

Guía de mediación para abogados

Rosario GARCÍA ÁLVAREZ

Magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Diario La Ley, N° 7828, Sección Práctica Forense, 29 Mar. 2012, Año XXXIII, Editorial **LA LEY**

LA LEY 3291/2012

La presente guía está dirigida a los abogados. Su objetivo es proporcionar información acerca del proceso de mediación: qué es, por qué es importante para el abogado y cómo puede incorporar la mediación a su práctica diaria. Se ha diseñado para dar una breve información y respuesta a algunas preguntas básicas y de tipo práctico que el profesional se puede plantear. La información y los consejos que da son generales y pretenden ayudar a los abogados a decidir si la mediación puede ser apropiada para un caso y a alcanzar un acuerdo en relación con el uso de la mediación.

I. PRESENTACIÓN (1)

Abraham Lincoln, abogado (y presidente de los Estados Unidos) capturó la esencia de la profesión al definir su papel como pacificador diciendo que si todos los abogados fueran pacificadores entre los hombres, nunca habría demasiados abogados:... If all lawyers «were peacemakers among neighbors, there could never be too many lawyers», Speeches & Letters of Abraham Lincoln, 1832-1865. Mahatma Gandhi, abogado (y pensador y político) cuenta en su autobiografía que después de convencer a su cliente que ya había ganado un pleito a aceptar pagos parciales en vez de un pago único, al que el demandado no habría podido hacer frente, la satisfacción y la estima social de ambos fue ilimitada, descubriendo así que la verdadera misión del abogado era la de unir a las partes desgarradas por la disputa: «Both were happy over the result, and both rose in the public estimation. My joy was boundless. I had learnt the true practice of the law. I had learnt to find out the better side of human nature and to enter men's hearts. I realized that the true function of a lawyer was to unite parties riven asunder». (M. Gandhi, Autobiography, The story of my experiments with truth 168 (1948).

Seis de cada diez españoles prefieren resolver sus conflictos por medio de un acuerdo aunque supusiese alguna pérdida para ellos y solo dos de cada diez llevarían el asunto a los Tribunales (CIS Barómetro febrero 2011, pregunta 11). Un 62% valora especialmente en los letrados su capacidad para buscar un acuerdo razonable que ponga fin a la disputa, frente al 35% que se decanta, a la hora de elegirlo, por su experiencia en juicios para tratar de conseguir el máximo posible (IV Barómetro de la Abogacía, septiembre 2011). La mayoría de los ciudadanos y por tanto de los potenciales clientes quieren que sus asuntos sean resueltos fuera del Juzgado. Si esto es así, como han revelado los datos, lo que la mayoría de los ciudadanos necesitan y demandan son abogados que les ayuden a resolver sus problemas antes de que el juez decida cada uno de los asuntos. La sociedad prefiere el acuerdo. También los abogados, y por supuesto los jueces. Pero para los abogados es algo más que una preferencia: desarrollar una función de concordia es un deber moral y promover el acuerdo entre las partes, una obligación. El abogado es un pacificador. En consecuencia, la negociación debe ocupar la mayor parte del trabajo de casi todos los abogados, con independencia del tipo de asunto. El abogado, por tanto, debe ser un buen negociador. Y al mismo tiempo el más entregado y fuerte defensor de su cliente con independencia de cuál sea el proceso. Obviamente, en función del tipo de proceso elegido la actuación del abogado será diferente, por lo que tiene que estar preparado para cada uno de ellos, pues no es lo mismo persuadir al juez que a la otra parte para alcanzar un acuerdo o ayudar a su cliente cuando éste negocia por sí mismo en una mediación.

Todos tenemos claro que el abogado debe ser un buen analista jurídico, capaz de interpretar jurídicamente los asuntos y las materias en nombre del cliente. Pero si nos paramos a pensar un poco más detenidamente en la tarea cotidiana del abogado observamos que, además de ser un analista jurídico, debe asesorar a su cliente ayudándole a encontrar la mejor solución al problema que le ha traído al despacho. Usando sus conocimientos jurídicos y herramientas de análisis e investigación, debe describir y analizar las posibles opciones que tiene el cliente y ayudarle a seleccionar la solución más adecuada. El abogado además de un analista jurídico es un consejero y asesor en el proceso de selección del método de resolución de la disputa o problema de su cliente.

Todo conflicto puede ser resuelto a través de diversas vías y de distintas formas. Por consiguiente, el abogado debe ayudar a su cliente a conocer y a elegir entre las diversas opciones posibles, es decir, entre los diversos procesos o alternativas a través de las cuales se puede resolver el problema que le ha traído al despacho incluyendo no solo la litigación, sino también la negociación, la mediación, el arbitraje y, por qué no, a través de opciones «legales» pero que no constituyan estrictas «respuestas

jurídicas» al problema. El abogado, como primer profesional que se enfrenta al conflicto jurídico, como asesor y consejero del cliente, debe estar preparado para ayudar a su cliente a valorar las ventajas y desventajas de las diferentes estrategias existentes que podrían resultar mejores para la satisfacción de sus intereses que va a anteponer a los suyos propios, a los de un colega o a los de la profesión en general.

El abogado tiene además otro importante deber que es consecuencia de su función de pacificación social: la de poner en conocimiento del cliente las posibilidades de transacción, la conveniencia de acuerdos extrajudiciales o soluciones alternativas al litigio [art. 13.9.e) Código Deontológico de la Abogacía Española (LA LEY 15008/2002)], debiendo intentar en todo momento buscar una adecuada resolución en función de la relación coste-efectividad, aconsejando a su cliente en los momentos oportunos respecto a la conveniencia de llegar a un acuerdo y/o de acudir a métodos de resolución alternativa de conflictos (norma 3.7.1 Código Deontológico de los Abogados de la Unión Europea).

Esta obligación ética, la de aconsejar a su cliente acerca de los métodos de resolución alternativa de conflictos, entre ellos la mediación y su conveniencia, ofrece al abogado una oportunidad única de desarrollar su papel de pacificador, que es parte de la esencia y del paradigma de la profesión, poniendo de una forma significativa los intereses del cliente en primer lugar, sirviendo al mismo tiempo a la Justicia y a la sociedad en su conjunto a través del ejemplo de cómo se pueden resolver los conflictos sin recurrir a los Juzgados.

A esta tarea trata de contribuir la siguiente guía de mediación para abogados.

II. ACERCA DE ESTA GUÍA

La presente guía está dirigida a los abogados. Su objetivo es proporcionar información acerca del proceso de mediación: qué es, por qué es importante para el abogado y cómo puede incorporar la mediación a su práctica diaria. Se ha diseñado para dar una breve información y respuesta a algunas preguntas básicas y de tipo práctico que el profesional se puede plantear. La información y los consejos que da son generales y pretenden ayudar a los abogados a decidir si la mediación puede ser apropiada para un caso y a alcanzar un acuerdo en relación con el uso de la mediación.

Alguno de los temas que se abordan son los siguientes:

- Qué es mediación, por qué es importante para el abogado, ventajas y desventajas para los clientes y para los abogados.
- Cuándo recomendar la mediación al cliente.

- Cómo plantear el tema al cliente y a la otra parte.
- Cuándo se debe/puede mediar.
- Qué aspectos deben ser contemplados cuando se llega a un acuerdo para someterse a mediación.
- Cómo se puede iniciar el proceso.
- Cómo se puede diseñar el proceso.
- Las fases de la mediación.
- Planificación de la estrategia con el cliente e intervención del abogado en mediación.

III. MEDIACIÓN

Medio de solución de controversias por el que, a través de un proceso flexible y confidencial, las partes intentan voluntariamente por sí mismas alcanzar una solución negociada a su disputa con la ayuda de un mediador.

El mediador facilita la negociación entre las partes realizando las siguientes actuaciones:

- Traslada ofertas entre las partes.
- Protege a las partes de tácticas agresivas en la negociación.
- Gestiona la dinámica de la negociación basada en el regateo o distribución de valor.
- Rompe los bloqueos.
- Testa y proporciona dosis de realidad en relación con las ofertas recíprocas.
- Ayuda en la generación de ideas, opciones y soluciones.
- Controla el proceso de mediación.
- Crea el entorno físico y emocional del proceso.

