



**Métodos de gestión y diagnóstico del conflicto.
Técnicas y habilidades de mediación,
conciliación y negociación para jueces/zas.**

Madrid, 16, 17 y 18 de marzo de 2011

CONCLUSIONES

RELATORA

Susana TALAVERA RIVERA

Abogada laboralista y mediadora

Resumen del desarrollo del Seminario 11027 16-18 marzo 2011, Madrid, Servicio de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial

Métodos de gestión y diagnosis del conflicto. Técnicas y habilidades de mediación, conciliación y negociación para jueces/zas.

El próximo 21 de mayo de 2011 deberán incorporarse al ordenamiento jurídico español las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, que regula ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. En este contexto, se celebró por el Servicio de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial, los días 16, 17 y 18 de Marzo de 2011, un Seminario sobre “Métodos de Gestión y Diagnosis del Conflicto. Técnicas y habilidades de mediación, conciliación y negociación para Jueces/Juezas”, que contó con la coordinación de Dña. M^a Rosario García Álvarez, Magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y la participación como ponente de D. Eduardo Candau Camacho, Secretario General del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, así como de la mediadora Dña. Thelma Butss.

Al seminario asistieron trece jueces/zas, una secretaria judicial y un asesor del Defensor del Pueblo, curiosos por conocer la existencia de otros métodos de resolución de conflictos (ADR), diferentes al procedimiento tradicional judicial. Métodos, que son, a fecha de hoy, unos grandes desconocidos, pues culturalmente y por arraigo, tendemos a resolver nuestras desavenencias acudiendo a los tribunales.

En la primera de las sesiones se abordaron por la Coordinadora diversas cuestiones, especialmente el origen y nacimiento del moderno movimiento de ADR o Alternative Dispute Resolution, origen que se sitúa en los EEUU en la década de los años 70, como consecuencia principalmente de la insatisfacción reinante con el sistema de justicia civil.

Fue precisamente en el año 1976 cuando se celebró la Conferencia Nacional Sobre las Causas de la Insatisfacción Popular con la Administración de Justicia, convocada por el que entonces era Presidente del Tribunal Supremo. Allí se sugirieron diversas posibilidades de reforma que fueron la semilla de la utilización posterior, no solo de sistemas no judiciales para la resolución de conflictos, caracterizados por la flexibilidad y la informalidad, sino también por una nueva concepción de los juzgados concebidos como centros de resolución de conflictos en los cuales el ciudadano fuera canalizado a la vía o proceso más adecuado para la resolución de su concreto conflicto.

Igualmente se abordó como en Europa, de mano de la obra del procesalista Mauro Cappelletti, el movimiento se vinculó al concepto de “acceso a la Justicia”. En su trabajo, titulado precisamente “Access to Justice”, y en el que participaron diversos profesores y estudiosos provenientes de diversos países, se puso de manifiesto las barreras que el ciudadano tiene para acceder a la justicia, planteándose diversas formas de romper éstas. Por un lado, mirando

hacia el sistema, proponiendo reformas procesales encaminadas a flexibilizar los procedimientos judiciales y simplificar el lenguaje y, por otro, eliminando las trabas económicas para aquellos con insuficiencia de recursos para litigar, al tiempo que se trataba de proveer de suficientes recursos materiales a los juzgados. Pero también se miró hacia las posibilidades que podían existir fuera del sistema, concretamente a los sistemas alternativos de resolución de disputas. Entre todos ellos fue precisamente la mediación la que, por sus características, se erigió entre las favoritas.

Por otro lado, se puso de manifiesto por la coordinadora la vinculación que existe entre el movimiento de ADR y el concepto de acceso a la justicia, que se aprecia en la propia Directiva 2008/52/CE, lo que nos lleva a plantearnos por qué, si lo que se pretende es facilitar el acceso a la justicia, sin embargo con la mediación se trata de que determinados asuntos se resuelvan fuera de los juzgados y tribunales, esto es, fuera de lo que se conoce como sistema judicial. En este sentido, se expuso cómo el acceso a la justicia actualmente se considera como el acceso a la resolución más satisfactoria del conflicto, ofreciendo la mediación para ello las siguientes ventajas:

- ✓ Es rápida.
- ✓ La solución se adapta a las necesidades individuales.
- ✓ Incrementa la capacidad de decisión de las partes, pues son ellas las que deciden cómo resolverlo, y no un tercero.
- ✓ Al haber participado en la toma de decisiones se sienten comprometidas con los acuerdos, por lo que el grado de cumplimiento es mayor.
- ✓ Favorece y mejora la comunicación, rompiendo la escalada de hostilidad entre las partes.
- ✓ Puede liberar a los juzgados de parte de los asuntos pendientes, permitiendo que los recursos judiciales, tanto personales como materiales, se destinen a otro tipo de asuntos de imposible o más difícil solución negociada.
- ✓ Es privada y confidencial.
- ✓ Las soluciones pueden ser múltiples y creativas.

