



¿QUÉ SE ESPERA
DE UN MEDIADOR?,
CONOCE EL
ALCANCE DE SU
FUNCIÓN

UNIVERSIDAD
INTERNACIONAL
DE LA RIOJA

unir

LA ACTUALIDAD DE LA MEDIACIÓN

La mediación está de moda. El reciente Plan de Modernización de la Justicia aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, ha incluido una referencia específica a la mediación civil y penal como un **instrumento eficaz** en la resolución de conflictos.

Para este Órgano Constitucional, la mediación se define como un modelo de solución de conflictos, donde la intervención de un “tercero” neutral e imparcial ayuda a dos o más personas a comprender el origen de sus diferencias, a conocer las causas y consecuencias de lo ocurrido, a confrontar sus visiones, y a encontrar soluciones para resolver aquéllas.

La mediación se abre paso hoy en día como una **forma distinta de solucionar conflictos**, una alternativa diferente al proceso judicial, y a la vía arbitral. Se trata de una nueva concepción de la Justicia, más participativa, que constituye una pieza relevante de la modernización de la Administración de Justicia.

El interés en potenciar el uso de la mediación en España obedece, por una parte, a una razón de orden práctico, la necesidad de desjudicializar determinados pleitos, y agilizar con ello la Justicia; la mediación ayudará sin duda alguna a descongestionar los juzgados. Ofrece por tanto la oportunidad de descargar los juzgados de conflictos cuya solución no pasa por una decisión jurídica, más aún, cuando se advierte que pueden existir mejores posibilidades de resolución que el fallo de una sentencia. Además existe otra razón de fondo para impulsar la mediación fundamentada en la creencia de que no todo conflicto debe resolverse con la presentación de una demanda ante los Tribunales de Justicia; existen determinados contenciosos que pueden encontrar, en esta alternativa, la solución **más adaptada a las necesidades** de las partes.

EL AUGE DE LA MEDIACIÓN

Los jueces son los primeros que están comenzando a derivar cada vez más la resolución de algunos de sus pleitos hacia la mediación. En concreto derivaron un total de 9.821 asuntos durante el 2013, frente a los 6.356 del año anterior.

El pasado mes de mayo, el Presidente de Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Carlos Lemes, compareció en el Congreso de los Diputados y presentó los datos actualizados de los Juzgados españoles; en su discurso se refirió al impulso de la mediación durante el año 2013.

Así pudo constatar cómo la mediación familiar experimentó en el año 2013 un incremento alrededor del 65% respecto del año anterior, al pasar de 3.056 mediaciones a 5.116, consiguiendo además un

49% de acuerdos, frente al 31% del 2012. La mediación penal creció un 40%, con un 76% de acuerdos alcanzados; y también se incrementaron las mediaciones civiles en un 26%, mientras que en materia laboral se alcanzaron acuerdos en 14 de los 20 procesos de mediación tramitados.

Este crecimiento incide de lleno en el fortalecimiento del ejercicio de un derecho fundamental, el de la tutela judicial, al relegar la actuación de los Tribunales de Justicia como último remedio de pacificación de conflictos, y convertir al ciudadano en el protagonista activo de la solución de sus controversias.

LA MEDIACIÓN VISTA COMO COOPERACIÓN

El profesor William Ury, cofundador del Programa de Negociación de la Escuela de Harvard, en su nota de autor a la segunda edición del libro “Supere el NO”, cuenta que esta obra surgió de la siguiente pregunta, ¿cómo puede uno convertir un conflicto, en problemas que se van a resolver?. Y la respuesta que nos ofrece es bien simple, **la cooperación**. En todas partes, dice, se siente la imperiosa necesidad de la cooperación.

La sociedad en general, las organizaciones, y las personas se están dando cuenta que acudir a los tribunales es siempre costoso, y con frecuencia inútil. Por eso se opta por recurrir cada vez más a métodos alternativos de solución de conflictos como es la mediación, donde se **construyen relaciones**, se favorece la comunicación, y se promueve la cooperación.