La mediación es una de las formas de ADR o «resolución alternativa de disputas» (*Alternative Dispute Resolution*, en inglés). ADR es un término amplio que, a modo de paraguas, abarca todas aquellas formas de resolución de conflictos distintas a la vía judicial. Tradicionalmente se han comprendido dentro de las ADR no solo a la mediación, sino también al arbitraje y, en nuestro entorno cultural, a la conciliación, pero éstos son solo algunas de las vías o métodos posibles de resolución. Hay quien

sustituye la «A» de *alternativa* por la expresión *apropiada, adecuada o adaptada*, queriendo con ello decir que todos los métodos son posibles y potencialmente considerados, en igualdad de condiciones. En cualquier caso, el concepto de ADR, término internacionalmente aceptado, se basa en ampliar y manejar las herramientas y técnicas que pueden estar disponibles para resolver las disputas.

IV. ¿POR QUÉ ES IMPORTANTE PARA UN ABOGADO COMPRENDER Y SER CAPAZ DE RECOMENDAR LA MEDIACIÓN A SU CLIENTE?

La mediación puede ser la mejor manera de resolver una disputa existente o potencial. Como es más barata, más rápida y menos arriesgada que un juicio y permite alcanzar un resultado más satisfactorio puede ser una opción recomendable para muchos clientes, sean individuos o empresas, que busquen una forma eficaz y poco disruptiva de resolver sus conflictos.

Hoy en día, y con mayor frecuencia cada vez, pueden surgir situaciones en las cuales un abogado se vea obligado a considerar el uso de la mediación. Puede encontrarse con una Ley o con un contrato que contenga una «cláusula de escalonamiento», que requieran acudir al uso de la mediación como paso previo al juicio. Incluso si el proceso ya se ha iniciado el órgano judicial tiene el deber de informar a las partes de la posibilidad de recurrir a mediación, y atendiendo al objeto del proceso, instar a las partes a asistir a una sesión informativa sobre la misma.

Como la mediación cada vez está más extendida y empieza a formar parte de nuestro entorno siendo contemplada por las Leyes y los contratos, entender correctamente el proceso de mediación se convierte en un elemento importante para poder ofrecer al cliente una representación competente. El abogado no solo es un defensor, sino también un asesor y consejero y por eso se espera de él que conozca los distintos sistemas, formas o vías a través de las cuales un cliente puede resolver sus conflictos. También se espera del abogado que sea capaz de ayudar al cliente a sopesar los costes y los beneficios de las diferentes opciones disponibles. Tanto si se aconseja al cliente acerca de cómo resolver una disputa existente o de cómo estructurar una relación contractual con la otra parte para prevenir o hacer frente a potenciales conflictos futuros, la mediación es una opción que debe ser discutida y valorada con el cliente.

Finalmente, existe un deber deontológico impuesto y reconocido expresamente por el Código Deontológico de los Abogados de la Unión Europea, adoptado en la Sesión Plenaria del CCBE de 28 de octubre de 1988 y modificado en las Sesiones Plenarias de 28 de noviembre de 1998 y de 6 de diciembre de 2002, norma 3.7.1: *El abogado deberá intentar en todo momento buscar una adecuada*

resolución en función de la relación coste-efectividad, y deberá aconsejar a su cliente en los momentos oportunos respecto a la conveniencia de llegar a un acuerdo y/o de acudir a métodos de resolución alternativa de conflictos.

V. ¿QUÉ VENTAJAS TIENE EL USO DE LA MEDIACIÓN?

1. Potenciales ventajas para los clientes

Normalmente un cliente tiene poco que perder y mucho que ganar al intentar resolver en primer lugar su disputa a través de la mediación. Al ser un proceso destinado a facilitar la negociación entre las propias partes presenta pocos riesgos frente a los beneficios que ofrece: bajo coste, rapidez, flexibilidad y, sobre todo, cuando se inicia de forma voluntaria, un elevado grado de éxito.

Puede ahorrar tiempo y dinero: especialmente cuando se usa al inicio del conflicto entre las partes antes de que la discrepancia haya escalado en hostilidad, puede suponer un ahorro considerable de estos dos elementos. Cuanto antes se logre un acuerdo, la cantidad de tiempo y dinero que tanto las partes como los Juzgados tienen que destinar al proceso judicial se reduce. Incluso si no se logra un acuerdo, la mediación puede servir para clarificar y delimitar los aspectos realmente controvertidos o litigiosos de la disputa entre las partes, lo que también supone un ahorro de tiempo y dinero.

Aumenta la flexibilidad y el control: a diferencia del procedimiento judicial y del juicio, la mediación tiene la ventaja de proporcionar mayor flexibilidad y control sobre el proceso de resolución, tanto para el cliente como para el abogado. Esta flexibilidad y control del proceso se manifiesta en distintos aspectos:

- *En relación con el mismo proceso de mediación que se sigue:* sobre todo cuando la mediación se inicia y se usa de forma voluntaria y por consenso, las partes y los abogados pueden elegir al mediador, diseñar el proceso, decidir si será o no título ejecutivo, cuándo tendrá lugar y en qué medida se quiere participar.
- *En relación con los intereses que se consideran:* frente a la resolución judicial que solo puede centrarse en los derechos y obligaciones jurídicas de las partes, la negociación que las partes realizan en el proceso de mediación permite tomar en consideración una mayor y diferente variedad de intereses y preocupaciones. Al mismo tiempo que se pueden contemplar derechos y obligaciones también se pueden tener en cuenta otro tipo de intereses o de preocupaciones de las partes, como pueden ser el deseo de preservar la relación y prevenir similares disputas. Una de las formas en las que la

mediación consigue este objetivo es permitiendo que las partes expresen sus preocupaciones y emociones, las cuales pueden estar alimentando la disputa.

- *En relación con las soluciones que se pueden adoptar:* como se trata de una negociación, las soluciones potenciales son mucho más amplias y variadas que las que se pueden conseguir a través de una sentencia. Las partes no están limitadas a una cantidad de dinero o a la decisión que el Juzgado pueda adoptar, sino que pueden diseñar de forma creativa diferentes soluciones.

Proporciona confidencialidad: la mediación es confidencial pero incluso así el grado de confidencialidad dependerá de lo que las partes decidan. La confidencialidad anima a las partes a intervenir de forma abierta y promueve la sinceridad. Normalmente se considera que la confidencialidad es uno de los factores que más contribuyen a la efectividad de la mediación.

Mejora la comunicación y preserva las relaciones: las posiciones enfrentadas propias de un juicio con frecuencia hacen más difícil el diálogo, cuando no lo impiden, y agravan los problemas de comunicación inherentes a la mayoría de los conflictos pudiendo incluso dañar aún más la relación entre las partes. En muchas situaciones, como aquellas en las que las partes trabajan juntas, tienen relaciones familiares entre sí, o incluso entre un fabricante y el distribuidor de un producto, ambas pueden tener mucho interés en preservar la relación. La mediación está diseñada para reducir la hostilidad creada por el conflicto ayudando a las partes a comunicarse para buscar una solución negociada y mutuamente satisfactoria. Lejos de ofrecer la típica solución de vencedor y vencido propia de la sentencia, en la mediación se trata de crear una atmósfera de cooperación con el objetivo de ayudar a las partes a buscar soluciones de consenso favorables para ambas que preserven o mejoren, y no dañen aún más, la relación entre ellas.

Permite a las partes contar directamente su historia y ser oídas: a menudo las partes esperan que el proceso judicial les de la oportunidad de contar personalmente su versión de la disputa. Sin embargo, la realidad es que muy pocos juicios dan esta satisfacción. La mediación, por el contrario, permite que cada parte sea directamente escuchada por la otra y por el mediador en una forma que es imposible en un juicio, ya que no existe una limitación en las preguntas y en las respuestas o en la forma de hacerlas y de contestar como es habitual en el Juzgado. Para muchas partes, tener la oportunidad de ser oídas constituye la diferencia entre un proceso de resolución satisfactorio o insatisfactorio.

Reduce el estrés y da satisfacción: un juicio puede ser muy estresante para las partes. La ausencia de control sobre el proceso y sobre el resultado, las dilaciones y la incertidumbre prolongada contribuyen a este estrés. Los atributos propios de la mediación (rapidez, economía, confidencialidad, celebrarse fuera del Juzgado con un mayor control y flexibilidad) hacen que la misma sea menos estresante que el juicio. Los estudios demuestran que las partes que hacen uso de la mediación generalmente están satisfechas tanto con el proceso como con el resultado, existiendo más probabilidad de cumplir con los términos del acuerdo, sencillamente porque han participado en su construcción.

