El acuerdo tenía que pasar por el respeto a los dos intereses principales en juego: una solución compatible con la libertad para la población de color y con el respeto a la propiedad y seguridad para la población afrikaans. Sin revancha y sin miedo. La formalización del acuerdo: la transición a través de unas elecciones democráticas.

## H. Desbloques y gente difícil

A lo largo de todo el proceso surgieron numerosas situaciones de bloqueo en las negociaciones, a veces por resistencia de grupos de afrikaans a modificar ciertos aspectos de su “status quo”, otras por una postura no inclusiva del CNA tras ganar las elecciones.

Un momento muy crítico fue la reunión mantenida con Constand Viljoen, general y político radical afrikaans. Durante esa reunión <sup>570</sup> Viljoen manifestó a Mandela “espero que comprenda lo difícil que les resulta a los blancos confiar en que las cosas van a ir bien con el CNA en el poder. No estoy seguro de si se da usted cuenta, señor Mandela, pero esto puede detenerse”.

Mandela respondió: “Mire general, sé que las fuerzas militares que puede reunir usted son poderosas, bien armadas y bien entrenadas; y que son mucho más potentes que las mías. Militarmente, no podemos luchar contra ustedes; no podemos ganar. Sin embargo, si va usted a la guerra, le aseguro que tampoco ganará, no vencerá a largo plazo. Primero, porque la comunidad internacional estará por completo de nuestro lado. Y segundo, porque somos demasiados, y no pueden matarnos a todos. Así que, dígame, ¿qué tipo de vida va a tener su gente en este país? Mi gente se irá al campo, las presiones internacionales sobre ustedes serán enormes y este país se convertirá en un infierno para todos nosotros ¿Es eso lo que desea? No, general, si entramos en una guerra no puede haber vencedores”.

---

<sup>570</sup>*Ibíd.*, pág. 177-179.

## I. Comunicación no verbal

Las personas que negociaron con Mandela refieren su porte, su estatura, su forma de sonreír, su manera de dar y apretar la mano, su forma de mirar y de escuchar<sup>571</sup>.

Cuando se reúne por primera vez con Coetsee, Ministro de Justicia, en la habitación del hospital donde Mandela iba a ser operado de próstata, dejó la siguiente impresión en él: “Tenía un don natural, y me di cuenta desde el momento que lo vi. Era un líder nato. Y también afable. Estaba claro que el

---

<sup>571</sup> Sobre comunicación no verbal es un clásico el libro de DAVIS. En especial, en relación a la importancia de los aspectos no verbales en la conversación y “cómo se complementan los diferentes elementos de la comunicación”, cfr. capt. 20 “El Arte de Conversar” en DAVIS, F., *La Comunicación No Verbal*, Alianza Editorial, Madrid, 1992, págs. 234-242. PEASE, A. y PEASE, B., *Op. cit.*, incluye fotografías y ejemplos útiles. Sobre tipos de silencio y su significado vid. URPÍ, M., *Aprender comunicación no verbal. La elocuencia del silencio*, Barcelona, Paidós, 2004. Págs. 20-22. HART, S., *El Lenguaje de los Animales*, Alianza, Madrid, 1997, págs. 11-22 explica como si el lenguaje nos separa del reino animal, la comunicación nos conecta con él, los diferentes significados de un solo gesto y la capacidad para engañar utilizando comunicación no verbal. Cuando CHARLES DARWIN comienza a estudiar lo que después se denominaría “comunicación no verbal” (DARWIN, C., *La Expresión de las Emociones*, Barcelona, Laetolí, 2009), escribió “He querido mostrar de forma muy detallada que las principales expresiones mostradas por el hombre son iguales en todo el mundo” (pág. 332). “Por las expresiones de los demás percibimos enseguida su simpatía; así, nuestros sufrimientos se mitigan y nuestras satisfacciones aumentan, y de ese modo se refuerzan los buenos sentimientos mutuos. Los movimientos expresivos aportan viveza, y energía a nuestras palabras. Revelan los pensamientos e intenciones de los demás con mayor autenticidad que las palabras que pueden ser falsas” (pág. 336). ATKINSON, M., *Claves para Hablar en Público*, Gestion 200.com, Barcelona, 2005, pág. 104, “sostener un objeto mientras hablas de él puede ser suficiente para provocar una reacción positiva en la audiencia”. BRIZ GÓMEZ, A. (Coord.), *Op. cit.*, pág. 188, “El lenguaje es un instrumento al servicio de la comunicación, se adapta a nuestros intereses. La cortesía estratégica, en el ámbito de lo verbal, nos proporciona mecanismos lingüísticos que ayudan a que el mensaje sea aceptado por el receptor, puesto que, como venimos señalando, *la forma de decir las cosas afecta al modo de recibirlas.*”. Págs. 188-195 cfr. sobre Cortesía estratégica, MORALES, C.J., *Guía para Hablar en Público*, Alianza Editorial, Madrid, 2001, pág. 156, “Y ese *no saber mirar* no es tanto culpa de una mala explicación de las técnicas de expresión oral como de un *miedo a mirar*, a enfrentarme directamente con los ojos de quien me escucha y me examina, no vaya a ser que reaccione de un modo poco favorable a mis palabras y me haga perder la seguridad en mí mismo.”



personal del hospital le tenía simpatía y, pese a ello, le respetaba, aunque sabía que era un preso. Y no había duda de que dominaba su entorno.”<sup>572</sup>

John Carlin se refiere al efecto que la actitud de Mandela tenía en la gente con la que hablaba “por una cuestión de lenguaje corporal”. “En primer lugar su postura erguida. Luego, su forma de dar la mano. Nunca se agachaba, ni inclinaba la cabeza. Todo el movimiento lo hacía con la articulación del brazo y el hombro. Si a eso se añadía el tamaño de su mano y su piel curtida, el resultado era majestuoso e intimidatorio. O lo habría sido de no ser por su mirada cálida y su inmensa sonrisa”<sup>573</sup>

El rugby se practicaba por los afrikaans y no por la población negra que jugaba al fútbol. El equipo nacional, los *Springboks*, era motivo de orgullo para la población afrikáner. Mandela primero utilizó el rugby para humillarlos, al conseguir que la presión internacional consiguiera que no les dejasen participar en campeonatos internacionales como repulsa por el mantenimiento del apartheid.

Tras las elecciones hizo el uso contrario del rugby logrando inicialmente que el mundial de 1995 se celebrase en Sudáfrica, mostrando muy obviamente su apoyo personal al equipo nacional para identificarlo con la nación y no con los afrikaans, en torno a la nueva bandera y al nuevo himno “Nkosi Sikelele” y consiguiendo unir al país en torno al equipo: 1 equipo, 1 nación, 1 himno, 1 bandera.

---

<sup>572</sup> CARLIN, J., *Op. cit.*, pág. 40.

<sup>573</sup> Vid. DINOUART, A., *El Arte de Callar*, Siruela, Madrid, 1999. Pág. 56, “Es un silencio inteligente cuando en el rostro de una persona que no dice nada se percibe cierto talante abierto, agradable, animado, e idóneo para reflejar, sin la ayuda de la palabra, los sentimientos que se quieren dar a conocer.”

La entrega de la copa de campeones del mundial de rugby al capitán del equipo sudafricano, Franchoise Pienaar, vistiendo la camiseta y la gorra de los Springboks, fue probablemente el mejor mensaje, a través del ejemplo de perdón y reconciliación nacional. El cierre de la negociación emocional del conflicto.

## 6. Ciencias de letras

El reto pendiente de los métodos de solución de conflictos no es ya construirse una dogmática, especialmente por su naturaleza multidisciplinar que le permite beber de otras ramas del conocimiento, sino mejorar la calidad en su aplicación práctica.

La dificultad que supone el adquirir un dominio “clínico” de las técnicas y habilidades asociadas a los métodos de solución de conflictos por la imposibilidad de realizar prácticas, se puede suplir con el desarrollo de simulacros apoyados en una evaluación individualizada del desempeño. La intervención programada en simulacros que cubran el espectro de tipos de conflictos, métodos, competencias y habilidades requeridas, es sin duda un elemento que apoyará la mejora de la calidad. En definitiva NUCIO ORDINE justifica una especial generosidad del saber “el conocimiento es la única riqueza que se puede transmitir sin empobrecerse”<sup>574</sup> y de estímulo para enseñar: “la enseñanza, de hecho, implica siempre una forma de seducción”<sup>575</sup>.

---

<sup>574</sup>ORDINE, N., *Op. cit.*, pág. 111.

<sup>575</sup>ORDINE, N., *Op. cit.*, pág. 99.

La asociación en foros o grupos para compartir experiencias e iniciativas, incluso simulacros, es, de nuevo, un instrumento muy eficiente educación continua y reciclaje que reforzar la calidad en el ejercicio práctico.

El estudio, análisis y reflexión en torno a la gestión de conflictos que se ha hecho en distintas culturas, momentos históricos y entornos políticos<sup>576</sup> y jurídicos, también en la literatura<sup>577</sup>, representa, sin duda, una fuente muy importante de experiencia<sup>578</sup>. Se trata de profundizar en el uso que se hizo de las habilidades y competencias; el qué, el cómo, el cuándo, para qué, por quién, con quien sí y con quién no. Ejercitarse con cierto rigor en esta disciplina de inducción permite una sana autocrítica, realizar una labor prospectiva en nuestros asuntos por referencia a los que hemos estudiado y, muy fácilmente, mejora nuestra autopercepción y creatividad. ROONEY y GOOSE definen a un experto como una persona sujeta a un “aprendizaje constante”<sup>579</sup>. Estar abierto a la crítica, en definitiva, desenquista ideas

---

<sup>576</sup> Hemos desarrollado aquí el conflicto sudafricano, pero han existido en la Historia numerosos conflictos que pueden ser objeto de análisis desde una perspectiva de la utilización de técnicas propias de la mediación y de los MASC. Vid. BABBITT, H.F., "Jimmy Carter, El poder de la persuasión moral en la mediación internacional", sobre mediación política y los Acuerdos de Camp David; PRINCENC, T., "Joseph Elder, Pacificación discreta en una guerra civil", sobre la pacificación de Sri Lanka, ambos en KOLB, D., (Coord.), *Op. cit.*, págs. 299-314 y 339-362, respectivamente o BERCOVITCH, J., "Understanding Mediation's Role in Preventive Diplomacy", *Negotiation Journal*, 12, 3 (July 1996), p. 241-258, examina 241 conflictos internacionales entre 1945 y 1990 y los 600 intentos de mediación alrededor de ellos. Aunque no se trata de un conflicto histórico, pero también reviste gran interés la narración de la negociación durante la huelga de la Orquesta sinfónica de san Francisco en 1997 en la que intervino MNOOKIN, cfr. MNOOKIN, R., *Op.cit.* págs. 217-256.