Se abordaron a continuación las ventajas y desventajas que presentan tanto las soluciones no judiciales de resolución del conflicto como la solución estrictamente judicial, evidenciándose que ambas perspectivas, la litigiosa y la no litigiosa, ofrecen beneficios e inconvenientes.

Otra de las cuestiones tratadas se centró en el examen de las tendencias actuales para la resolución del conflicto, poniéndose de manifiesto como la resolución debe ser estratégica, en el sentido de que debe elegirse la vía más adecuada para la resolución del concreto supuesto, de manera que si una

determinada disputa encuentra su vía de resolución más adecuada a través de la mediación, o a través de un procedimiento judicial, o a través de una simple negociación, aquélla debe ser canalizada y tratada de resolver por la vía más correcta. El momento clave de toda resolución de disputas es, por tanto, el de la elección del proceso que se va seguir.

Se planteó, originando debate, como la tendencia moderna es asimismo la utilización por parte de los jueces de las diversas técnicas de resolución de conflictos no adversariales, para lo cual sería preciso tener una formación en técnicas de negociación para poder ayudar a las partes cuyo asunto puede ser susceptible de ser negociado, proponiendo como posibles situaciones favorables:

- ✓ Aquellas en las que las partes se ven abocadas a cooperar.
- ✓ Cuando las partes con su comportamiento pueden influirse entre sí.
- ✓ Cuando existen restricciones de tiempo.
- ✓ Cuando adquieren consciencia de que con otros métodos obtendrán resultados menos satisfactorios.
- ✓ Cuando pueden identificar de forma conjunta los puntos en conflicto.
- ✓ Cuando sus intereses y necesidades no son incompatibles.
- ✓ Cuando prefieren la privacidad como consecuencia de restricciones externas, como pueden ser la publicidad, riesgos o costes,...

En relación precisamente con la posible utilización por parte de los juzgados de las diversas herramientas de resolución no litigiosa de conflictos, entre ellas la mediación, se expusieron las diversas posibilidades que existen, haciéndose una descripción de cómo se utilizan los procesos de ADR, especialmente en los EEUU y en todos aquellos países de tradición anglosajona, en los que la mediación, con más o menos arraigo, forma parte del sistema y cómo de esta tradición se han hecho eco otros muchos países de nuestro entorno cultural europeo, habiéndose convertido en un fenómeno que podemos calificar de carácter global.

La última parte de la tarde del miércoles se centró en el examen de la articulación entre los sistemas no judiciales de resolución de conflictos y el sistema judicial, es decir, el establecimiento de una conexión no solo procesal sino también estructural entre los sistemas.

Esta conexión puede ser analizada desde distintos puntos de vista: por su proximidad al juzgado, por los sujetos (externos o internos) que van a ofrecer los servicios de ADR, por quién paga los servicios, cómo se eligen, por el carácter vinculante o no del acuerdo, por la voluntariedad u obligatoriedad en la participación, apreciándose que las posibilidades son múltiples, que no existe una sola vía, sino que no solo cada país, sino dentro del mismo, por zonas, se

opera de distintas formas aun cuando se responda a una ideología común y con una cierta uniformidad relativa.

Llegados a este punto, se genera un debate entre los asistentes al Seminario, que se preguntan ¿Existe la posibilidad de que los/as jueces/zas puedan promover acuerdos, o sólo pueden hacerlo los/as secretarios/as judiciales? La conclusión que se obtiene es que el art. 19 de la LEC así lo prevé, por lo que el/la juez/a siempre puede promover la transacción. Si bien, para que el/la juez/a o el/la secretario/a puedan llevar a cabo una mediación pura, no han de conocer posteriormente del procedimiento, ni intervenir en el mismo en ninguna de sus fases con capacidad decisora, pues, para la puridad del proceso de mediación, es fundamental que no exista vinculación entre el/la secretario/a y/o Juez/a, y el procedimiento. En cualquier caso, se evidencia que existe una gran confusión en lo que es la mediación, pues por los/as secretarios/as judiciales y por el público en general se iguala el término conciliación al de mediación, cuando la mediación es un proceso diferente.