2. Potenciales ventajas para los abogados

Clientes más satisfechos: hay mayores probabilidades de que el cliente quede más satisfecho con un abogado que le ayude a seleccionar y llevar a la práctica una opción de resolución de su disputa adecuada, eficaz y efectiva en relación con los costes de tiempo y dinero. Por otro lado, un cliente satisfecho repite, recomienda y es menos probable que formule quejas contra el abogado.

Mayor oferta de servicios: los abogados con conocimiento y experiencia en mediación pueden presentar una serie de potenciales ventajas sobre otros abogados. En primer lugar, hay clientes sofisticados que valoran cada vez más el conocimiento de la mediación y de otros procesos diferentes a los judiciales como un valor añadido y un criterio para seguir contratando al abogado. En segundo término, la mediación puede permitir al abogado ayudar a los clientes a resolver conflictos menores en los que no merece la pena litigar. Finalmente, usar mediación cuanto antes en aquellos casos en los que resulte adecuado permite disponer de más tiempo para aquellos otros asuntos que necesariamente deben ir a juicio.

Mayor satisfacción profesional: adquirir conocimientos y técnicas en mediación puede proporcionar una mayor satisfacción profesional a aquellos abogados que deseen ampliar sus habilidades de solución de problemas.

VENTAJAS

- Puede ahorrar tiempo y dinero.
- Si no hay acuerdo, puede servir a las partes para clarificar y delimitar el alcance real de la disputa.
- Proporciona una mayor flexibilidad y control en cuanto a los procedimientos, los intereses y las soluciones.
- Proporciona confidencialidad.
- Mejora la comunicación y preserva las relaciones.
- Permite a las partes contar directamente su historia y ser oídas.
- Reduce el estrés y da satisfacción.
- Mejora la valoración del abogado por parte del cliente.

DEBO RECOMENDAR MEDIACIÓN A MI CLIENTE:

- Si el probable resultado negociado es mejor o más deseable que el probable resultado del juicio.
- Si las partes o los abogados tienen dificultades de cualquier tipo para negociar directamente.
- Si existe rivalidad entre los abogados o diferencias en la capacidad, habilidades y conocimientos de negociación.
- Si sirve para salvar los obstáculos que impiden llegar a un acuerdo que se desea (agresividad excesiva de una parte, altas emociones, necesidad de más información...).
- Una de las partes o las dos está afectada por limitaciones o restricciones de tiempo (necesidad de una solución rápida).
- Las partes negociando pueden evitar un daño mutuo o futuro (otras reclamaciones, afectar a otras personas).
- Los intereses y necesidades de las partes no son incompatibles y pueden identificar los puntos de conflicto.
- Se busca privacidad, preservar la reputación...
- Existe una relación entre las partes que debe mantenerse o que ha sido larga y se quiere una terminación adecuada.
- La decisión judicial no resolvería el conflicto totalmente.
- Conflicto muy complejo que precisa conocimientos muy específicos.
- Asunto de carácter internacional con aspectos de jurisdicción y de ejecución complejos.

VI. ¿CUÁLES SON LAS POSIBLES DESVENTAJAS DEL USO DE LA MEDIACIÓN?

A la hora de considerar la posibilidad de usar la mediación como proceso de resolución de un conflicto deben sopesarse las potenciales ventajas y las desventajas, entre las que se incluyen:

Puede haber menor garantía procesal en el procedimiento: la mediación opera sobre un proceso flexible y, por consiguiente, menos estricto y controlado que un juicio. Esta característica puede suscitar ciertas preocupaciones y especialmente plantearse si es posible obtener «Justicia» en una mediación. Debe pensarse que el uso de la mediación implica buscar un equilibrio o compensación entre los riesgos y las ganancias, es decir, perder algunas o parte de las protecciones procesales propias del procedimiento judicial a cambio de un proceso más rápido, flexible y efectivo en términos de costes. Esta preocupación es mayor cuando el proceso de mediación es obligatorio y disminuye cuando es voluntario y se puede diseñar añadiendo al mismo los aspectos de procedimiento y de garantías que se consideren necesarios, pudiendo la parte negarse a una mediación que carece de ciertas facetas que estima esenciales, siendo libre de rechazar la propuesta de solución que no se considere justa.

Puede haber menos exhibición o práctica de prueba: por sus propias características, la mediación conlleva una menor práctica de prueba que un juicio. Este aspecto también puede suscitar ciertas preocupaciones especialmente relacionadas con la exhibición de prueba, por ejemplo, si alguna de las partes se reserva la aportación de prueba esencial o decisiva. La limitación probatoria también puede reducir las posibilidades de que se practique una adecuada «evaluación jurídica» del caso. De nuevo, el uso de la mediación es una cuestión de equilibrios y compensaciones: los participantes renuncian a la práctica de ciertas pruebas o a ciertos aspectos de ellas a cambio de obtener un proceso de resolución

más rápido, eficiente y satisfactorio. El abogado y el cliente deben considerar detenidamente la compensación entre los riesgos y las ganancias y decidir si desean o es muy importante por cuestiones probatorias someterse a un juicio. En mediación, al igual que ocurre en un juicio, la cantidad y el tipo de pruebas que se necesiten para conseguir la adecuada información va a depender en gran medida de la información que cada parte posee y del tipo de disputa. Sin embargo, lo que es característico del proceso de mediación es compartir la información. Y, al igual que en un juicio, no hay garantía de que se vaya a aportar toda la prueba o información necesaria para resolver el asunto pero siempre se puede rechazar la solución o el acuerdo si se considera que alguna prueba o información esencial se ha ocultado por la otra parte. El papel del abogado ayudando al cliente a tomar estas decisiones es esencial.

La prueba y la estrategia procesal pueden ser reveladas: durante el desarrollo de una mediación las partes pueden revelar información o la estrategia que quieren seguir en relación con la disputa. La información que se da y que se obtiene en el proceso de mediación está protegida legalmente por la confidencialidad y por los propios acuerdos de confidencialidad que suscriban las partes al efecto. Sin embargo, si el caso no se resuelve en mediación la otra parte puede usar la información que ha obtenido para posteriormente desarrollar su prueba en el juicio y construir su estrategia procesal. El riesgo de que una revelación prematura de la información o de la estrategia pueda afectar negativamente al caso, si finalmente va a juicio, debe ser valorado cuidadosamente, sopesándolo con las potenciales ventajas de que el mismo se resuelva antes, rápidamente, con menor coste y de forma más satisfactoria.

La mediación puede añadir tiempo y costes: si la mediación es voluntaria y no finaliza con acuerdo, sus costes se añaden a los del proceso judicial. Puede ser que la suma de ambos costes exceda los asignados exclusivamente al proceso judicial. Este riesgo, sin embargo, es relativamente pequeño. Los procesos consensuales, como es la mediación, generalmente presentan un alto grado de éxito en la resolución de las disputas. Incluso si el conflicto no se resuelve completamente, el proceso puede servir para reducir el coste y la complejidad del juicio posterior al delimitar y reducir los puntos de discrepancia, reducir la necesidad de prueba e, incluso, generando un acuerdo sobre aspectos procesales a desarrollar posteriormente en juicio (p. ej., resolviendo aspectos fácticos de forma total o parcial en la mediación y sometiendo la cuestión estrictamente jurídica a decisión judicial).

Las posibilidades de recurso son reducidas: frente a una mala decisión adoptada en un acuerdo de mediación que ha alcanzado el carácter de vinculante, las posibilidades de recurso son prácticamente

muy limitadas. Por esta razón, el uso de un proceso de mediación y su final constitución en título ejecutivo debe ser valorado cuidadosamente.

El proceso de mediación no proporciona un precedente legal: los acuerdos o las decisiones tomadas en un proceso de mediación no constituyen un precedente legal que se pueda hacer valer en juicios posteriores. Si el objetivo que se persigue es establecer un precedente legal, el juicio es la opción correcta.

DESVENTAJAS

- Puede cederse algo de protección a cambio de un proceso más rápido, menos costoso y más flexible.
- El procedimiento y exhibición de prueba es más limitado.
- Las pruebas o la estrategia procesal se pueden revelar.
- Si es voluntaria y no hay acuerdo pueden añadirse costes y tiempo.
- Un acuerdo logrado en una mediación es difícilmente recurrible.
- El acuerdo no sirve de precedente legal.
- La mediación si no es gratuita implica el pago de honorarios al mediador.