<sup>577</sup> Sobre la relación entre novela y empatía y la relevancia de la interacción social, cfr. HUNT, L. A., *La Invención de los Derechos Humanos*, Tusquet, Barcelona, 2009, pág. 38-50.

<sup>578</sup> Sobre la relación entre mediación y política, STURROCK, J., *Hope for The Future of Mediation Internationally*, Mediate.com, Enero 2015, (<http://www.mediate.com/articles/SturrockFuture.cfm>).

<sup>579</sup> ROONEY G. Y ROSS M., *cit.*, págs. 38 y 39, “Se define a un experto como una persona sujeta a un “aprendizaje constante”. La mayor parte de esta investigación se basa en observaciones hechas por negociadores de rehenes, bomberos y otras personas que tienen que abordar situaciones muy rápidas y volátiles. Estas exigen flexibilidad y capacidad de adaptarse y responder al aquí y ahora del momento. Esto incluye la adaptación a procesos estándares para responder a una situación concreta, y a veces,

inacabadas y subjetivismos, facilitando el realce y una mejor comprensión del objeto de estudio. Cuando menos dificultará que convirtamos nuestra propia experiencia en la consolidación de la ignorancia.

Por este motivo, he estructurado este capítulo (y algunos apartados en capítulos anteriores) en torno a otras áreas del conocimiento<sup>580</sup>, reflexiones sobre empresarios, sobre gestión empresarial y gestión espiritual, en relación a personajes conocidos o episodios de historia reciente. He pretendido poner de manifiesto como una lectura atenta nos confronta y expone a experiencias en gestión de conflictos de otros que nos ayudan a mejorar en las nuestras<sup>581</sup>.

Este tipo de análisis tienen, no obstante, dos riesgos frente a los que hemos de precavernos:

- el riesgo de generar una excusable deformación que induce a establecer reglas sobre lo que sólo pueden ser metáforas al fundir los límites naturales que existen entre realidades disparejas.

Debemos evitar ser pretenciosos en nuestros fines, evitando realizar incursiones en el ámbito de otras ciencias utilizando los aparejos propios de las que conocemos como más cercanas. No se puede desconocer que las “ciencias de letras” también exigen para su investigación de

---

realizar intervenciones no convencionales de forma imprevista. La capacidad de regurgitar con exactitud conocimiento no es suficiente de por sí para crear experiencia. La práctica de los expertos requiere ir más allá del conocimiento y aceptar el arte de operar en la “zona de pensamiento cero” o en estado de ensoñación profesional. Esta ensoñación está enraizada en el aquí y ahora del presente y en el concepto de tiempo y espacio que ocupamos todos. Conecta la práctica profesional con el aquí y ahora del momento.”

<sup>580</sup>WONG, F., (21 marzo 2011). The analysis of the negotiation between the godfather and five families, [Mensaje en un blog], recuperado de <http://blog.sina.com.cn/frankwangch>

<sup>581</sup>En relación a MASC e interdisciplinariedad cfr. LEATHES, M, *Op. cit.*, recuperado en <http://www.mediate.com/articles/LeathesM5.cfm>

pertrechos técnicos tan elaborados como las “ciencias de ciencias”. De modo, que si en el siglo XVIII Euler expresaba en una fórmula la carga crítica, Cicerón en su “*Laelius de Amicitia*” ya había sintetizado magistralmente las cargas y apoyos que la amistad entraña; y si Newton planteaba su tercera Ley, Hobbes, ya calculaba la tendencia reactiva del hombre frente a su semejante; y cuando Einstein establecía la teoría de la relatividad, Descartes había deducido el discurso del método...Y así un largo etcétera de logros de las ciencias, de ambos artificiales géneros, “de ciencias y de letras”, que a veces en paralelo, a veces superpuesta, y otras veces en avanzadilla, han ido a configurar el estado actual del desarrollo humano. En cualquier caso, cada ciencia ha ido avanzando en su respectivo campo valiéndose de sus propias herramientas más o menos evolucionadas, y ni Cicerón se valió para justificar aquello a que nos obliga la amistad del Teorema de Pitágoras, ni, creo, Einstein de las tesis del existencialismo para desentrañar la física cuántica.

La interdisciplinariedad entre ciencias de una misma ciencia es precisa por una razón meramente ontológica, pues los límites entre las distintas ramas de saber no fueron naturalmente establecidos, sino que los hemos ido decantando por razones, normalmente, sistemáticas y no prácticas (por eso quizá un Físico pueda establecer reglas matemáticas o un Politólogo normas jurídicas). Sin embargo, ello no debiera constituir una licencia para intentar que la nomología propia de la Física concluya resultados normalizables o generalizables en el ámbito de la Psicología Experimental o de la Filosofía Moral. Tendríamos que desconfiar de alguien que intentase extraer una reglas prácticas en relación a los procedimientos contencioso-administrativos, pretendiendo que fuesen útiles para comprender el comportamiento del Palacio de las Salesas, por más jurídico que sea el contenido de ese edificio. También de alguien que, parafraseando a alguien que no cito porque no recuerdo, no

ve amaneceres ni puestas de sol sino términos y plazos, quien no ve tendidos eléctricos sino servidumbres específicas de la legislación sectorial y quien, en definitiva, cree que no existe la luna porque nunca lo ha leído publicado en el Boletín Oficial del Estado.

Este tipo de conexiones entre ciencias puede resultar, no obstante, muy útil a efectos pedagógicos<sup>582</sup> (jamás nomológicos), aprovechando la plasticidad de ciertas imágenes.

- el riesgo de reduccionismo o simplificación, (o la ingenuidad), en el análisis por el intento de comprimir el comportamiento del ser humano en esquemas previsibles. La diversidad de tipologías del carácter humano en abstracto, amplía geométricamente las posibles pautas y actitudes de comportamiento al entrar en contacto con factores de socialización, nacionalidad, genética, ambiente familiar, educación, religión, clima, salud, alimentación...Sin embargo, el comportamiento de las realidades de las “ciencias de ciencias”, qué duda cabe, podrá variar en función de multitud de circunstancias que implicarían excepciones a la regla general o, incluso, manifestar situaciones anómalas no previsibles, pero explicables, en cualquier caso, técnica y lógicamente.

En cualquier caso, el reto por la calidad ha de mantenernos activos y alerta, cuando menos por una cuestión de responsabilidad. Responsabilidad que el

---

<sup>582</sup> En este sentido reflexiona ROMÁN MARUGÁN, P., "La mediación y la negociación políticas, algunas cuestiones de debate en torno a una estrategia provechosa", *Revista de Mediación*. Año 6, nº12. Segundo semestre 2013, pág. 12. "En este aspecto, se constata que en el campo de ADR, la ciencia política resulta ser a día de hoy una neófita; siendo interesante y necesaria una incursión intensa y sólida en esta línea de investigación, tanto por favorecer una mayor comprensión y explicación de los conflictos, como por abordar un nicho de especialización que se encuentra en territorio fronterizo con otras ciencias. Se debe mantener el espíritu interdisciplinar, pero sin abandonar ninguna parcela".

diplomático francés F. CALLIERES nos recordó, ya en 1688, cuando publicó “Negociando con Príncipes”<sup>583</sup>:

*“Para constituirse en buen negociador, no basta con detentar cantidad de ideas, rapidez mental u otras cualidades propias de la inteligencia. es necesario poseer cualidades que dependen del corazón. no existe otro empleo que requiera mayor elevación y nobleza de sentimientos en cuanto a la manera de actuar”.*

---

<sup>583</sup>DE CALLIÉRES, F., *Negociando con príncipes*, Madrid, La Esfera de los libros, 2001.





## CONCLUSIONES

1. La primera decisión estratégica para la solución de un conflicto es elegir el método adecuado; analizar las características del conflicto y los principios y ventajas de los métodos de solución son los criterios principales. La continuidad de las relaciones, la reputación y la complejidad estratégica son intereses característicos de los conflictos empresariales que se protegen adecuadamente por la no erosión, confidencialidad y retención del control de la decisión, propios de los llamados “métodos alternativos”. Su flexibilidad permite configurar una amplia tipología adaptable a las necesidades del conflicto y genera un alto grado de satisfacción en quienes los utilizan, aunque son críticos con algunos aspectos de su aplicación práctica.

2. Los MASC no son algo nuevo y tienen un entronque histórico y cultural no sólo en los sistemas jurídicos anglosajones sino en los distintos sistemas jurídicos. Existen elaboraciones doctrinales en los sistemas codificados, en concreto en España, que reconocen a las formas persuasivas de solucionar conflictos como modo ideal de justicia y de tutela efectiva de los derechos. Habiéndose planteado su naturaleza como requisito de procedibilidad en la justicia civil, parece haber tenido mayor eficacia práctica para su desarrollo una activa promoción desde la judicatura que implica análisis de conflicto y flexibilizar el criterio del vencimiento objetivo. El estudio del origen histórico, función social y económica y su evolución en distintos sistemas jurídicos comparados

nos permite extraer ciertas consideraciones críticas sobre cómo debieran ir configurándose en nuestro sistema.

3. Diferentes modelos culturales y legales encuentran su referencia en distintos modelos filosóficos. Conocer el modelo filosófico utilizado por las partes en conflicto permite a las partes y al neutral diseñar estrategias más eficientes de intervención en la solución del conflicto, al entender por qué se comienza a cooperar al decidir acudir a MASC, permitiendo que fluya la información asimétrica y manteniendo una postura constructiva durante su desarrollo. Ciertas consideraciones prácticas en torno al “el dilema del prisionero” se pueden ilustrar analizándolas al abordar la solución de un simulacro de conflicto. No obstante, existen tantos enfoques como acercamientos filosóficos y no cabe simplificar ni categorizar sino simplemente establecer las bases para un método de análisis.