Igualmente se argumentó que la expresión “labor mediadora” propia del secretario, utilizada en el art. 84 de la LPL, no puede equipararse a “mediación”, por un lado, por cuanto tal labor nunca ha sido propia del depositario de la fe pública judicial ya que la mediación, conceptualmente bien entendida, no ha formado parte de nuestro proceso y, por otro, la interpretación literal lleva claramente a entender que se trata de una gestión procesal encomendada al órgano judicial a través de la figura del secretario para resolver el litigio sin necesidad de juicio y de sentencia.

En este mismo sentido se apuntó como la función que actualmente está realizando el/la secretario/a no es la de mediador. El/la secretario/a judicial actúa en un ámbito cuasiformal, a puertas abiertas y en la inmediación del juicio, con advertencia de derechos y deberes. La mediación se caracteriza por ser lo opuesto: flexible, exenta de formalidad, confidencial, privada. Precisamente la Directiva 2008/52/CE, en su art. 3.a) se encarga de señalar que dentro del concepto de mediación se “incluye la mediación llevada a cabo por un **juez** que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio. No incluye las gestiones para resolver el litigio que el órgano jurisdiccional o el juez competente para conocer de él realicen en el curso del proceso judicial referente a ese litigio”.

Es por ello que a criterio de la Coordinadora del Seminario, compartido por los asistentes, lo que estaría desarrollando el/la secretario/a judicial sería una gestión procesal para resolver el litigio, pero no una mediación, que para mayor abundamiento, requiere una formación específica en técnicas de gestión y resolución del conflicto que los/las secretarios/as no poseen.

Igualmente se advirtió como la Directiva 52/2008/CE al definir el concepto mediación está incluyendo y contemplando de forma específica la mediación llevada a cabo por un “**juez**”, distinguiéndolo de forma expresa de las gestiones procesales para la resolución del litigio, vía transacción, llevadas a cabo por el órgano judicial, dentro del cual se encuentra claramente incardinado orgánico y estructuralmente la figura del secretario.

Por parte de uno de los magistrados asistentes se comenta que en muchas ocasiones, las grandes empresas convierten el acceso a la Justicia en un instrumento de competitividad. Existen casos, señala, en los que la empresa reiteradamente acude a juicio, cuando ya previamente ha habido Sentencias que han resuelto el mismo supuesto. Según su parecer, este tipo de entidades utiliza a su equipo de abogados como artillería, estableciéndose una lucha de poder entre las partes, que es utilizada por la empresa para negociar en los acuerdos globales con los sindicatos. En estos supuestos, señala, no es viable la mediación. La solución propuesta por el resto de los asistentes, para evitar tales abusos, es imponer multas por temeridad, que no se utilizan con demasiada frecuencia, pues lo que se está haciendo por la parte es un uso indebido del sistema judicial.

Igualmente, se comenta por el mismo magistrado, que en Alemania hay más conciliaciones y acuerdos, y menos pleitos. En España hay cerca de 3 abogados por cada 1.000 habitantes, cuando en Alemania la proporción es de 1'8 abogados por cada 1.000 habitantes, por lo que los juzgados están mucho más descongestionados, y los asuntos se afrontan por parte de los Letrados con mayor rigor jurídico y seriedad que en nuestro sistema. En su juzgado, se ha encontrado con supuestos en los que ni los letrados son capaces de fijar los hechos controvertidos, y sin embargo, aportan una ingente e ineficaz prueba documental, cuya valoración depositan en exclusividad en manos del juzgador/a. De donde se deduce que la cultura de nuestro sistema es demandar, no resolver vía negociación, y delegar la resolución del litigio, tanto por parte de los abogados como por los justiciables, en manos del juez/a.

Otra de las dudas que se genera es la de qué sucede si las partes se someten al proceso de mediación, y el abogado de una de ellas, utiliza lo manifestado en las sesiones en provecho de su defensa. Ni el letrado ni la parte pueden hacer un mal uso de la mediación. Uno de los principios que rige el proceso de mediación es la confidencialidad y un espíritu de cooperación. En la sesión informativa se debe advertir a las partes que se ha de ir al proceso con buena fe, de tal manera que, si no se goza de este espíritu o no se coopera, no se puede recurrir a esta vía. Se resalta que no todas las partes, ni todos los asuntos, son aptos para someterse a un proceso de mediación y como lo expresado en las sesiones de mediación no podrá ser utilizado por las partes en un proceso judicial, ni los mediadores podrán ser llamados a testificar en juicio, siendo además destruida por los mediadores toda la información recogida en el proceso de mediación, una vez finalizado el mismo, y en presencia de las partes.