NO DEBO RECOMENDAR MEDIACIÓN A MI CLIENTE:

- Se necesita una decisión judicial que actúe como precedente, disuasión o ejemplo.
- El acuerdo puede producir un efecto llamada.
- El proceso judicial se utiliza para otros fines diferentes al de obtener sentencia.
- Puede derivarse una ventaja o beneficio de la disputa.
- Se puede obtener un beneficio del retraso en la resolución.
- Una de las partes se opone o hay un importante desequilibrio de poder o de otra índole entre las partes.
- Si no hay ningún deseo de cooperar.
- Si no concurre algún elemento de confianza en la otra parte y se sospecha de una actuación de mala fe.
- Si se quiere eliminar de forma definitiva la posibilidad de posteriores reclamaciones judiciales sobre el mismo asunto.
- Se tiene un gran interés personal en obtener una declaración pública de la corrección de la propia posición.
- Se quiere enviar un mensaje concreto a otras personas.

VII. ¿QUÉ DEBO TENER EN CUENTA ANTES DE ELEGIR MEDIACIÓN?

Considere los intereses, necesidades, inquietudes, motivos y objetivos del cliente. Por ejemplo, la importancia que da a la resolución de la cuestión con mayor rapidez, a las protecciones de procedimiento, a la confidencialidad, a establecer un precedente legal o a mantener una relación con la otra parte. Además, debe tener en cuenta de forma realista la probabilidad de obtener los resultados que desea si va a juicio. También debe valorar los riesgos, los costes, el tiempo y el estrés involucrados en un litigio prolongado.

Valore cuál es el proceso más adecuado de resolución para la concreta disputa: un juicio, un arbitraje, una mediación o una negociación directa. Muchos factores pueden afectar el proceso que elige. Esos factores pueden incluir, por ejemplo, la situación financiera del cliente, el valor del caso en relación con el coste del proceso y si las partes todavía tienen una relación, quieren mantenerla o si trabajarán juntos en el futuro. Otros factores pueden incluir si la disputa se centra en cuestiones técnicas y el papel (si cabe) que puede desempeñar un proceso judicial.

Considere otros asuntos. Por ejemplo, ¿cómo hablará con la otra parte sobre el uso de la mediación? ¿Qué papeles desempeñarán usted y su cliente en el proceso de mediación? ¿Cómo obtendrá la información que necesite para el proceso de mediación? ¿Cómo se elegirá y pagará, en su caso, al mediador?

Pregunte al profesional de mediación sobre su capacitación y conocimientos sobre los temas en conflicto y sobre los conflictos de intereses que puedan afectar su habilidad de ser neutral. Es apropiado que discuta estas inquietudes con el profesional.

¿CUÁNDO SE DEBE O PUEDE MEDIAR?

- Cuando lo dispone un contrato, norma o decisión judicial.
- Cuando sea favorable a los personales objetivos e intereses porque se quiere:
 - Resolver el problema, lo antes posible.
 - Obtener el mejor resultado monetario: decidir según las circunstancias valorando entre ellas la interposición de la demanda (riesgos de pérdida y estrategias competitivas).
 - Obtener una solución que no es posible con una sentencia.
- Antes de la presentación de la demanda para evitar la disrupción del juicio y su coste.
- Después de presentada la demanda: se protege la posición jurídica y se determinan las pretensiones.
- A la puerta del juicio, por ser el momento cumbre donde se decide quién gana o pierde y permite «salvar la cara» (no mostrar debilidad).
- Después de la sentencia, para evitar recursos, la incertidumbre de la ejecución y tratar de preservar la relación.

VIII. CÓMO PLANTEAR AL CLIENTE EL POSIBLE USO DE LA MEDIACIÓN

El temperamento de los clientes y su familiaridad con el proceso de mediación o con su interés en evitar el juicio pueden variar considerablemente. Si el uso de la mediación no es obligatorio (p. ej., porque la Ley lo establece con carácter previo obligatorio al proceso), cuándo y cómo plantear esta posibilidad al cliente es un juicio de valor que debe formularse sobre una base estrictamente individual. Sin embargo, sí pueden hacerse algunas sugerencias prácticas generales.

1. Prepararse anticipadamente para hablar sobre mediación con el cliente

Antes de sacar el tema con el cliente (o con la otra parte), se debe tener la suficiente información para poder discutir y valorar adecuadamente las diferentes opciones y poder responder a las preguntas que puedan surgir. En particular, se debe conocer el funcionamiento básico del proceso, qué servicios, instituciones o proveedores de mediación hay disponibles y, entre ellos, ser capaz de identificar y elegir al más adecuado para una específica situación.

Puede también resultar útil adoptar una específica política en el despacho. Por ejemplo, el despacho decide desarrollar una específica norma propia obligándose a considerar el uso de vías diferentes a la judicial para la resolución de los asuntos cuando sea apropiado. Por medio de la adopción de estas políticas de actuación internas, se puede facilitar considerablemente tanto el planteamiento como la discusión del uso de la mediación con el cliente y con la otra parte (evitando así la apariencia de «debilidad»).

La preparación y planificación anticipada del uso de la mediación puede incluir la decisión de incorporar al despacho un área de práctica específica. Por ejemplo, algunos despachos pueden crear grupos formales o informales de ADR, o dar a un abogado formado y con experiencia en mediación un papel específico de formación, de tipo educativo o de implementación en el despacho. O también se pueden establecer tipos de abogados, negociadores o transaccionales y procesalistas o litigadores, diseñando mecanismos de coordinación entre ellos o lo que se conoce como la «representación compartida».

2. Cuándo plantear al cliente el uso de la mediación

Se pueden hacer las siguientes sugerencias sobre cuándo plantear la posibilidad de usar mediación como proceso de resolución de una disputa:

- **Siempre que pueda resultar la opción más útil:** las posibles opciones diferentes a un juicio siempre deben ser discutidas con el cliente cuando éste se encuentre en una situación en la que, por cualquier circunstancia, puedan resultar convenientes. La mediación se usa normalmente, y por lo tanto debería ser considerada, en tres tipos de situaciones: cuando el cliente actualmente tiene un conflicto, cuando el cliente está estructurando una negociación o quiere realizar una transacción, y cuando al cliente le gustaría evitar futuras disputas.
- **Plantear y discutir las opciones cuanto antes:** debe intentarse plantear la conversación sobre las posibles opciones y el uso de la mediación lo antes posible. Especialmente cuando el conflicto ya ha surgido, la discusión sobre las diferentes

posibilidades existentes proporciona al cliente una visión general y panorámica de los diferentes métodos de resolución que están a su alcance.

- **Replantear la conversación de nuevo cuando resulte apropiado:** si el cliente no acepta el uso de la mediación la primera vez que se plantea, no hay que presumir que ésa es su última palabra en relación con el tema. A lo largo de la vida de una disputa debe reevaluarse periódicamente si la mediación o una negociación podrían resultar adecuadas. Las circunstancias pueden cambiar, haciendo que la mediación resulte más atractiva posteriormente.

3. Cómo plantear el uso de la mediación al cliente

En la mayor parte de las ocasiones y circunstancias la forma adecuada de sacar el tema con el cliente es en un encuentro personal. Algún material informativo por escrito puede ayudar a proporcionar información general y puede servir como complemento a la entrevista, pero nunca pueden ser el sustituto de una conversación personal con el cliente.

Esta entrevista debe ser preparada para cada cliente de forma individual, teniendo en cuenta sus características personales y las de su caso, incluyendo la previa experiencia que el cliente pueda tener con un proceso judicial o con una mediación. Algunos aspectos que pueden resultar útiles abordar son los siguientes:

- **Descripción general del proceso judicial:** si el cliente no está familiarizado con el procedimiento judicial y con el funcionamiento del Juzgado, puede resultar útil su descripción como base para efectuar una comparación con el proceso de mediación.
- **Descripción general del proceso de mediación:** si el cliente no está familiarizado con la mediación, debe describirse el proceso.
- **Ventajas y desventajas de la mediación:** deben exponerse tanto las ventajas como las desventajas, ayudando al cliente a entender de forma realista qué puede esperar y obtenerse tanto de la mediación como del juicio. Proporcionar información de cómo la mediación ha funcionado para otras personas en asuntos similares puede ser de utilidad.
- **Los intereses, preocupaciones y objetivos del cliente:** deben discutirse con el cliente cuáles son sus intereses, preocupaciones, motivaciones y objetivos en la situación o asunto para la que se está considerando el uso de la mediación. Por

ejemplo, debe valorarse la importancia que el cliente da a resolver el asunto rápidamente o lo que le preocupa la tardanza judicial, la importancia que se da a las garantías procesales, o a la confidencialidad, al establecimiento de un precedente legal o a la comunicación y al mantenimiento de la relación con la otra parte. Debe ayudarse al cliente a establecer prioridades en sus preocupaciones, motivaciones y objetivos a la hora de tenerlos en cuenta en la elección del proceso de resolución más adecuado, sea este el juicio o la mediación.