4. Se culpa a los abogados de obstaculizar o, al menos, ralentizar el uso de los métodos alternativos de solución de conflictos<sup>584</sup>. La raíz de ese problema parece estar en que la formación ofertada por las universidades para formar a los operadores jurídicos no los ha incluido hasta hace poco como parte de la disciplina donde se estudian los métodos de solución de conflictos, limitándose a los métodos heterocompositivos. El desarrollo en el uso de los MASC requiere un cambio de cultura y del entendimiento del valor añadido que las

---

<sup>584</sup> Así lo expresa FLEERACKERS, "Contemporary lawyers on the other hand, in the lust for qualification, tend to locate and isolate cases, securing and immobilizing what cannot be fixed. Accordingly, in their fixation, they block and obstruct the way to the essence of their quest, the *truth* of the case". Cfr. FLEERACKERS, F., *cit.*, pág. 28.

profesiones jurídicas aportan a la sociedad y, por supuesto incorporarlos al contenido de los planes de estudio de las facultades de Derecho<sup>585</sup>. La labor de promoción vendrá también muy condicionada por el papel que adopte la judicatura respecto al uso de los métodos intrajudicialmente. La falta de calidad, no distinguir distintos ámbitos para la mediación y la excesiva legalización están suponiendo un freno para el desarrollo.

5. Los métodos alternativos de solución se adaptan adecuadamente a la naturaleza compleja de los conflictos entre empresas. Con carácter previo a la elección del método concreto se ha de desarrollar una fase de obtención y protección de la información. El diseño de una estrategia para abordar el desarrollo del método, separadamente por el neutral y por cada parte, ha de ser dual, orientado al mediador y a la otra parte. Esto condicionará la táctica utilizada durante la fase de desarrollo del método. Los métodos autocompositivos de solución de conflictos exigen desarrollarse en un marco legislativo de mínimos.

6. El compromiso con el arreglo pacífico de los conflictos es uno de los pilares de la “cultura de paz” promovida por la ONU, vinculada a posibilitar que se desarrollen actitudes para el diálogo, la negociación, la formación de consenso y la solución pacífica de controversias inicialmente entre los individuos, para ir ascendiendo a los grupos, las instituciones, las empresas y los Estados. Filtrado a través de la

---

<sup>585</sup> Sobre la formación y tránsito en los abogados de los enfoques de confrontación a la cooperación, la experiencia que narra LLAN DE ROSOS, F. S., en JUSTINIANO, G.M. (Coord.) , *El Arte de Lograr Acuerdos. Recursos en Mediación*, Lumen, Buenos Aires, 2002, , págs. 165-180

experiencia del Derecho comparado, especialmente en lo relativo a confidencialidad, suspensión de plazos y ejecución, la UE incorporó ese cambio cultural a través de la Directiva de Mediación y su trasposición, que aún presenta interrogantes pendientes de solución y desarrollo. La promoción del uso de los MASC exige algunas reformas ligadas a las propuestas cercanas al Análisis Económico del Derecho, aunque algunas iniciativas comienzan a fraguar como en el Derecho concursal.

7. Podemos aprender algo de la política, la literatura, el cine, la historia, la empresa y las relaciones internacionales que nos permita reflexionar sobre solución de conflictos. Un análisis multidisciplinar desde distintos ámbitos de la ciencia y la cultura permite extraer pautas de análisis de conflicto y de diseño de estrategias. El espacio de reflexión así generado permite avanzar en el reto de calidad de los métodos de solución de conflictos.

## BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- ALAUSTREY GRACIA, R.
  - "Traslación de la mediación y sus acuerdos al proceso judicial", en *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2009
  - "La Mediación ante la ejecución Hipotecaria, una oportunidad para la dignidad, un ejercicio de responsabilidad social", en *El Notario del siglo XXI*, nº 45, 2012
- ALBRECHT, K., *Inteligencia Social. La nueva Ciencia del Éxito*, Vergara, Barcelona, 2006
- ALVAREZ DE MON PAN DE SORALUCE, S., *No soy superman. Luces y sombras de una conversación interior*, Pearson Educación, Madrid, 2007
- ALZATE SAEZ DE HEREDIA, R., "Importancia de la educación en resolución de conflictos" en *Revista de Mediación*. Año 3. Nº 6, Octubre 2010
- ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, MERINO ORTIZ, C., MÉNDEZ VALDIVIA, M., "Generando Opciones en Mediación", en SOLETO, H. (Dir.), *Mediación y Solución de Conflictos. Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2013
- ANDRÉS IBAÑEZ, P., "EL Juez", en DIEZ-PICAZO, I. (coord.), *El Oficio de Jurista*, Madrid, Siglo XXI, 2006

- ANGLIM, S., JESTICE, P.G., RICE, R.S., RUSCH, S.M., SERRATI, J., *Técnicas Bélicas del Mundo Antiguo*, Libsa, Madrid 2006
- ARAGONESES ALONSO, P., *Proceso y Derecho procesal*, Ed. Edersa, Madrid, 1997
- ARENAS, P. PORRAS SENDRA, C., *Hablar en Público Correctamente*, Edimat, Madrid, 2005
- ASSOCIATION OF INTERNATIONAL ARBITRATION (ed.), *The New EU Directive on Mediation*, Amberes, Maklu 2008
- ATKINSON, M., *Claves para Hablar en Público*, Gestión 2000.com, Barcelona, 2005
- AXELROD, R., *The Evolution of Cooperation*, Basic books, Nueva York 1984
- AZNAR GINER, E., *Mediación concursal, los acuerdos extrajudiciales de pago*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014
- BABBITT, H.F., "Jimmy Carter, El poder de la persuasión moral en la mediación internacional", sobre mediación política y los Acuerdos de Camp David", en KOLB, D., (Coord.), *Cuando hablar da resultado*, Buenos Aires, Paidós, , 1996
- BACON, F., *Ensayos. 22) De la Astucia*, Aguilar, Barcelona, 1980
- BAILEY, C., y DATMON, G., "Mediation from the advocate's seat", *New Law Journal*, 13 de mayo de 2005
- BANDIERI, L. M.
  - *La mediación tópica*, Editorial El Derecho, Buenos Aires, 2007

- “Derecho Global y Nuevo Medievo Jurídico”, en *Dikáion*, año 16, nº 111, 2002
- BARJAU, E., *Elogio de la Cortesía*, Antonio Machado Libros, Madrid, 2006
- BARONA VILAR, S.
  - “Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación”. Universidad Católica del Norte. Sección, Ensayos. Año 18 – nº 1, 2011
  - *Solución extrajudicial de conflictos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999
- BATALLER GRAU, J. (dir.) y VEIGA COPO, A. (coord.), *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Thomson-Reuters, Madrid, Cívitas, 2014
- BECKER-HAVEN, J.F., *Modes of mediating child custody disputes*. Stanford Center on Conflict and Negotiation, Palo Alto, Calif.,1990
- BENJAMIN, R. D., “Mediation in Politics and The Politics of Mediation”, *Mediate.com*, 2010
- BERCOVITCH, J., “Understanding Mediation’s Role in Preventive Diplomacy”, *Negotiation Journal*, 12, 3 (July 1996)
- BERMEJO, J.C., *El arte de sanar a las personas. Entre el counselling y el coaching*, Sal Terrae, Maliaño (Cantabria), 2012
- BERNÍ, J., *El abogado instruido en la práctica civil*, Valencia, 1738, edic. facsimilar de Lex Nova, Valladolid, 2006

- BIEGER, P., “El Abogado”, en DIEZ-PICAZO, L. M., (Coord.), *El Oficio de Jurista*, Siglo XXI, Madrid, 2006.
- BILLIKOPF ENCINA, G., “Mediación Dirigida por los Individuos. Otro avance hacia la mediación no Directiva”, en *Revista de Mediación* 2014, vol. 7, nº 2
- BLASCO, V., *Manual de Técnica Voccal*, Pequeña, Guadalajara, 2006.
- BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos. Una Visión Jurídica*, Editorial Reus, Madrid, 2009
- BLESA, C. y BRUGUÉ, Q., "Políticas complejas para una Sociedad Compleja, de la jerarquía a la administración relacional", en *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2009
- BOQUÉ TORREMORELL, M.C., *Tiempo de Mediación*, CEAC, Madrid, 2005
- BREHLER, R., *Prácticas de Oratoria Moderna*, Editorial El Drac, Madrid, 1999
- BRENDEL, A., *De la A a la Z de un pianista. Un libro para amantes del piano*, Acantilado, Barcelona, 2012
- BRETON, P., *El arte de convencer. Las claves para argumentar y ganar una negociación*, Paidós, Barcelona, 2008
- BRIZ GÓMEZ, A. (Coord.), *Saber Hablar*, Instituto Cervantes-Aguilar, Madrid, 2008



- BROWN, J.A.C., *Técnicas de Persuasión*, Alianza, Madrid, 1978
- BRUDER, A.E, " Unauthorised Amiable Compositeur?" en *Dispute Resolution International*, vol. 8, Nº 1, May 2014
- BUSTELO, D. J., *La Mediación. Claves para su comprensión y práctica*, Tritoma, Madrid, 2009
- CAIRNS, D. Y MADALENA, I., "El Reglamento de la ICC relativo a los dispute boards", *Revista. Jurídica. La Ley*, año XXVI, nº 6258, de 23 de Mayo de 2005
- CALCATERRA, R.A., *Mediación Estratégica*, Gedisa, Barcelona, 2006
- CALVO CARAVACA, A. y AREAL LUEÑA, S. (dir.), *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Colex, Madrid, 2005
- CANEL. M.J., *Comunicación Política. Una Guía para su Estudio y Práctica*, Tecnos, Madrid, 2006
- CAPELLA, J.R.
  - *El Aprendizaje del Aprendizaje. Fruta Prohibida. Una introducción al estudio del Derecho*, Trotta, Madrid, 1995
  - *Fruta Prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*, Trotta, Madrid, 1997
- CARLIN, J., *El Factor Humano*, Seix Barral, Barcelona, 2009
- CARR, I., "Mediation, Features, Associated issues and Harmonisation on the Horizon", *Journal of International Commercial Law*, 2004