Se preguntan los jueces asistentes, en qué momento es conveniente que el juzgado derive a mediación. Lo ideal, se indica, sería que se hiciera cuanto antes, incluso antes de presentar la demanda en el juzgado, pues en esa fase no existe aún intervención judicial. Una vez interpuesta la demanda para evitar que se suspendan los señalamientos, lo más conveniente es hacerlo una vez se ha repartido la demanda y se ha señalado fecha para el juicio, mediante providencia en la que se citarán el Art. 19 de la LEC y la Directiva de la CE 52/2008, con el fin de dar al acto una mayor formalidad. A dicha providencia, se

adjuntará un folleto informativo del Servicio de Mediación Judicial, cuyo objetivo es que las partes tengan unos mínimos conocimientos del contenido del proceso de mediación y las ventajas que éste le puede reportar.

Algunos asistentes, no comprenden por qué tiene que ser la mediación un proceso voluntario. La respuesta no es otra más que la mediación es un sistema de cooperación, por lo que si las partes que han de intervenir no quieren participar, nada se puede hacer. De ahí la importancia de implicar a los abogados y de potenciar su papel en la mediación. Estos no han de considerarse ajenos al proceso, ni sentir que se les está relegando a un segundo plano, ni que están perdiendo a su cliente, o que peligran su trabajo. Los letrados se convierten en pieza fundamental de la mediación, porque tienen la capacidad de influir sobre sus clientes.

Algunos son de la opinión que la primera sesión debería ser obligatoria. Por la coordinadora se señala que en muchos países así sucede.

La segunda de las sesiones del seminario tuvo lugar el jueves. En ellas se abordó el estudio del conflicto, dándose una serie de claves para conocerlo, su significado, sus dimensiones y las formas que el individuo tiene de enfrentarse al mismo, la diferencia que existe entre las posiciones y los intereses, y los diferentes enfoques que pueden darse en la negociación, lo que se conoce como el dilema del negociador.

El dilema se produce ante dos deseos contradictorios: el de competir y el de colaborar. Se ofrecieron nociones básicas de negociación como el BATNA o MAAN, y como las emociones juegan un papel importante en la resolución del conflicto, siendo necesario el manejo de las emociones para la adecuada resolución de la disputa.

Dentro de las técnicas de negociación se explicaron algunos aspectos claves de la negociación competitiva o distributiva y cómo se produce y desarrolla el regateo. Todo ello se completó con una práctica de negociación.

Finalmente, en la segunda mitad de la jornada se analizaron las nuevas corrientes del derecho en las que se priman dos aspectos: a) la inclusión de aspectos no jurídicos o estrictamente legales para la resolución de los conflictos; y b) poner a la persona al individuo como el centro de atención.

Se abordaron de forma rápida estas corrientes como la Justicia terapéutica, la Justicia Restaurativa, el derecho Preventivo, los Juzgados de Solución de Problemas, la Mediación Transformativa etc.

La experiencia del SERCLA (Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos de Andalucía).

D. Eduardo Candau Camacho, Secretario del Consejo Andaluz de Relaciones laborales, organismo en el que está residenciado el SERCLA, contó la magnífica y prolífica experiencia que se está desarrollando en Andalucía, donde ya se encuentra implantado y desarrollado el proceso de mediación como solución extrajudicial de los conflictos laborales de carácter individual. La experiencia cuenta ya con doce años de bagaje, pero fue en el 2005 cuando se inició, en la provincia de Sevilla, la mediación en ciertos y delimitados conflictos individuales, pues con anterioridad únicamente mediaban en conflictos colectivos.

Las mediaciones en conflictos individuales las limitaron, en su inicio, a asuntos de movilidad funcional, geográfica y conciliación de la vida familiar. Las sesiones de mediación se realizan con dos mediadores, que proceden de las listas elaboradas por las propias organizaciones empresariales y sindicales (UGT y CCOO), por lo que, para que exista equilibrio entre las partes, un mediador procederá de la organización empresarial, y el otro comediador, de la organización sindical (alternando sus intervenciones, los días pares UGT, y los impares CCOO). Los Mediadores se encuentran en continua formación, especialmente en habilidades de mediación y de gestión del conflicto.

La satisfacción que las partes obtienen del proceso de mediación, según las encuestas de calidad, son superiores a las que obtendrían en un proceso judicial: mayor rapidez en la resolución del conflicto, mayor protagonismo de las partes, mayor sensación de equidad en el acuerdo alcanzado y menos coste emocional, de tiempo, dinero. Prueba de que el grado de satisfacción es muy alto es que, tras la reforma del art. 64 de la LPL, se suprime la conciliación en materias de movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y vida familiar, y sin embargo, las partes siguen acudiendo al SERCLA para que medie en estos supuestos.