- **El proceso apropiado de resolución del conflicto:** ayudar al cliente a identificar el proceso más apropiado de resolución de disputas para una específica situación (mediación, arbitraje, juicio) puede requerir considerar varias opciones y, a veces también, varios objetivos contrapuestos. Muchos son los factores que pueden influir en la decisión final del cliente, incluyendo su situación económica, el valor del caso en relación con los costes del proceso y de los honorarios, si las partes tienen una relación que debe continuar o la necesidad de mantener una relación de cualquier tipo en el futuro o si, por ejemplo, la disputa se centra en la resolución de aspectos muy técnicos.
- **Otros aspectos a cubrir:** hay otras facetas que deben considerarse, por ejemplo, cómo abordar a la otra parte y plantear el posible uso de la mediación, qué papel pueden jugar respectivamente abogado y cliente en cada proceso, cómo se puede obtener la información que se necesita, cómo se elegirá al mediador y se pagarán sus honorarios, la extensión de la confidencialidad y la ejecución del acuerdo y su posible constitución en título ejecutivo.

IX. CÓMO PLANTEAR A LA OTRA PARTE LA POSIBILIDAD DE USAR MEDIACIÓN

Una vez que se ha llegado a un acuerdo con el cliente acerca del proceso de resolución que se considera más adecuado, si la mediación ha sido la opción elegida bien para una disputa ya existente o para resolver futuras disputas (p. ej., las que puedan surgir en la ejecución de un contrato ya suscrito o que se quiere celebrar), el siguiente paso es comunicar a la otra parte la voluntad y deseo de mediar. Un frecuente obstáculo en la mediación es la resistencia de la otra parte. Pueden señalarse muchas razones a esta resistencia, entre ellas, ausencia de conocimiento o de experiencia sobre mediación, sospechas o desconfianza de cualquier sugerencia que provenga de la parte contraria, tener interés en retrasar la resolución o, simplemente, ser la otra parte poco razonable o cooperativa. Como la comunicación entre

la partes suele ser más difícil cuando la disputa ya existe, las sugerencias que siguen contemplan esencialmente situaciones en las que las partes ya tienen un conflicto entre sí.

1. Cuándo plantear el tema a la otra parte

Algunas sugerencias sobre cuándo sacar el tema del posible uso de mediación a la otra parte incluyen:

- **Mantener la primera conversación con la otra parte tan pronto como sea posible:** como regla general, cuanto antes se discuta el tema con la otra parte, más opciones se tienen. Preferiblemente, debería plantearse antes de la presentación de la demanda. Una vez que la demanda se ha presentado con frecuencia las posiciones de las partes se han endurecido haciéndose menos receptivas a la idea de usar mediación. Sin embargo, hay situaciones o circunstancias, como aquellas en las que hay mucha carga emocional en relación con la disputa, en las que puede resultar improductivo mantener esta conversación en una primera fase. En estas situaciones, hay que esperar a plantear la conversación cuando se aprecie que la otra parte está más receptiva.
- **Plantear de nuevo el tema cuando resulte apropiado:** si en la conversación inicial con la otra parte no se ha logrado un acuerdo para someter el caso a mediación, no hay que rendirse. La resistencia primera puede cambiar con el tiempo. Además, hay otros aspectos y momentos que pueden afectar a la receptividad inicial, por ejemplo:
 - o - Después de que la otra parte ha comenzado a ser consciente de la fortaleza jurídica de las respectivas posiciones, lo que puede producirse después de la demanda, contestación o de otras actuaciones procesales.
 - o - Después de que la otra parte haya incurrido en ciertos gastos, por ejemplo, contratación de un perito.
 - o - Antes de que se incurra en otros costes o gastos adicionales si la disputa no se resuelve, como los intereses que se aplicarán a la cantidad, las costas, etc.

2. Cómo abordar a la otra parte

Hay diferentes formas de abordar a la otra parte y plantear el posible uso de mediación:

- Pedir a un mediador o a una organización proveedora de servicios de mediación que haga el contacto inicial: esta opción es particularmente adecuada cuando se anticipa cierta resistencia de la otra parte.
- Plantearlo personalmente el abogado: al igual que con el propio cliente, un encuentro personal es preferible que un planteamiento por escrito.
- Pedir al cliente que hable directamente con la otra parte: las conversaciones directas entre las partes pueden resultar apropiadas en ciertas circunstancias, por ejemplo, si han mantenido una larga relación comercial o si la otra parte no está representada por abogado.

3. Consejos para discutir el tema con la otra parte

Si se opta por plantear la mediación directamente a la otra parte, algunas sugerencias generales son las siguientes:

- Si se ha establecido una política corporativa en el despacho, mencione su existencia y el compromiso profesional de intentar otras vías de solución distintas al juicio. También se puede mencionar la normativa sobre el uso legal que de la mediación se hace en ciertos procesos, instituciones o asociaciones, incidiendo en sus facetas positivas. Poniendo así de manifiesto que la mediación está en cierta medida extendida y contemplada legalmente, se elimina la sospecha de querer obtener una ventaja por alguna razón o, por el contrario, de ser débil en la posición jurídica que se ostenta.
- Construya y genere una atmósfera cooperativa con la otra parte: se facilita así la posibilidad de llegar a un acuerdo para el uso de la mediación y para construir los detalles en relación con el proceso.
- Plantee opciones abiertas: antes que sugerir una propuesta específica, susceptible de generar cierta resistencia, puede ser mejor mantener una conversación abierta en la que se valoren distintas opciones de resolución del conflicto.
- Ofrezca algo a cambio: la otra parte puede estar más dispuesta a considerar el uso de la mediación si se ofrece algo a cambio, por ejemplo, una suspensión del proceso que les interese.

- Piense qué aspectos o temas va a tratar en la primera conversación con la otra parte acerca de la mediación.
- Diseñe la entrevista con la otra parte para probar cuál es su temperamento, tanto del abogado como del cliente, en relación con la mediación, la naturaleza del caso y la familiaridad que puedan tener con el uso de este tipo de procesos. Es aconsejable centrarse en las ventajas mutuas de usar la mediación, como el ahorro de tiempo y dinero, la flexibilidad, el control y la confidencialidad. Recuerde que hay poco que perder y mucho que ganar por intentar un proceso voluntario y consensual. Trate de proporcionar la información que dé respuesta a las preocupaciones que la otra parte pueda tener o remitirle al mediador para que reciba la información personalmente.

¿CÓMO PUEDO INICIAR EL PROCESO?

Con mi cliente:

- Adquirir el suficiente conocimiento para poder asesorar adecuadamente.
- Informar de la obligación de buscar vías alternativas al juicio.
- Informar de las distintas opciones disponibles para la resolución del asunto.
- Distinguir entre el cliente sofisticado y el que no lo es:
 - Descripción del proceso judicial.
 - Descripción del proceso de mediación.
 - Exponer las ventajas y las desventajas de ambos procesos.
 - Ayudar a articular intereses y necesidades para elegir el proceso.

Solo cuando se ha logrado un acuerdo con el propio cliente dirigirse a la otra parte.

Con la otra parte:

- Preocupación de que el interés en negociar se perciba como una debilidad, consejos:
 - Recordar la existencia del deber deontológico.
 - Construir una política corporativa en el despacho (diseño de un compromiso profesional, distinción de abogados conciliadores y litigadores y de papeles entre ambos, construir servicios de representación limitada).
 - Recordar el carácter inevitable del intento de transacción y, por lo tanto, la conveniencia de hacerlo cuanto antes y de diseñar el propio proceso y la elección del mediador.
 - Solicitar a un tercero que haga la propuesta (el mediador, el Juzgado...).