- CARRASCAL GUTIERREZ, A., “La mediación internacional en el sistema de naciones unidas y en la unión europea, evolución y retos de futuro”, *Revista de Mediación*, Año 4, Nº 8, 2º semestre 2011
- CARRETERO MORALES, E.
  - “Comentarios al Anteproyecto de Ley en Asuntos Civiles y Mercantiles” en *Riedpa, Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 1/2011
  - " El Estatuto del Mediador Civil y Mercantil", en *Revista de Mediación* 2014, vol. 7, nº1
- CARRETERO SANCHEZ, S., “La Deontología del Abogado en el mundo de las sociedades profesionales, necesidad de reflexiones y propuestas de futuro”, en *Diario “La Ley”*, año XXVII, nº 6439, lunes 13 de marzo de 2006
- CARROLL, E. & MCKIE, K., *International Mediation. The art of business diplomacy*, Hague, Kluwer Law International, London and Boston, 1999
- CASANOVAS ROMEU, P.
  - *El dialogo como fuente del derecho*, en *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Vol. 2, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2009
  - "Ética en la mediación y ética de la mediación, la redefinición del espacio público", en LAUROBA LACASA, M.E. y ORTUÑO MUÑOZ, P. (Coord.), *Mediación Es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de Mediación Civil y Mercantil, Actas del III Simposio “Tribunales y Mediación”*, Madrid, septiembre, 2013

- CASTAÑEDA, M., *Escuchar(nos)*, Taurus, México D.F., 2011
- CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- CAVA, R., *Cómo tratar con personas difíciles*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2005
- CECCHI, E., *México*, Editorial Minúscula, Barcelona, 2007
- CEDR, *The CEDR Mediator Handbook. Effective Resolution of Commercial Disputes*, London, 2004
- CLARK, C., The Philosophical Underpinning and General Workings of Chinese Mediation Systems, What Lessons Can American Mediators Learn?, en *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 2, issue 1, 2001
- CLOKE, K., “Conflict and Movements for Social Change, The Politics of Mediation and the Mediation of Politics”, en *Mediate.com*, July 2013
- CLUB ESPAÑOL DE ARBITRAJE. Grupo de trabajo "Mediación y Concurso, La mediación en la fase de acuerdo extrajudicial de pagos. Documento de trabajo, 20 marzo 2013. N/P
- COBEN, J.R. & THOMPSON, P.N., “Disputing Irony, A Systematic Look at Litigation About Mediation” en *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 11,43, Spring 2006
- COASE, R., “The problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, vol. III, Oct. 1960

- COHEN S.P. y ALTIMIRA, R., *Claves de negociación...con el corazón y la mente*, McGraw Hill e Instituto Empresa, Madrid, 2003
- CONNERTY, A., “Lex Mercatoria, Reflections from an English Lawyer”, en *International Arbitration (LCIA)*, vol. 30 nº4, 2014
- CONTHE, M., *La Paradoja del Bronce. Espejismos y Sorpresas en el Mundo de la Economía y la Política*, Crítica, Barcelona, 2007
- CORSÓN PEREIRA, F., y GUTIERREZ HERNANZ E., *Mediación y Teoría*, Dykinson, Madrid, 2014
- COSTA, M., GALEOTE, P. y SEGURA, M., *Negociar para vencer*, Mc Graw Hill, Madrid, 2004.
- COX, H., “Effective Use of Depositions in Mediation” en *Mediate.com*
- CPR Legal Program, *ADR and the Court, A manual for Judges and Lawyers*, Batterworth, New York, 2014
- CREUTZFELDT, N. AND GILL, C, *The Impact and Legitimacy of Ombudsman and ADR Schemes in the UK*, The Foundation for Law, Justice and Society, Oxford 2015
- CUMMINS, T., “The IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration – Levelling the Playing Field?”, en *Arbitration International (LCIA)*, vol. 30, nº3, 2014
- DARWIN, C., *La Expresión de las Emociones*, Laetolí, Barcelona, 2009
- DAVID, R. “The Methods of Unification”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 16, 1968

- DAVID, R. y JAUFFRET-SPINOSI, C. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. 11º ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 2010.
- DAVIS, F., *La Comunicación No Verbal*, Alianza Editorial, Madrid, 1992
- DE CAPMANY Y DE MONTPALAU, A., *Filosofía de la Elocuencia*, Imprenta de Sancha, Madrid, 1842
- D'ORS, *Biografía del Silencio*, Siruela, Madrid, 2012.
- DE BALANZÓ SOLÁ, I., “La (re)instauración de la mediación en Cataluña durante la última década del siglo XX”, en *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2009
- DE BOISSESON, M., “Thoughts on the future of ADR in Europe , A Critical Approach”, *Arbitration International*, vol. 15, núm. 4, 1999
- DE CALLIÉRES, F., *Negociando con príncipes*, Madrid, La Esfera de los libros, 2001
- DE DIEGO VALLEJO, R. y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Pirámide, Madrid, 2008
- DE MANUEL DASÍ y MARTÍNEZ-VILANOVA, R., *Técnicas de Negociación. Un método práctico*, ESIC, Madrid, 2005
- DENNY, N., “Is Liberal Humanism Holding Mediation Back?”, en *Mediate.com*, October 2013
- DESCARTES, R., *Discurso del Método*, Alianza, Madrid, 1979

- DEZALAY, Y., "Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit", Fayard, París, 1992
- DHINGRA, J., "Is it time to Unseal Sealed Offers in Interantional Arbitration, As a Negotiation Strategy or Pressure Tactics?" en, *Arbitration International*, vol. 28, nº 3, 2012
- DÍAZ DE LA CEBOSA SÁNCHEZ, B., *18 Relatos Históricos para Persuadir y Dirigir*, Dykinson, Madrid, 2012
- DIAZ, L.M.
  - "Unlearning and Learning From Freud For Negotiated Solutions" en *Mediate.com*, diciembre 2008
  - "Darwin como teórico del conflicto", en *ADRresources.com*, 2009
- DIEZ, F., "Acerca del Espacio y la Mediación", en *Revista de Mediación*, 2014, vol. 7, nº 2
- DIEZ-PICAZO, L. M., (Coord.), *El Oficio de Jurista*, Madrid, Siglo XXI, 2006
- DÍEZ RIAZA, S., "El contrato de mediación civil y mercantil" en GISBERT POMATA, M. y DÍEZ RIAZA, S., *El contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*, Tomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2014
- DINOUART, A., *El Arte de Callar*, Madrid, Siruela, 1999
- DODSON, CH., "Mediation. A commercial approach to dispute resolution" en *PLC*. Oct. 1999

- DONNELLAN, D., *El Actor y la Diana*, Madrid; Fundamentos, 2004
- DURÁN y LALAGUNA, P., *Una Aproximación al Análisis Económico del Derecho*, Granada, Comares, 1992
- EHRLICH, R., “Shhhh! The Big Risk Associated With Mediation Confidentiality Nobody Talks About” en *Mediate.com*, septiembre 2014
- EKMAN, P., *Cómo detectar mentiras*, Paidós, Barcelona, 2005
- FAJARDO MARTOS, P.
  - “Estrategia y Mediación. Análisis de las ventajas estratégicas que para la solución de conflictos empresariales ofrecen los principios y garantías que regulan la mediación” en GONZALO QUIROGA, M., GORJÓN GÓMEZ, F. J., SÁNCHEZ GARCÍA, A., (coords.), *Métodos alternos de solución de conflictos, herramientas de paz y modernización de la justicia*, Dykinson, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2011
  - "Mediación empresarial y mercados. ¿Se está ofreciendo la formación que demandan los usuarios?", en LAUROBA y ORTUÑO (coords.), *Mediación Es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de Mediación Civil y Mercantil, (Actas del III Simposio “Tribunales y Mediación”*, Madrid, septiembre, 2013), Huygens, Barcelona, 2014
- FAJARDO MARTOS, P. y SANZ PARRILLA, M., "La Mediación como Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos en Derecho de Seguros y Reaseguros, en *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos Caminos para la Justicia*. Comunicaciones 18-19 de junio de 2009, Barcelona

- FARÍAS NAZEL, P., “Cambios en las distancias culturales entre países, Un análisis a las dimensiones culturales de Hofstede”, *Opción*, Universidad del Zulia, Venezuela, vol. 23, núm. 52, abril, 2007.
- FARRÉ SALVA, S., *Gestión de Conflictos, taller de mediación. Un enfoque socioafectivo*, Barcelona, Ariel, 2004
- FELLAS, J., “International Arbitration under the Bermuda Form”, en *Dispute Resolution International*, vol. 8 nº 2, Octubre 2014
- FERNÁNDEZ J. DE CISNEROS, I., MEDINA, F.J., DORADO, M.A., "Características Personales de los Mediadores", en MUNDUATE, L. Y MEDINA, F.J. (Coord.), *Gestión del Conflicto, Negociación y Mediación*, Ed. Pirámide, Madrid, 2005
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción y Arbitraje en Derecho Romano*, Iustel, Madrid, 2006
- FERNÁNDEZ SERRANO, A., *La abogacía en España y en el mundo*, T. V. I, Ediciones LID, Madrid, 1955
- FIADJOE, A., *Alternative Dispute Resolution, a developing world in perspective*, Cavendish Publishing Limited, London, 2011
- FINN, A., *Correr con los Keniatas*, Ediciones B, Barcelona, 2012
- FISHER, R., *Más allá de Maquiavelo*, Granica, Buenos Aires, 1994
- FISHER, R; URY, W, y PATTON, B., *Obtenga el sí. El arte de negociar sin ceder*, Gestión, 4º ed., Barcelona, 2000
- FISHER, R., SHAPHIRO, D., *Las emociones en la negociación. Cómo ir más allá de la razón en la planificación y desarrollo de las negociaciones*, Granica, Barcelona, 2005



- FLEERACKERS, F., "The role of lawyers in Interaction, Mediation, ADR and Legal Thinking" en ASSOCIATION OF INTERNATIONAL ARBITRATION (ed.), *The New EU Directive on Mediation*, Amberes, Maklu 2008
- FLOOD, M., "Some Experimental Games" en *Memoria de investigación R.N.-789*, RAND Corporation, Santa Mónica, California, 1955
- FOLGER, J.P., "La mediación transformativa, preservación del potencial único de la mediación en situaciones de disputas", en *Revista de Mediación*, año 1, nº 2, Octubre 2008
- FOLGER, J. y TAYLOR, A, *Nuevas direcciones en mediación, investigación y perspectivas comunicacionales*, Paidós, Madrid, 1997
- FORNER DELAYGUA J. J., "La Ley modelo UNCITRAL de conciliación internacional, ¿en qué puede ayudar a la conceptualización normativa de la mediación?" en *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2009
- FRANCO CONFORTI, D., "Mediación en las Organizaciones", en *Revista de Mediación* 2014, vol. 7, nº 2
- FRANKFURT, H.G., *On Bulshit. Sobre la Manipulación de la Verdad*, Paidos, Barcelona, 2006
- FREIRE PÉREZ, R., "La posición del juez ante la mediación, ¿espectador, participante, garante?", en SOLETO MUÑOZ, H. (dir.), *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Tecnos, 2ª Ed., Madrid, 2013