El proceso de mediación se basa en la escucha activa, y en indagar en la búsqueda de los intereses de las partes, con el fin de que éstas generen alternativas para la resolución del litigio.

Resulta curioso que, propuesta una práctica por la mediadora Dña. Thelma Butts, en la que participan los Jueces asistentes, y en la que tienen que actuar, ante un mismo supuesto, como jueces y como mediadores, éstos manifiestan que, por propia costumbre, se encuentran más cómodos en el papel de juez que en el de mediador. Afirmando, algunos, que su escucha no iba dirigida a la globalidad del problema que la parte planteaba, sino que era una escucha selectiva, así como las preguntas que realizaban a las partes, que iban dirigidas a buscar los hechos probados en los que fundamentar la Sentencia, por lo que no les resultaba nada fácil el papel de mediador.

Fácil o no, la Mediación es una alternativa al Sistema tradicional de Justicia. La mediación cree firmemente en el potencial del individuo para gestionar sus propios conflictos, y contribuye a la paz social, por lo que esperamos que

ejemplos como el del SERCLA se extiendan y proliferen en nuestro ordenamiento jurídico.

CONCLUSIONES y PROPUESTAS

A modo de resumen y como corolario del seminario se pueden resumir las conclusiones de la siguiente manera:

- ✓El ámbito laboral, por su propia naturaleza, se presta ampliamente al uso de métodos no litigiosos de resolución de conflictos.
- ✓La jurisdicción en general, y la social en particular, deben hacer uso de estos métodos, conocidos como ADR judiciales.
- ✓El uso de métodos no judiciales de resolución de conflictos laborales, individuales y colectivos, tanto en sede judicial como extrajudicial, repercute de forma significativa y positiva en la conservación de las relaciones laborales, la preservación de las economías de las empresas, la adecuada utilización de los recursos personales y materiales, públicos y privados, y en la calidad del sistema de justicia estatal.
- ✓Debe distinguirse con claridad entre los conceptos de conciliación, mediación y gestiones procesales destinadas a la resolución del litigio fuera del juicio y de la sentencia.
- ✓La labor conciliadora del secretario debe ser perfectamente incardinada en el concepto de conciliación/gestión procesal y distinguida del proceso de mediación.
- ✓Debe potenciarse la capacidad negociadora de las partes poniendo al individuo como eje central de la decisión, elevando a norma de primera aplicación el contenido del art. 19 de la LEC.
- ✓En la aplicación de este precepto el órgano judicial debe utilizar cuantos medios, técnicas y habilidades estén a su alcance para ayudar a las partes y a la sociedad a la resolución no litigiosa.
- ✓El papel conciliador del juez, tradicional en nuestro derecho laboral, no es incompatible ni excluyente con el del secretario judicial sino que debe ser mantenido y potenciado, permitiendo el desarrollo de gestiones procesales de resolución no litigiosa y que un determinado número de jueces no vinculados al procedimiento, reciban adecuada formación en técnicas de mediación.
- ✓El proceso de mediación puede perfectamente ser proporcionado en sede intrajudicial, y suministrado de diversas formas, como de hecho se realiza en numerosos países de nuestro entorno cultural con dilatada experiencia en la materia. El proceso laboral no debe estar excluido de esta posibilidad.

✓Debe educarse a la ciudadanía sobre los riesgos del uso indebido de los recursos públicos así como de los costes públicos y privados que de toda índole se generan (en términos de tiempo, dinero, medios, dedicación y emociones personales).

✓El uso indebido y excesivo de la resolución litigiosa impacta negativamente en la calidad del servicio público de la justicia, deteriora las relaciones personales y origina costes insospechados. El uso indebido de la litigación debe ser sancionado en sede judicial, con respeto siempre de las garantías procesales.

✓Debe potenciarse el papel del abogado como colaborador y negociador, al servicio de los intereses del cliente, que no siempre está mejor servido con una solución litigiosa.

✓El papel del abogado en el proceso de mediación se estima crucial como asesor y consejero de las partes, no sustituto de su decisión.

✓Los poderes públicos deben asumir un firme compromiso con el sistema de justicia potenciando por cuantos medios sean posibles la solución no litigiosa, permitiendo que todos los juzgados y tribunales, sin distinción, ofrezcan un servicio de calidad y satisfactorio tanto para los encargados de prestarlo como para sus destinatarios, en el que el ciudadano pueda resolver de la forma más eficaz y eficiente y por el método más adecuado, sea o no litigioso, y con el menor coste económico, emocional y de tiempo posible, el problema o disputa que les trajo al juzgado.

Susana Talavera Rivera
Abogada y Mediadora.