X. QUÉ PUNTOS DEBEN SER CONTEMPLADOS CUANDO SE LLEGA A UN ACUERDO PARA SOMETERSE AL PROCESO DE MEDIACIÓN

Una vez que la otra parte se ha decidido a intentar la mediación, ambas partes necesitan ponerse de acuerdo sobre los detalles del proceso. Esto supone llegar a un acuerdo en relación con aspectos del procedimiento, el tiempo que se va a dedicar, la obtención de la información que se pueda necesitar para aportar al proceso, la selección y compensación del mediador y la confidencialidad.

Cuando se alcanza un acuerdo para someterse a mediación, deben tomarse en consideración las preocupaciones e intereses de ambas partes. Normalmente, la selección del neutral o mediador es la decisión más importante a tomar. Si se redacta una cláusula contractual para mediar, lo normal será incluir una disposición específica para la selección del mediador. Si se suscribe un acuerdo para mediar en una disputa ya existente, lo que se conoce como un acuerdo de sometimiento a mediación, se puede bien establecer el procedimiento de selección del mediador o, por el contrario, seleccionar un específico mediador antes de finalizar el acuerdo y poner su nombre en el acuerdo. En cualquiera de los dos casos, los criterios y procedimientos para seleccionar el mediador deben ser considerados.

1. Criterios de elección del mediador

Normalmente las cualidades que se buscarán en un mediador son las siguientes:

- Imparcialidad es la cualidad esencial. El mediador no puede dar trato de favor a ninguna de las partes, debe ser imparcial y no puede tener interés de ningún tipo en el resultado del caso.
- Digno de la confianza de todas las partes.
- Cualificaciones: al seleccionar un mediador debe tenerse en cuenta si la persona elegida reúne la formación y las habilidades, la técnica y la experiencia para actuar como mediador. Un buen mediador debe reunir, al menos, las siguientes cualidades: habilidad para facilitar la comunicación entre las partes, rapidez para analizar problemas complejos e identificar los aspectos principales y los intereses de las partes; capacidad de ayudar a las partes a que comprendan los aspectos débiles y fuertes de sus respectivas posiciones; habilidad para obtener y comunicar información; creatividad para ayudar a las partes a lograr un acuerdo beneficioso para ambos.
- Adecuación del estilo o de la personalidad del mediador al caso concreto y a la situación de las partes.
- Adecuación al tipo de disputa: el conocimiento, la formación y la experiencia del mediador pueden ser importantes en determinadas situaciones. Por ejemplo, el dominio de la materia puede ser decisivo cuando se trata de resolver cuestiones complejas o muy técnicas o si el aspecto central de la disputa viene referido a derechos y obligaciones.

- Otros criterios que se pueden considerar son la cuantía de los honorarios, la disponibilidad del mediador, el enfoque de la mediación, etc.
- Otra de las técnicas de selección que se emplea es la identificación de las barreras que han impedido que las partes lleguen a un acuerdo por sí mismas: así, si han existido problemas de personalidad, puede resultar aconsejable un mediador con habilidades para manejar emociones y el proceso; si se han producido problemas de comprensión o interpretación jurídica del caso, un mediador con conocimientos jurídicos acreditados en la materia puede resultar conveniente.

2. Procedimientos para la selección de un mediador

Hay diferentes opciones para seleccionar un mediador:

- **Selección por ambas partes:** lo más frecuente es que ambas partes se impliquen en la selección del mediador. Se pueden indicar un número de diferentes posibilidades. Por ejemplo, cada parte puede elaborar una lista de mediadores y compararlas para ver si se han producido coincidencias; las partes también pueden elegir un mediador al azar de una lista de mediadores posibles.
- **Selección por una de las partes:** se puede acordar que una de las partes elija al mediador. Este método puede resultar útil para convencer a la otra parte.
- **Selección por una organización:** algunas organizaciones proveedoras de servicios de mediación pueden seleccionar un mediador de un listado si así se les solicita. Otras elaboran una lista, eliminando las partes aquellos nombres que no les interesan, tras lo cual la organización elige al mediador atendiendo a las prioridades que las partes hayan establecido o por medio de rotación de los nombres que permanezcan.

3. Los honorarios del mediador

Las partes necesitan ponerse de acuerdo en cómo se van a satisfacer los honorarios del mediador si su intervención no es gratuita. Normalmente, los costes del mediador se dividen por igual entre las partes. Sin embargo, es posible llegar a otro tipo de acuerdos, especialmente con la finalidad de tratar de convencer a la otra parte para acudir a mediación:

- Una parte paga la primera sesión y las restantes se dividen a partes iguales.

- Las partes dividen los honorarios si llegan a un acuerdo; en caso contrario, una parte asume el pago.
- Las partes se ponen de acuerdo en determinados porcentajes (p. ej., 60%-40%).
- Una parte paga todos los gastos.

4. Dónde puede tener lugar la mediación

A la hora de decidir dónde puede tener lugar la mediación se deben tener en cuenta los efectos que la elección del lugar puede producir sobre las partes, incluyendo los aspectos psicológicos y económicos. Las opciones posibles incluyen desde el despacho o las oficinas de una de las partes o de sus abogados, las dependencias del mediador u organización proveedora (instituciones de mediación) o cualquier otra ubicación que se considere neutral.

5. Confidencialidad

Las partes deben alcanzar un acuerdo en relación con la confidencialidad, que debe incluir especialmente si la información que se revele al mediador durante las sesiones privadas va a ser compartida con la otra parte; si la información que se comparta durante la mediación puede ser hecha pública, si el mediador puede ser requerido para testificar en un procedimiento judicial en relación o acerca de lo sucedido en la mediación, y si el resultado de la mediación puede o no ser revelado.

El grado de confidencialidad que las partes pacten debe ser respetuoso con lo que establezca la Ley, si existen concretas previsiones al respecto. En cualquier caso, siempre debe ser manifestado al mediador de forma específica y hacerse constar en el acuerdo de sometimiento a mediación.

XI. EL PROCESO DE MEDIACIÓN: SUS FASES

1. Premediación: la solicitud de inicio, la sesión informativa, la sesión constitutiva

Una vez que las partes se han puesto de acuerdo en intentar resolver su disputa a través del proceso de mediación deben formular la **solicitud de inicio**. En la solicitud, formulada por ambas partes o por una de ellas en cumplimiento del pacto previo celebrado de sometimiento a mediación, hay que incluir la designación del mediador o de la institución u organización proveedora, el lugar de la mediación y la lengua de procedimiento.

Tras formular la solicitud el mediador o institución, citará a las partes para que acudan a una **sesión informativa** con el objeto de recibir información del mediador o de la institución proveedora sobre los siguientes aspectos: posibles causas que afecten a la imparcialidad del mediador, su profesión,

trayectoria, formación y experiencia, las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento, las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar así como sobre cualquier otro detalle que el mediador quiera proporcionar o las partes deseen preguntar. La sesión informativa puede ser eliminada por pacto entre las partes si, por ejemplo, disponen ya de esta información o prefieren recibirla al inicio de la sesión constitutiva.

Posteriormente, deben redactar o firmar un acuerdo de sometimiento a mediación que normalmente será proporcionado por el proveedor de los servicios, institución o mediador, pero puede también ser elaborado por los abogados o añadir éstos los extremos que consideren conveniente. Este acuerdo de sometimiento a mediación y su firma conforma la **sesión constitutiva**. El documento debe ser simple, sencillo y con términos inequívocos y contener unos aspectos mínimos que la Ley contempla:

- Partes.
- Designación del mediador.
- Objeto del conflicto.
- Programa de actuaciones y duración máxima, susceptible de modificación.
- Costes del proceso.
- Declaración de aceptación y asunción de obligaciones.
- Lugar y lengua de procedimiento.

Las partes, sin embargo, pueden considerar relevante la inclusión de otros extremos junto a los anteriores, por ejemplo:

- En una disputa existente:
 - - Identificación de las partes.
 - - Relación de participantes: cliente o persona que lo representa con capacidad de decisión; técnicos/peritos y expertos (asuntos complejos o técnicos); partes con capacidad de transigir; abogados.
 - - Selección y designación del mediador.
 - - Objeto del conflicto que se somete a mediación.