- FUKUYAMA, F., *La gran ruptura*, Atlántida, Madrid, 1999
- GAILLARD, E., “Sociology of International Arbitration”, *Arbitration International (LCIA)*, vol. 31, nº 1, 2015
- GARICANO, L., *El Dilema de España. Ser más productivos para vivir mejor*, Ed. Península Atalaya, Barcelona, 2014
- GARCÍA GARCÍA, R., *Mediación y derecho mercantil en España. Aspectos polémicos y polemizables de la Ley 5/2012*. N/p.
- GARCÍA RAMÍREZ, J., *Estrategia de oratoria Práctica para Abogados*, Colex, Madrid, 2004
- GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P.M., *Materiales para la práctica de la mediación*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014
- GARCÍA VILLALUENGA, L., "La mediación a través de sus principios. Reflexiones sobre el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 4, 2010
- GARCÍA VILLALUENGA, L., TOMILLO URBINA, J., VAZQUEZ DE CASTRO, E., *Mediación, Arbitraje y Resolución Extrajudicial de Conflictos en el Siglo XXI*, Tomo I Mediación, Editorial Reus, Madrid, 2013
- GHANDI, M, “Mis experiencias con la verdad”, II. Capt XV (“Preparativos para el pleito”), Eyras editor, Madrid, 1955
- GIMÉNEZ ROMERO, C., "Modelos de mediación y su aplicación en la mediación intercultural", en *Migraciones*, nº 10, Diciembre 2011
- GIMENO SENDRA, V. *et alii*, *Derecho Procesal*, Tomo I, Vol. I,

Valencia, Tirant lo Blanch, 1989

- GINEBRA MOLINS, M. E. Y TARABAL BOSCH, J., "La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes, las cláusulas de mediación", en *Indret*, 2013-4
- GISBERT POMATA, M. y DÍEZ RIAZA, S., *El contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*, Tomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2014
- GLADWELL, M., *Inteligencia intuitiva. ¿Por qué sabemos la verdad en dos segundos?*, Punto de Lectura, Barcelona, 2006
- GLASL, F., *Conflict Management and Industrial Relations* Kluwer-Nijhoh, Boston, 1982
- GLASL, F., *Confronting Conflict*, Hawthorn Press, Bristol, 1999
- GOLANN, D., "Legal Mediation, A Process of Repair—or Separation? An Empirical Study, and Its Implications", *Harvard Negotiation Law Review*, nº. 301, 2002
- GOLDSCHMIIDT en "Guerra, duelo y proceso", *Revista de Estudios Políticos*, nº 54, 1950
- GOLEMAN, D., *La práctica de la inteligencia emocional*, Kairos, Barcelona, 2002
- GOLEMAN, D., *Inteligencia Emocional*, Kairos, Barcelona, 1995
- GOMÄ, J., *Ejemplaridad Pública*, Taurus, Madrid, 2009
- GÓMEZ RODRÍGUEZ, A., "Costas procesales", en *Diario La Ley*, nº 8072, 29 Abr. 2013

- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Coord.), *Mediación, un método de ? conflictos*, Estudio interdisciplinar, Colex, Madrid, 2010
- GONZALEZ MARTÍN, L.A., “La mediación civil y mercantil, una necesidad y una obligación legal en el espacio de la Unión Europea. La importancia de la figura del profesional de la mediación”, en *Revista de Mediación*, Año 5, nº 9, primer semestre 2012
- GONZALO QUIROGA, M.
  - "Convenio y procedimiento arbitral en el ámbito asegurador, una propuesta práctica", en *Revista Española de Seguros*, nº 125
  - *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, una perspectiva disciplinar*, Dykinson, Madrid, 2006
- GONZALO QUIROGA, M., GORJÓN GÓMEZ, F. J., SÁNCHEZ GARCÍA, A., (coords.), *Métodos alternos de solución de conflictos, herramientas de paz y modernización de la justicia*, Dykinson, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2011
- GRABARCZYK, A.H., *La mediación cultural en la interpretación bilateral de negociaciones empresariales. Una perspectiva etnolingüística*, Textos Mínimos-Universidad de Málaga, 2009
- GRACIOUS, T., *The UNCITRAL Convention on Enforceability of Settlement Agreements Resulting from International Commercial Mediation*, Mediate.com, julio 2015
- GREENE, R., ELFFERS, J., *Las 48 Leyes del Poder*, Espasa Calpe, Madrid, 2002
- HALSMITH, M., "The Mediator Opening Statement", en *ADR Bulletin*, Bond University, vol. 12, nº 6, 2011

- HAMMOND, JS, KEENEY, R. y RAIFFA, H., “The Hidden Traps in Decision Making”, *Harvard Business Review*. 1998 vol. 5, nº 76
- HARRIS, M., *Vacas, cerdos, Guerras y Brujas*, Alianza, Madrid 1974
- HART, H. L.A., *The Concept of Law*, Clarendon Law Series, Oxford, 1961
- HART, S., *El Lenguaje de los Animales*, Alianza, Madrid, 1997
- HAZM DE CORDOBA, I., *El Libro de los caracteres y las Conductas*, Siruela, Madrid, 2007
- HERBERT SMITH FREEHILLS, *ADR in Asia. Spotlight of Mediation in Hong Kong*, Issue 1, January 2015
- HERNÁNDEZ GUERRERO, J.A., GARCÍA TEJERA M.C., *El Arte de Hablar. Manual de Retórica y de Oratoria Moderna*, Ariel, Madrid, 2004
- HINT, A. J., *Mediation, A practical guide*, Cavendish Publishing, London, 2004
- HOFSTEDE, G.
  - “Culturas y Organizaciones. El software mental. La cooperación internacional y su importancia para la supervivencia”, Alianza, Madrid, 1999
  - “Dimensionalizing Cultures, The Hofstede Model in Context” en *Online Readings in Psychology and Culture*, 2011
- HOWELL-RICHARDSON, P., "The European Mediation Directive and some Thoughts on the Principles Involved in Dealing with the Problems Surrounding Mediation Confidentiality", en ASSOCIATION OF

- INTERNATIONAL ARBITRATION, (ed.), *The New EU Directive on Mediation*, Amberes, Maklu 2008
- HOWELL-RICHARDSON, P., “Concluding the Mediation”, en NEWMARK C. y MONAGHAN A. (ed), *Mediators on Mediation*. London, Butterworths, 2005
  - HUMPHREY, N., *La Mirada Interior*, Alianza, Madrid, 1993
  - HUNT, L., *La Invención de los Derechos Humanos*, Tusquet, Barcelona, 2009
  - IBÁÑEZ NAJAR, J.E., *Justicia Transicional y las Comisiones de la Verdad*, Biblioteca de Derechos Humanos del Instituto Berg, Madrid, 2014
  - INGEN-HOUSZ, A. (dir.), *ADR in business, Practice and issues across countries and cultures*, v. 2, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, 2011
  - JARRET, B., "Exploring and Practising Integral Mediation" en *Dispute Resolution International*. vol. 6, nº 1, May 2012
  - JEAMBAR, D., y ROUCADE, Y., *Elogio de la Traición. Sobre el arte de gobernar por medio de la negociación*, Gedisa, Barcelona, 1999
  - JIMÉNEZ ASENSIO, MORENO CATENA Y PASTOR PRIETO, “Reflexiones sobre la justicia. Una aportación desde Galicia” Santiago de Compostela, Xunta de Galicia, 2009
  - JOULE, R-V., BEAUVOIS, J-L., *Pequeño Tratado de Manipulación para Gente Bien*, Pirámide, Madrid, 2008

- JUSTICE WORKING PARTY, *Delivering Justice in the Age of Austerity* 23 April 2015
- JUSTINIANO, G.M. (Coord.), *El Arte de Lograr Acuerdos. Recursos en Mediación*, Lumen, Buenos Aires, 2002
- KAFKA, F., *En la colonia penitenciaria*, Editorial Navona, octubre, Barcelona, 2009
- KAUFMANN-KOHLER, G., “When Arbitrators Facilitate Settlement, Towards a Transnational Standard”, en *Arbitration International, LCIA*, vol. 25, number 2, 2009
- KEISER, T. C., "Ocho estrategias para negociar positivamente con un cliente difícil", en SCHMIDT, W.H. *et alii*, *Negociación y resolución de conflictos*, Harvard Business Review, Deusto, Bilbao, 2001
- KEMICHA, F, “The Approach to Mediation in the Arab World” en *Conference on Mediation*, March 29, Geneva, Switzerland, 1996
- KISSINGER, H., *Diplomacia*, Ediciones B, Barcelona, 2010
- KOLB, D.M. (coord.), *Cuando Hablar Da Resultado*, Paidós, Buenos Aires, 1996
- KONNIKOVA, M., *¿Cómo Pensar como Sherlock Holmes?* Barcelona, Paidós, 2013
- KROGERUS, M. & TSCHÄPPELER, R., *The Decision Book. Fifty Models for Strategic Thinking*. London, Profile Books, 2008
- LANNERY, L. and MERKIN, R., “Emirates Trading, good faith, and pre-arbitral ADR clauses, a jurisdictional precondition?” en *Arbitration International (LCIA)*, 2015 vol. 31, n°. 1

- LARA PAYÁN, J. R., “Aplicación Práctica de la Ley 5/2012, de Mediación”, en *Diario La Ley*, 22 de abril de 2013
- LAURIE, P., y LACK, J., “Guided Choice Dispute Resolution Processes, Reducing the Time and expense to Settlement”, en *Dispute Resolution International* , Vol. 8 nº 2, Octubre 2014
- LAUROBA LACASA, M.E. y ORTUÑO MUÑOZ, P. (Coord.), *Mediación Es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de Mediación Civil y Mercantil, (Actas del III Simposio “Tribunales y Mediación”, Madrid, septiembre, 2013)*, Huygens, Barcelona, 2014
- LAX, D.A., SEBENIUS, J.K.; *Negociación Tridimensional*, Granica, Barcelona, 2007
- LAW, Siew-Fang, “The Construct of Neutrality and Impartiality in Chinese mediation”, en *Australasian Dispute Resolution Journal*, vol. 22, nº 118, 2011
- LEATHES, M., "The Medici Effect of Mediation", en *Mediate.com*, abril 2015
- LEE RAFFEL, M.S.V., *I hate conflict. Seven Steps to Resolving Differences with Anyone in your Life*, Mcgraw Hill, New York, 2008
- LEHRER, J, *The Decisive Moment. How the brain makes up its mind*, Cannongate, Edimburgh, 2009
- LESSONA en “Los deberes sociales del Derecho procesal civil”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1897
- LEVICK, R. S. y SMITH L., *Stop the presses. The Crisis and Litigation PR Desk Reference*, Watershed Press, Washington, 2007