- - Honorarios del mediador, su forma de pago, coste del proceso, otros gastos (p. ej., de peritos, técnicos u otros profesionales, de realización de pruebas...).
 - - Duración del proceso: un día, varios días, una sesión, varias sesiones en un periodo, formas de modificación de la duración inicialmente pactada.
 - - Confidencialidad: uso posterior de la documentación, de las declaraciones y de la información.
 - - Revelación de la información a terceros.
 - - Posibilidad de desistir o de retirarse del proceso en cualquier momento.
 - - Reglas de procedimiento, del programa de actuaciones y sobre el papel específico del mediador.
 - - Posible suspensión del procedimiento judicial en marcha.
 - - Preservación de acciones legales si no hay proceso judicial en marcha.
 - - Sanciones por incumplimiento, en su caso, del acuerdo.
 - - Lugar de celebración y lengua del procedimiento.
- En disputas futuras:
- - Los aspectos que se estimen necesarios para la resolución como si la disputa ya existiese.
 - - Cláusula contractual estableciendo la mediación.
 - - Cláusula de procedimiento de selección del mediador.
 - - Cláusula de escalonamiento (negociación, mediación, arbitraje/juicio).

Puede ser que por disposición legal exista una obligación de mediar con carácter previo a la presentación de la demanda. En estos casos pueden ocurrir dos situaciones: 1) Que las partes tengan

libertad para elegir al mediador y diseñar el proceso, costeadando normalmente el proceso; y 2) que las partes se vean obligadas a acudir a un órgano específico encargado de elegir al mediador, la fecha y con un proceso programado en todos sus aspectos, todo ello con carácter gratuito. En este último supuesto, las partes deben considerar una serie de aspectos para decidir si prefieren contratar los servicios de un mediador y hacerlo de forma privada, valorando después la conveniencia de constituir el acuerdo que en su caso se logre en título ejecutivo por medio de la utilización de los diversos mecanismos legales existentes. Algunos de los aspectos que las partes y sus abogados deben valorar para tomar una decisión correcta son los siguientes:

- ¿Puedo elegir o participar en la selección del mediador?
- ¿Puedo comunicarme previamente con el mediador y entregarle documentos o información?
- ¿Quién puede o debe acudir a la mediación? ¿Puede ir el abogado? ¿Otras personas?
- ¿Tengo que pagar? ¿Cuánto y cómo?
- ¿Tengo que mediar de una forma específica, en un tiempo determinado, en una fecha impuesta o en un lugar concreto?
- ¿Hay confidencialidad? ¿Cómo se garantiza? ¿Puedo usar los documentos en otros procesos?

2. Fase de mediación: el desarrollo de las sesiones de mediación

Las actuaciones de mediación deben desarrollarse en el menor número posible de sesiones. El proceso, aun siendo muy flexible, al mismo tiempo es estructurado y el mediador, a su vez, lo divide en varias fases cuyo número, contenido y duración varía en función del enfoque del mediador, de los objetivos que se persigan y de la materia sobre la que verse (mediación familiar, comercial, laboral...). Las sesiones no coinciden con las fases. Una sola sesión puede contener todas las fases o destinarse varias sesiones a una sola fase (p. ej., a una negociación compleja con múltiples partes). Las etapas o fases que a continuación se señalan caracterizan por lo general el desarrollo de una mediación. Si bien la primera y la última fase claramente tienen lugar al principio y al final, las etapas intermedias pueden y tienden a mezclarse y repetirse. Normalmente, y con carácter general, son las siguientes:

A) Fase de apertura

En esta etapa el mediador tiene una serie de objetivos principales: establecer contacto con los participantes, especialmente con las partes, explicar el proceso y fijar o negociar con las propias partes las normas de funcionamiento del proceso. Hay mediadores que esta etapa la subdividen en dos: la fase de contacto y la de apertura.

La sesión de información que las partes han recibido previamente y que se diseña como una sesión de información general, no como una sesión de análisis del caso por el mediador o una discusión acerca de los temas que las partes puedan plantear, suele reducir el tiempo que se dedica a informar y contactar con las partes en la fase de apertura.

La apertura del mediador: el mediador comenzará por hacer las presentaciones, explicará el proceso, sus objetivos y su papel, estableciendo y recordando de una forma confortable y relajada las normas básicas, especialmente las relativas a confidencialidad y desarrollo de las sesiones privadas, si existen. Responderá a las preguntas que las partes formulen y, dependiendo del mediador y de las partes, negociará con ellas las normas de funcionamiento y diseño del proceso.

La apertura de las partes: el mediador invita a las partes a hablar, solicitando directamente su intervención para que ofrezcan una descripción de cómo surgió la disputa o un resumen de los temas y cuestiones que deben ser resueltos. El mediador puede sugerir que las partes discutan el caso o realizar preguntas directamente, o limitarse a la inicial presentación que las partes realicen sobre los diferentes temas.

La duración de esta fase es variable, en función de si el mediador y las partes se limitan a presentar el proceso y los temas a tratar o si las presentaciones de las partes van seguidas de discusión.

B) Fase de comunicación

El objetivo de esta fase es que cada parte exponga y entienda la perspectiva del otro. Para el mediador, el objetivo es entender los temas a tratar y los intereses de cada parte.

Para promover la comunicación y el entendimiento muchos mediadores tratan de mantener a las partes en una sesión conjunta tanto como sea posible. Sin embargo, para muchos mediadores las sesiones separadas (conocidas como *caucus*) pueden resultar útiles cuando la sesión conjunta no es productiva o cuando las partes así lo consideran necesario. El objetivo de las sesiones separadas es el siguiente: descubrir información adicional no revelada en la sesión conjunta; formular ofertas; manejar los tiempos y la dinámica de la negociación; descubrir intereses subyacentes; dar una oportunidad de expresarse abiertamente aireando emociones; permitir al mediador descubrir la verdadera causa del

conflicto; y dar al mediador la oportunidad de mover a partes irrealistas hacia posiciones razonables. En suma, abrir canales de comunicación que permitan avanzar en la negociación.

La técnica de las sesiones separadas plantea una serie de preocupaciones relativas a los siguientes aspectos: 1) Pérdida de confianza en el mediador en relación con lo que está sucediendo; 2) la tensión con el deber de guardar confidencialidad; 3) el poder que se otorga al mediador en estas sesiones. Estas preocupaciones pueden solucionarse recurriendo el mediador a una serie de protecciones que permitan la preservación de los anteriores valores, es decir, de la confianza, la confidencialidad y la imparcialidad.

C) Fase de negociación

El objetivo prioritario del mediador es impulsar la negociación. Mediante la utilización de técnicas y habilidades específicas animará a las partes a negociar, buscando soluciones creativas, desarrollando y evaluando diferentes opciones y, en definitiva, impulsando y ayudando a las partes a que lleguen a un acuerdo mutuamente satisfactorio. En esta fase se pueden producir reuniones y subreuniones entre las partes y sus representantes y demás personas que concurran (expertos, peritos, técnicos, etc.).

D) Fase de cierre: el acta final y el acuerdo de mediación

Finalizadas las negociaciones, éstas pueden concluir sin o con acuerdo. En ambos casos, se debe redactar un **acta final** que determina la conclusión del procedimiento. Si **no hay acuerdo** se debe hacer constar la causa de la finalización (decisión de las partes, transcurso del plazo máximo pactado sin haber logrado acuerdo, decisión del mediador por estimar que las posiciones de las partes son irreconciliables...).

XII. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN

Si se ha logrado un **acuerdo de mediación**, éste puede recaer sobre la totalidad o parte de las materias sometidas a mediación. En el acta final se deben reflejar los acuerdos logrados de forma clara y comprensible. La redacción del acuerdo y su firma se suele producir en una sesión conjunta y en la propia fase de cierre o final. Sin embargo, la norma otorga un plazo de diez días desde el acta final para proceder a la redacción del acuerdo, su firma por las partes o sus representantes y su presentación al mediador para su firma.

El acuerdo, del que cada parte conserva copia así como el mediador en sus registros, puede adoptar múltiples formas si bien algunos de sus componentes habituales incluyen los siguientes, además de los

básicos de la identidad y domicilio de las partes, del mediador o institución y del lugar y fecha de suscripción:

- Específicas acciones y condiciones establecidas para la resolución del asunto.
- Criterios de ejecución de las acciones y condiciones pactadas.
- Quién es responsable de llevar a cabo cada medida y cómo.
- Calendario de ejecución.
- Consecuencias del incumplimiento, posibles sanciones, posibilidad de revisión del grado de cumplimiento.
- Procedimientos de resolución de las cuestiones posteriores no previstas en la mediación o no resueltas en ella.
- Procedimientos de modificación del acuerdo.
- Procedimientos de resolución de disputas por incumplimiento del acuerdo.