- LEVIN, A. Y R. WHEELER, R., *The Pound Conference, Perspectives on Justice in the Future*. West Publishing Company, 1979
- LEWICKI, R.J., HIAM, A., WISE OLANDER, K., *Piense Antes de hablar. Guía Completa de la Negociación estratégica*, Ed. Deusto, Bilbao, 2003
- LIBRO VERDE sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil COM (2002) 196 final. 19/4/2002
- LO CASCIO, V., *Gramática de la argumentación*, Alianza Editorial, Madrid, 1998
- LÓPEZ CALERA, N., “Filosofía del Derecho”, Comares, Granada, 1985
- LÓPEZ QUINTÁS, A., *La Tolerancia y la Manipulación*, Madrid, Rialp, 2001
- LORCA NAVARRETE, A.M., *La mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2012
- LORD CLARK, “Mediation – An integral part of our litigation culture”, discurso en *Littleton Chambers Annual Mediation Evening*, Gray’s Inn, 10 de junio de 2009
- LORD NEUBERGER OF ABBOTSBURY, “Educating Future Mediators”, *The Fourth Civil Mediation Council National Conference*, 11 de mayo, 2010
- LOWNEY, C., *El Liderazgo al estilo de los jesuitas. Las mejores prácticas de una compañía de 450 años que cambió el mundo*, Gránica, Barcelona, 2004.

- LOZANO CORREA, L., “¿Puede un Med/Arb actuar en dos procesos?”, en *Revista de Mediación*, nº 10, 2012
- MACHO GÓMEZ, C.
  - "La mediación comercial como instrumento para la resolución de conflictos en la práctica de Inglaterra y Gales", en GARCIA VILLALUENGA, L.; TOMILLO URBINA, J. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (coodir.), *Mediación, Arbitraje y Resolución Judicial de Conflictos*, Madrid, Ed. Reus, 2010
  - "Los ADR (Alternative Dispute Resolutions) en el comercio internacional", en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2013), Vol. 5, Nº 2
- MACKIE, K., MILES, D., MARSH, W., ALLEN, T., *The ADR Practice Guide. Commercial Dispute Resolution*, Tottel Publishing, Sydney, 2007
- MADRID LIRAS, S.
  - “Jueces y mediadores, ¿condenados a entendernos?” en *Revista de Mediación*, Año 2, nº 3, Marzo 2009
  - "El dilema de la Elección y los Buenos Maestros", en *Revista de Mediación*, vol. 7, nº 2, 2014
  - "Entrevista Motivacional en Mediación" en *Revista de Mediación* 2014, vol. 7, nº 1
- MALARET, J., *Negociando con uno mismo en el trabajo y en la vida privada*, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 2006

- MANDEVILLE, B., *The fable of the bees, or Private Vices Public Benefits*, Londres, 1729
- MARÍN LÓPEZ, M.J., "Los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos de los usuarios de servicios financieros y su aptitud para la defensa de los intereses colectivos", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 136, 2014
- MARTÍN DIZ, F., *La Mediación, Sistema Complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, CENDOJ, 2010
- MARTINEZ VAL, J. M., *Abogacía y Abogados*. Barcelona, Bosch, 1999
- *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Vol.1 y 2, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2009
- MATLIN R., "ADR and its use in Commercial Insurance Disputes" en *The Metropolitan Corporate Counsel*, vol. 14, No.6, June 2006
- McCRUM, M., *Hacersel el Sueco en las Antipodas*, Ariel, Barcelona, 2007
- MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, El Derecho Editores, Madrid, 2009
- MERCADO PACHECO, P., *El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*, ("El surgimiento del AED como teoría renovadora del discurso jurídico"), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994

- MERINO ORTIZ, C., *La Mediación Familiar en Situaciones Asimétricas*, Reus Editorial, Madrid, 2013
- MIDGLEY, M., *Delfines, Sexo y Utopía*, Turner, Madrid, 1996
- MILL, J. S. *El Utilitarismo*, Alianza Editorial, Madrid, 1984
- MILLS, H. A., *Negociar, el arte de ganar*, Barcelona, Editorial De Vecchi, 2000.
- MINISTRY OF JUSTICE- DEPARTMENT OF CONSTITUTIONAL AFFAIRES, *Civil Justice Reform Evaluation- A continuing evaluation of the Civil Justice Reforms*, August 2002
- MIRANZO DE MATEO, S., “Quiénes somos, a dónde vamos... Origen y evolución del concepto mediación” en *Revista de Mediación*, año 3, nº 5. Marzo 2010
- MNOOKIN, R., *Pactar con el diablo. Cuando negociar y cuando luchar*, Zenith, Barcelona, 2011
- MNOOKIN, R., PEPPET, S., Y TULUMELLO, A., *Resolver conflictos y alcanzar acuerdos. Cómo plantear la negociación para generar beneficios*, Gedisa, Barcelona, 2002
- MORALES, C.J., *Guía para Hablar en Público*, Alianza Editorial, Madrid, 2001
- MORALES FERNÁNDEZ, M.G., “La mediación, contenido de la tutela efectiva”, en LAUROBA LACASA, M.E. y ORTUÑO MUÑOZ, P. (Coord.), *Mediación Es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de Mediación Civil y Mercantil, (Actas del III Simposio “Tribunales y Mediación”*, Madrid, septiembre, 2013), Huygens, Barcelona, 2014

- MORENTE MEJÍAS, F. (Dir.), *La mediación en tiempos de incertidumbre*, Dykinson, Madrid, 2010
- MORRIS, J., *Venecia*, RBA, Barcelona, 2008
- MOSTERÍN, J., *Aristóteles. Historia del Pensamiento*, Alianza Editorial, Madrid, 2006
- MOURA, D., “Mediação Comercial Internacional”, en CALVO CARAVACA, A. y AREAL LUEÑA, S. (dir.), *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Colex, Madrid, 2005
- MUNDUATE, L. y MEDINA, F.J. (coords.), *Gestión del Conflicto, Negociación y Mediación*, Ed. Piramide, Madrid, 2005
- MUNDUATE, L., BUTTS, T., MEDINA, F.J., MARTÍNEZ-PECINO, R., *Manual para la mediación laboral*, SERCLA, Junta de Andalucía.
- MUÑOZ MOLINA, A., *Todo lo que era solido*, Seix Barral, Barcelona, 2012
- MUÑOZ FERNÁNDEZ, A., "La mediación femenina como forma de acción política. Tiempos, contextos y transformaciones de un rol político (Castilla, siglos XIV-XV)", *E-Spania*, 15 de febrero de 2015
- NAJAR, J. C., “Corporate Counsel in the Era of Dispute management 2.0”, en *Business Law International*, vol. 15, nº3 Septiembre 2014
- NAVARRO, J. y KARLINS, M, *El Cuerpo Habla*, Sirio, Málaga, 2008
- NET L., "Mediation and arbitration – bringing the best of both worlds together", en *ILO Litigation*, abril 2015

- NEUMANN, J. V., *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton University Press, Princeton, Nueva Jersey, 1944.
- NEWMARK C. & MONAGHAN A. (ed), *Mediators on Mediation*. Butterworths, London, 2005
- NEWMAN, P., “Working with a Mediator”, *Construction Law*, Junio 2005
- O’BARR W. M., "Juju Atkinson, Desdibujando los límites entre mediación y juicio", en KOLB, D., (Coord.), *Cuando Hablar Da Resultado*, Paidós, Buenos Aires, 1996
- O’BRYAN, W.E., "Lessons for the European Union from Mediation in the United States", en ASSOCIATION OF INTERNATIONAL ARBITRATION(ed.), *The New EU Directive on Mediation*,Amberes, Maklu 2008
- ODDY, A., "English Court of Appeal suggests a rethink of the prohibition on court-ordered compulsory mediation, en *Herbert Smith Freehills ADR Blog*, 28 March 2013
- OLLERO TASSARA, A., “Deontología Jurídica” en *Revue de la B.P.C. THÈMES IV/2002*
- ORDINE, N., *La utilidad de lo inútil. Manifiesto*, Acantilado, Barcelona, 2013
- OREJUDO, A., *Un Momento de Descanso*, Tusquets, Barcelona, 2011
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., "The Law Applicable to International Mediation Contracts", en *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos Caminos para la Justicia*. Comunicaciones 18-19 de junio de 2009, Barcelona

- ORTUÑO MUÑOZ J. P., Y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Sistemas Alternativos a la Resolución de Conflictos (ADR), la mediación en las jurisdicciones civil y penal*, Documento de Trabajo 110/2007, Laboratorio de Alternativas, Fundación Alternativas, Barcelona
- ORTUÑO, J.P.
  - *Métodos de Racionalización de la Litigiosidad Civil y Mercantil en el Derecho Comparado*, Estudio no publicado, Consejo General del Poder Judicial, s/d
  - "Comentario al artículo 1. Concepto" en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013
  - "Comentarios a los arts. 7 y 8 (Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores y Neutralidad)" en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013
- OVEJERO BERNAL, A., *Técnicas de Negociación. Cómo negociar eficaz y exitosamente*, Mcgraw Hill, Madrid, 2004
- PÁRAMO ARGÜELLES, J.R., "Democracia, Preferencias y Negociación", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 2-1999
- PARK, .W. P., "A fair fight, Professional Guidelines in International Arbitration", en *Arbitration International (LCIA)*, vol. 30 nº 3

- PAULSON, J., “Metaphors, Maxims, and Other Mischief. The Freshfields Arbitration Lecture”, en *Arbitration International (LCIA)*, vol. 30, N° 4, 2014
- PEASE, A. y PEASE, B., *The definitive Book of Body Language*, Penguin, London, 2004
- PEI, CAO, *The Origins Of Mediation In Traditional China*, *Dispute Resolution Journal*, May 99, Vol. 54 Issue 2
- PELAYO LANVÍN, M., *La mediación como vía complementaria de resolución de conflictos*. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca, disponible en la página web de la Universidad de Salamanca, [http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110555/1/DDAFP\\_Pelayo\\_Lavin\\_M\\_LaMediacion.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110555/1/DDAFP_Pelayo_Lavin_M_LaMediacion.pdf)
- PERCAZ FOUR-POME , M. , "El poder de la disculpa sincera" , en *Revista de Mediación*. Año 1. No 1. Marzo 2008
- PETER PHILLIPS, F., *Commercial Mediation in China, The Challenge of Shifting Paradigms*, en *Business Conflict Managment*, s/d, recuperado en <http://www.businessconflictmanagement.com/index.html>
- PHILBIN, D., “The Psycology of Bad Economic Decisions”, en *Dispute Resolution Alert (JAMS)*, vol. 7 n°4, Otoño 2007.
- PHILLIPS, I., *The Joy of Negotiation*, CEDR, London, 2009
- POITRAS, J., “ What makes parties trust mediators?,” *Negotiation Journal July 2009*
- POOLE, C., "The Importance of Culture in Conflict Resolution", en *Mediate.com*, October 2013



- PORTELA, J.G., "Replanteamiento y Generación de Opciones", en SOLETO MUÑOZ, H., OTERO PARGA, M. (dir.), *Mediación y Solución de Conflictos. Habilidades para una necesidad emergente* Tecnos, Madrid, 2007
- POUNDSTONE, W., *El dilema del prisionero*. Madrid, Alianza Editorial, 1995
- POUNDSTONE, W., *Prisoner's Dilemma. John von Neumann, Game Theory and the Puzzle of the Bomb*, Doubleday, Nueva York, 1992
- PRATS ALBENTOSA L., "El acuerdo extrajudicial de pagos y la mediación concursal en la Ley de Emprendedores." *Abogacía Española*.
- PRATS ALBENTOSA, L., Conflictos entre particulares, solución entre particulares: la conciliación. En *Escritura Pública*, 2015, nº 95
- PRINCENC, T., "Joseph Elder, Pacificación discreta en una guerra civil", en KOLB, D., (Coord.), *Cuando hablar da resultado*, Buenos Aires, Paidós, , 1996
- PUCHALSKI, C., "The role of spirituality in health care", en *Proceedings*, Baylor University Medical Center. 2001 Octubre, 14(4).
- PUCHOL, L., *El Libro de la Negociación*, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 2005
- PUY MUÑOZ, F. "La Expresión "mediación jurídica", un análisis tópico", en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M., *Mediación y Solución de Conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007
- *QUANTIFYING the Cost of no using mediation- a data analysis*. European Parliament, Committee of Legal Affaires, 2011

- QUECEDO AVILÉS, A. “Los remedios para evitar el pleito, la mediación en Inglaterra y Gales”, en *Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 16/2013
- QUINTANA GARCÍA, A., "Comediación, cuando el mediador son varios", en *Diario La Ley*, No 8490, Sección Tribuna, 27 de Febrero de 2015
- RAMPIN, M., *Vender la Moto. Trucos de Manipulación del Lenguaje*, Alianza Editorial, Madrid, 2008
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 23º ed., Espasa Calpe, Madrid, 2014
- REDORTA, J.
  - “La mediación comunitaria, hoy”, en *Servicios Sociales y Política Social*, nº 53, 2001
  - *Cómo analizar los conflictos. La tipología de conflictos como herramienta de mediación*, (Algunos aportes del pensamiento actual sobre el conflicto), Paidós, Barcelona, 2004
  - "En torno a los métodos alternativos de solución de conflictos" en *Revista de Mediación*, año 2, nº 3, Marzo 2009
  - “La Justicia del Futuro” en *Courts and Mediation. New Paths for Justice*, European Press Academic Publishing, Florencia, 2011
  - *No Más Conflictos. Cómo Resolver Tensiones, Diferencias y Problemas en las Organizaciones*, Paidós, Barcelona, 2012
  - *Cómo actuar ante un conflicto*, Almuzara, Córdoba, 2014

- RELYEA G., Y CHENG, R., “From Gladiator to Mediator, The Challenges for Lawyers to Become Mediators”, *Mediate.com*, 7 de mayo de 2010
- RISKIN, L, "Understanding Mediators Orientations, Strategies, and Techniques, A Grid for the Perplexed”, *Harvard Negotiation Law Review*, vol.7, 1996
- RISKIN, L., "Mindfulness, Foundational Training for Dispute Resolution", *Journal of Legal Education*, vol. 54, 2004
- RIVERA SAGANTA, J., "Experiencia de la mediación en conflictos de la actividad aseguradora", en LAUROBA y ORTUÑO. (coord.), *Mediación Es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de Mediación Civil y Mercantil*, (Actas del III Simposio “Tribunales y Mediación”, Madrid, septiembre, 2013), Huygens, Barcelona, 2014
- RODRIGUEZ ALVAREZ, A., “Comentario a la Disposición Adicional tercera (Escrituras públicas de formalización de acuerdos de mediación)”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013
- RODRÍGUEZ DE LA FLOR DE MARCOS B. "Mediación e proyectos constructivos e industriales", *Revista de Mediación*, vol. 7, nº1, 2014
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., "Conciliación y mediación en los conflictos colectivos laborales", *Temas Laborales* Nº 70/2003
- ROEBUK, D., “The London Centre for International Commercial Mediation and Arbitration in the Reign of Elisabeth I”, en *Arbitration International (LCIA)*, vol. 30 nº 3, 2014

- ROMÁN MARUGÁN, P., “La mediación y la negociación políticas, algunas cuestiones de debate en torno a una estrategia provechosa”, *Revista de Mediación*, año 6, nº12. Segundo semestre 2013
- ROMO FEITO, F., *La Retórica. Un paseo por la retórica clásica*, Montesinos, Barcelona, 2005
- ROONEY G. Y ROSS M., “Un cambio de foco, de mediar el problema a mediar el momento. Uso de la intuición como guía”. en *Revista de Mediación* 2014, vol. 7, nº 1.
- RUIZ GARCÍA, M.J., “El encaje de la mediación en los procedimientos declarativos conforme a la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en *Diario La Ley*, nº 8133, 24 Julio 2013
- RUSHTON, M., “Dispute resolution cost savings trends in 2013” publicado el 24 de octubre de 2014, en *JAMS International Blog*, recuperado en <http://www.jamsinternational.com/arbitration/dispute-resolution-cost-saving-trends-in-2013>
- RUSKIN, J., *A éste último. Cuatro ensayos sobre los principios básicos de la Economía política*, edición de FAJARDO, P., Alhulia, Salobreña, 2002
- RUSSELL, B.,
  - *A History of Western Philosophy and its Connection with Political and Social Circumstances from the Earliest Times to the Present Day*. London, 1947. (Trad. castellana, *Historia de la Filosofía*. Madrid, Espasa-Calpe, 1971)
  - *Autobiografía*, Testimonio Edhasa, Barcelona, 1991

- SÁEZ VALCÁRCEL, R., y ORTUÑO MUÑOZ, P., *Alternativas a la judicialización de los conflictos, la mediación*, Estudios de Derecho Judicial 111-2006, Madrid, Centro de Documentación Judicial, 2006
- SAINT-MEZZARD OPEZZO, D. "Comunicación, buenas prácticas y errores", en SOLETO, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Tecnos, 2ª Ed., Madrid, 2013
- SAIZ GARITAONAENDÍA, A., "El MedArb como procedimiento mixto de resolución de conflictos, luces y sombras", en SOLETO, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Tecnos, 2ª Ed., Madrid, 2013
- SÁNCHEZ ADALID, J., *La Mediadora*, Planeta, Madrid, 2015
- SÁNCHEZ LENDÍNEZ, F., "El Instituto de la Mediación, una aproximación transversal (familia y justicia reparadora vs. Contratos de adhesión y laboral)", en *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos Caminos para la Justicia. Vol.2- Comunicaciones 18-19 de junio de 2009*, Barcelona
- SAN CRISTOBAL REALES, S., "Sistemas alternativos de resolución de conflictos, negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil" en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLVI (2013)
- SANDER, F., "Varieties of Disputes Processing". En LEVIN, A. y R. WHEELER, R., *The Pound Conference, Perspectives on Justice in the Future*. West Publishing Company, 1979
- SANJUÁN Y MUÑOZ, E., "La naturaleza jurídica del mediador concursal, sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia" en *Diario La Ley*, nº 8230, Sección Tribuna, 16 enero 2014

- SANZ PARRILLA, M., "Buscando una solución más eficaz de los conflictos de seguros, El procedimiento pericial ex art. 38 LCS y la figura del 'Expert Determinator'" en *Pericia*, nº 60, junio 2014
- SAPOSNEK, D., "Mediation Going Forward, What Do We Know? What Can We Expect?", en *Mediate.com*, diciembre 2014
- SARASOLA SÁNCHEZ-SERRANO, J.L., MALAGÓN BERNAL, J.L., BARRERA ALGARÍN, E. (Coords.), *Mediación, elaboración de proyectos. Casos prácticos*, Tecnos, Madrid, 2010
- SARCONE, G. A., *Ilusiones ópticas*, Círculo de Lectores, Barcelona, 2010
- SCHMIDT, W.H. (et alii), *Negociación y resolución de conflictos*, Harvard Business Review, Deusto, Bilbao, 2001
- SENÉS C., "El acuerdo extrajudicial de pagos, ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?", *Revista de Derecho Civil*, vol. 1. número 1, 2014
- SERRANO, G., "Percepción y conflicto", en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Coord.), *Mediación, un método de ? conflictos*, Estudio interdisciplinar, Colex, Madrid, 2010
- SHELL, R.G., *Negociar con ventaja. Estrategias de Negociación para gente razonable*", Barcelona, Antoni Bosch Editor, 2005
- SHER, M, "Unravelling Cultural Diversity in Mediation", en *Mediate.com*, agosto 2015
- SCHOPENHAUER, A., *El Arte de Tener Razón Expuesto en 38 Estratagemas*, Edaf, Madrid, 1996