El acuerdo logrado tiene la fuerza de un contrato entre las partes, pudiendo si se desea ser elevado a escritura pública ante notario para su formalización como título ejecutivo. Para ello es necesario presentar al notario el acuerdo junto con la copia de las actas de la sesión constitutiva (que contiene el acuerdo de sometimiento a mediación) y el acta final del procedimiento. El notario debe verificar el cumplimiento de los requisitos legales y que el contenido del acuerdo no es contrario a Derecho. Se ejecuta por el Juzgado de Primera Instancia del lugar de suscripción del acuerdo, conforme a las normas procesales.

En el supuesto de que el acuerdo recaiga sobre un conflicto sometido a conocimiento judicial, es decir, cuando se ha logrado después de iniciarse el proceso judicial, las partes pueden solicitar del juez o Tribunal su homologación conforme a las normas procesales civiles, siendo el mismo órgano judicial el competente para proceder, en su caso, a la ejecución.

EL PROCESO DE MEDIACIÓN: SUS FASES

Premediación:

- 1) Solicitud de inicio.
- 2) Sesión informativa.
- 3) Sesión constitutiva: acuerdo expreso de sometimiento a la mediación.

Mediación:

Desarrollo de las sesiones de mediación:

- Apertura: del mediador y de las partes.
- Comunicación: entre las partes y con el mediador
- Negociación: desarrollo y evaluación de opciones posibles.
- Cierre: sin o con acuerdo. Acta final.

XIII. CÓMO EL ABOGADO INTERVIENE EN LAS FASES DEL PROCESO DE MEDIACIÓN

Es importante tener presente que la mediación es un proceso activo susceptible de múltiples variaciones. El abogado debe concebir al mediador como un ayudante para lograr una negociación más efectiva y, por lo tanto, con más probabilidades de obtener un resultado más satisfactorio para el cliente. A continuación se ofrecen algunas de las muchas posibilidades de intervención de un abogado en mediación.

En la fase de apertura o declaración de las partes el mediador normalmente estará interesado en conocer una serie de aspectos cuya información debe proporcionarse de forma breve:

- Cómo surgió la disputa.
- Quiénes son las partes relevantes.
- Cuáles son los hechos y cuestiones jurídicas esenciales.
- Cuáles son los puntos de acuerdo y desacuerdo.
- Qué ha ocurrido en el procedimiento judicial, en su caso.
- Si han existido negociaciones directas.
- Cuáles han sido las ofertas.
- Qué ha impedido llegar a un acuerdo.
- Qué cuestiones no jurídicas o personales hay.
- Si es posible contemplar una solución distinta a la monetaria.
- Si es preciso alguna información adicional para mediar productivamente.
- Qué documentos deberían ser revisados por el mediador.

Normalmente debe hablar el cliente porque es quien tiene más capacidad de impacto efectivo en la parte contraria y en el mediador. Se suele escuchar con más atención al cliente que al abogado porque, en definitiva, es el protagonista y quien tiene la capacidad de decidir. Si el abogado está presente, el papel principal lo ostenta el cliente, pudiendo el abogado resumir los argumentos legales (antes o

después del cliente dependiendo del tipo de mediación) y describiendo el cliente los hechos o los efectos que el conflicto produce, en general aquellos aspectos no legales como el impacto de las acciones de la otra parte en su familia o en el negocio.

Debe recordarse que la mediación no es un juicio, sino que se desarrolla en ambiente mucho más tranquilo, en una sala de reuniones, con las partes sentadas a una mesa, estableciendo el mediador un tono informal pero serio. Un estilo tranquilo es mucho más efectivo que el formalismo de un juicio.

El abogado debe planificar previamente la estrategia y preparar y orientar al cliente. La mediación debe ser preparada porque:

- Es mucho más intensa que una negociación directa.
- Es el evento transaccional paralelo al evento judicial.
- Puede que tenga que negociar con el abogado contrario, con la otra parte y con el mediador.
- Tendrá que asistir, apoyar, asesorar y aconsejar a su cliente.
- Tendrá que orientar al cliente de cómo comportarse con la otra parte y con el mediador.
- Tendrá que decidir la distribución de papeles con su cliente y con el mediador.
- Tendrá que advertir al cliente que, en mejor defensa de sus intereses, adoptará un papel conciliador, que podrá hablar privadamente con él siempre que lo necesite, que se le puede invitar a prescindir del abogado y que es libre de aceptar o no esta propuesta y las demás que se hagan.

1. Preparación de la sesión de apertura

Debe prepararse:

- El tono a adoptar en función de los objetivos (reparar relación: cooperativo, obtener dinero, aseverativo con fortaleza jurídica...), en función de la naturaleza de la disputa y de la audiencia.
- La presentación se estructura a libertad. No hay formato fijo por lo que hay que aprovechar la libertad para provocar impacto.

- Es frecuente en las mediaciones comerciales que el abogado presente de forma muy breve los argumentos jurídicos y a continuación hable el cliente al que se escuchará más porque es el que va a tomar la decisión: el cliente puede contar los hechos o los daños sufridos, el impacto en su vida o en su familia, etc.
- Valore si el cliente es una persona poco «atractiva» a la hora de exponer los hechos, considere no exponerle en riesgo frente al oponente.
- Revise con el cliente la presentación, de la misma forma que se debe preparar a un testigo para declarar en juicio. Preparación no significa alteración de la verdad ni descubrimiento de toda la verdad. Insistir en el espíritu cooperativo y de buena fe.
- Revise la interacción con el cliente: necesidad de interrupciones, descansos o consultas.
- Advierta que se le puede preguntar pero que no tiene obligación de responder.
- Si se va a presentar prueba documental prepárela de forma sucinta, destacando lo importante. No hay que abrumar con prueba innecesaria.

2. Preparación de la sesión privada

Puede no existir. Normalmente se centra en escuchar y hacer preguntas. Hay que saber para preparar al cliente que:

- Su duración y su número debería ser igual o similar para las dos partes, a no ser que se acepte voluntariamente lo contrario por una de las partes.
- Se buscará un estilo de negociación basado en intereses.
- Se puede anticipar la prueba al mediador.
- Pueden o no hacerse ofertas.
- Se puede revelar en términos generales la estrategia si se considera conveniente.
- Se puede hablar a solas con el cliente.
- El mediador puede hacer preguntas difíciles, llamadas contrastes de realidad. Advierta al cliente que es normal.
- Si el cliente se desanima advierta al mediador.

- Si el mediador se desanima, haga sugerencias.
- Analice con el mediador lo que se dirá a la otra parte. Exprese de forma clara lo que desea que se transmita y lo que no.
- Pida que suministre información si le interesa.
- Pida al mediador en privado que suscite determinadas cuestiones que le interesen. Trate de utilizar al mediador para lograr sus intereses.

3. Preparación de la sesión conjunta de negociación

Trabaje con su cliente para:

- Influir en la agenda a decidir.
- Centrar los puntos clave.
- Utilizar al mediador para proporcionar soluciones creativas.
- Pedir al mediador que explore intereses subyacentes.
- Intentar negociar a dos niveles: intercambio e intereses; distribución e integración o creación de valor.

Debe recordarse que el mediador puede ayudar a negociar con más efectividad y, en este sentido, se le puede pedir ayuda porque ése es su papel: ayudar a ambas partes.

4. Preparación de la sesión de cierre

— Redacción del acuerdo logrado.

- Revisión de los términos más habituales.
- Específicas condiciones establecidas por las partes para resolver la disputa.
- Quién es responsable de llevar a cabo cada condición, en qué medida y cómo.
- Calendario de ejecución.
- Identificación de criterios de efectividad: consecuencias del incumplimiento, posibles sanciones, revisión del grado de cumplimiento.
- Procedimiento de resolución de discrepancias en la ejecución.
- Procedimientos para ampliar, corregir o modificar el acuerdo.

- Procedimientos para resolver las disputas por incumplimiento del acuerdo.

(1)

La autora quiere agradecer a los abogados Román Gil, Montserrat Alonso, Rocío Rubio, Pablo Chillón y Asís Alba su ayuda y sus perspicaces comentarios y sugerencias en relación con la primera versión de este trabajo.

[Ver Texto](#)