- SILBEY S.S. & MERRY S.E., "Mediator Settlement Strategies" en *Law & Policy*, vol. 8, No.1 January 1986
- SINGER, P., *Ética para Vivir Mejor*, Ariel, Barcelona 1995, págs. 165-170 (Edición original "How Are we to Live?", William Heinemann Ltd., Londres, 1993)
- SIX, J. F., *Los Mediadores*, Sal Terrae, París, 2003
- SMITH, A., *Lecciones sobre Jurisprudencia*, edición de ESCAMILLA M., y JIMÉNEZ, J. J., Comares, Granada, 1995
- SOLETO MUÑOZ, H.
  - *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Tecnos, 2ª Ed., Madrid, 2013
  - "Negociación", en SOLETO MUÑOZ, H. (dir.), *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Tecnos, 2ª Ed., Madrid, 2013
  - "Presente y Futuro de la resolución de Conflictos", en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir), *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Tecnos, 2ª Ed., Madrid, 2013
  - *La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil*, Diario La Ley, nº 7834, Sección Tribuna, 10 Abril 2012
- SOLETO, H. y AVILÉS, M., "La Conciliación de los Secretarios Judiciales", en SOLETO, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Tecnos, 2ª Ed., Madrid, 2013
- SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. *Mediación y solución de*

- conflictos, habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007
- SPENCER, D. y BROGAN, M., *Mediation Law and Practice*, Sidney, Cambridge University Press, 2006
  - SPENCER, D. y HARDY, S., *Dispute Resolution in Australia, Cases, Commentary and Materials*, Thomson Reuters, Sidney, 2014
  - SPOIESTRA, M., *An Alternative Approach to Negotiation and Mediation Planning*, Mediate.com, diciembre 2008
  - SQUBINI, A; PRIEDITIS, M. y MARIGHETTO, A, "Arbitration, Mediation and Conciliation, differences and similarities from an International and Italian business perspective", en *Mediate.com*, 2004
  - STEVENSON, R.L. *Virginibus Puerisque*, Alianza, Madrid, 2005
  - STIPANOVICH, T.J. y ULRICH, Z.P., "Arbitration in Evolution, Current Practices and Perspectives of Experienced Commercial Arbitrators" en *Columbia American Review of International Arbitration*, Vol. 25, 2014
  - STIPANOVICH, T., *Beyond "Getting to Yes," Building Mediation Skills and Insights into Relationships*, Mediate.com, Diciembre, 2014
  - STITT, A.J., *Mediation, a practical guide*, London, Cavendish Publishing, , 2004
  - STORR, A., *La agresividad Humana*, Alianza, Madrid, 1970
  - STRONG S.I., "Beyond International Commercial Arbitration? The Promise of International Commercial Mediation" en *School of Law*,



*University of Missouri, Legal Studies research Paper Series, Research Paper n° 2013-21*

- STUDER. J., *Guía Práctica de Oratoria. Hablar. Exponer. Convencer.* Madrid, El Drac, 1999
- STULBERG, J.B, "Facilitative versus Evaluative Mediator Orientations, Piercing the Grid Lock", en *Florida State University Law Review*, 1997, vol, 24, issue 4
- STURROCK, J., *Hope for The Future of Mediation Internationally*, Mediate.com, Enero 2015
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. y PORRES GARCÍA, I., "La doctrina del Tribunal de Justicia de Unión Europea en aplicación de la Directiva 93/13/CEE y su influencia en la mediación", en LAUROBA. y ORTUÑO (Coord.), *Mediación Es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de Mediación Civil y Mercantil, (Actas del III Simposio "Tribunales y Mediación"*, Madrid, septiembre, 2013), Huygens, Barcelona, 2014
- TÁCITO, *Diálogo de los oradores*, (Ed. CABRILLANA LEAL, C.), Eunsa, Pamplona, 2007
- TEICHMAN, J. and EVANS, K., "Filosofía. Una Guía para Principiantes", Alianza Editorial, Madrid, 1994
- TING-TOOMEY, S., "Intercultural Conflict Styles, A Face Negotiation Theory, KIM, Y.Y. Y GUDYKUNST, W.B. (ed.), *Theories in Intercultural Communication*, Beverly Hills, CA, Sage, 1988
- TIONG TAN, N, "Cultural Conflict and Conflict Resolution" en *Handbook of International Social Work*, edit. Healy, L M and Link, RJ,

Oxford University Press, Oxford, 2012

- TOBEÑA, A., *Anatomía de la Agresividad Humana*, Random Hosue Mondadori, Barcelona, 2003
- TOHARIA CORTES, J.J., en “Las Profesiones Jurídicas, una Aproximación Sociológica”, en DIEZ-PICAZO (coord.), *El Oficio de Jurista*, Madrid, Siglo XXI, 2006
- TORRES ESCAMEZ, S., “La mediación como sistema de solución de conflictos, una perspectiva notarial”, en *La reforma de la Justicia Preventiva (seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP*, Civitas, Madrid, 2004
- TRUJILLO, J.R., GARCÍA GALBALDÓN, J., *Teoría y Técnicas de Negociación, Comunicación y Cortesía Verbal*, Ediciones 2010, Madrid, 2004
- TURCHET, P., *EL Lenguaje del Cuerpo*, Mensajero, Bilbao, 2010
- UGARTE, J.L., *Análisis Económico del Derecho. EL derecho Laboral y sus Enemigos*, Fundación de Cultura Universitaria, Santiago de Chile, 2001
- UNITED NATIONS SECRETARY-GENERAL, *Enhancing mediation and its support activities (S/2009/189)*, April 2009
- URPI, M., *Aprender comunicación no verbal. La elocuencia del silencio*, Paidós, Barcelona, 2000
- VALLS RIUS; A., "Sistemas Mixtos de gestión colaborativa de conflictos" en *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña, Vol. 1*, Centro de Estudios Jurídicos y Formación

Especializada, Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2009

- VAN DE VLIENT, M E., DE DREW, C.K.W., "El conflicto en las organizaciones. La optimización del rendimiento mediante la estimulación del conflicto", en MUNDUATE, L. Y MEDINA, F.J. (Coords.), *Gestión del Conflicto, Negociación y Mediación*, Piramide, Madrid, 2005
- VAQUER ALOY, A., "Mediación y Prescripción", en *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña, Vol. 1*, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2009
- VAQUERO GARCÍA, A., "Los costes de la justicia en España, una evaluación desde la perspectiva económica", *Diario La Ley*, Nº 8078, Sección Doctrina, 8 Mayo 2013
- VÁZQUEZ, J.G., *El Ruido de las Cosas al Caer*, Alfaguara, Bogotá, 2011
- VECINA CIFUENTES, J., "Estrategias ante el conflicto, ¿negociar o litigar?", en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Coord.), *Mediación, un método de ? conflictos*, Estudio interdisciplinar, Colex, Madrid, 2010
- VELASQUES MUÑOZ, C.J., "Conciliación del conflictos ambientales", en *Revista de Derecho de la Universidad Del Norte*, nº 21, 2004
- VELJANOVSKI, C., *The Economics of Law. An introductory text*, Hobart Paper 114, The Institute of Economics Affairs, London, 1990

- VEROUGSTRAETE, I., *Judges and Mediation*, en ASSOCIATION OF INTERNATIONAL ARBITRATION (ed.), *The New EU Directive on Mediation*. First Insights, Maklu, Amberes, 2008
- VIDAL TEIXIDÓ, A., "Los códigos de buenas prácticas", en *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña, Vol. 1*, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2009
- VILALTA, A.E.
  - "Una aproximación al derecho extranjero en materia de mediación" en "Una aproximación al derecho extranjero en materia de mediación". *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2009
  - "Un excursus previo, el estudio comparado de la mediación", en *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña, Vol. 2*, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2011
- VIOLA DEMESTRE, I., "El carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de mediación", en *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos Caminos para la Justicia. Vol. 2, Comunicaciones 18-19 de junio de 2009*, Barcelona
- VON CLAUSEWITZ, C., *De la Guerra*, (Traducido por Carlos Fortea), La Esfera de los Libros, Madrid, 2005

- VV.AA., *Los discursos del poder*, Belacqva, Barcelona 2003
  
- VV.AA. *EL Arte de la Guerra de Napoleón Bonaparte, Técnicas no convencionales para el mundo de los negocios y la política*. Buenos Aires, Distal, 2004
  
- VV.AA. *Reglas del Foro o Ciencia para formar a un abogado*, Maxtor, Madrid, 2002 (Edición facsímil Imprenta de Pacheco, 1794)
  
- WADE, J. "The Last Gap in Negotiations. Why is it Important?" en *Mediate.com*, noviembre, 2013
  
- WALL, J.A., ARUNACHALAM, V. y CALLISTER, R., *Indian and U.S. Community Mediation*. 16th Annual IACM Conference Melbourne, Australia.
  
- WAGNER, EPSTIN y MEYER., "WHAT mediators really want to hear" (entrevista), en *TRIAL*, Abril 2006, vol. 42, issue 4, reproducido en la página web de CDR, recuperado en <http://www.crs-adr.com/articles/WhatMediatorsReallyWantToHear.html>
  
- WALDMAN, E.A., "The Evaluative-Facilitative Debate in Mediation, Applying the Lens of Therapeutic Jurisprudence", en *Marquette Law Review*, 1998, vol. 82, issue 1
  
- WAYNCYMER, J., "Regulatory Developments in the Control of Counsel in International Arbitration", en *Arbitration International (LCIA)*, vol.30, nº3
  
- WENDELL HOLMES Jr. O., "The Path of the Law", *10 Harvard Law Review*, Boston, 1897

- WIEHL, L. *Ganar Siempre. Como aplicar las estrategias de los abogados a los conflictos de la vida cotidiana*. Barcelona, Vergara, 2005
- WOOLFROD, A., & RATNER, R.S.
  - *Informal Reckonings. Conflict Resolution in Mediation, Restorative Justice and Reparations*, Oxon, Routledge Cavendish, 2008
  - *Selling Mediation, the marketing of alternative dispute resolution*, *Peace and Conflict Studies Journal*, 2005
- ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., "La mediación empresarial conforme a la Ley 5/2012", en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*, Tecnos, 2ª Ed., Madrid, 2013
- ZATO ETCHEVERRÍA, M., "Una aproximación al mapa de la mediación en la Unión Europea", *Revista de Mediación* 2015, vol. 8, núm. 1
- ZWEIG, S., *Momentos Estelares de la Humanidad*, Acantilado, Madrid, 2004