Se percibe en la sociedad la necesidad de forjar una nueva cultura donde prime el acuerdo sobre la confrontación, el respeto más que la imposición.

El camino que lleva del enfrentamiento a la cooperación pasa, según Ury, por **la negociación**; la cooperación no significa el fin de las diferencias entre las partes enfrentadas, pero sí supone el comienzo para gestionarlas de forma constructiva. En el rival ya no se ve a alguien al que hay que derrotar, sino a un oponente, de tal suerte que se cuenta que sólo se podrán alcanzar los propios intereses, si se tienen en consideración los del OTRO.

La mediación se configura como un proceso de **comunicación recíproca** encaminado a lograr un acuerdo con quien se mantienen intereses, algunos de ellos compartidos, y otros opuestos. El mediador deberá formular entonces a las partes la pregunta adecuada: “para qué”, en lugar del “por qué”. En resumen, es un proceso donde se sustituye el enfrentamiento cara a cara, por la búsqueda de la solución del problema hombro con hombro.

EL RETO DE LA MEDIACIÓN

La mediación supone una forma de hacer participar a las personas en la solución del conflicto, es la tendencia natural que pervive en los ciudadanos, ya sean personas físicas o jurídicas, de poder decidir directamente sobre sus propias contiendas; son ellos quienes, con la ayuda del mediador, pueden **alcanzar por sí mismos una solución** a sus diferencias.

Por este motivo, la mediación resulta muy conveniente para aquellos conflictos donde las partes encontradas se ven en la necesidad, o tienen el deseo de no romper, sino continuar con su relación en el futuro.

Al mediador, cada vez que asume la responsabilidad de mediar en un conflicto, se le presenta un reto por delante que consiste en llegar a transformar un enfrentamiento, en un ejercicio de **solución conjunta** de los problemas que afectan a las partes.

LA PIEZA CLAVE EN LA MEDICIÓN: EL MEDIADOR Y SU FORMACIÓN

La figura del mediador es la pieza esencial de este modelo basado en la voluntariedad y libre decisión de las partes, pues con su intervención les ayuda a encontrar una solución dialogada, y querida por ellas.

Para poder desempeñar con competencia su papel y ofrecer plena garantía a las partes, el mediador necesitará adquirir una **formación general**, y las **habilidades específicas** que requiera la propia naturaleza del conflicto. La formación exigida al mediador es inicial y continuada en el tiempo, justificada en la necesidad de garantizar una mediación de calidad, y en la responsabilidad que asume el mediador.

En cuanto a la formación, **¿quién está en condiciones para ejercer esta profesión?**. El acceso a la profesión no requiere colegiación ni examen oficial, pero sí de una preparación específica. Se necesita por una parte, estar en posesión de un título oficial universitario, o de formación profesional superior, y por otra, superar un curso específico sobre mediación de cien horas lectivas de las que al menos un 35% se impartirán de forma práctica, es decir incluyendo ejercicios y simulación de casos (modelo role-player).

La formación proporcionará al mediador entre otras, las habilidades que precisa para facilitar la comunicación y el acercamiento entre las partes, y así incluirá el aprendizaje sobre técnicas de comunicación, negociación y resolución de conflictos, conocimientos del marco jurídico, los aspectos psicológicos, y la ética de la mediación.

LOS LÍMITES DE LA ACTUACIÓN DEL MEDIADOR: ¿QUÉ PUEDE HACER UN MEDIADOR?

Me propongo reflexionar en este artículo sobre cuál es el alcance de la intervención del mediador desde la función que la Exposición de Motivos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (en adelante Ley 5/2012) le atribuye expresamente cuando le asigna “una [intervención activa orientada a la solución de la controversia por las propias partes](#)”.

Conviene aclarar que esta ley estatal se crea para cumplir dos mandatos legislativos que teníamos pendientes de acometer, uno el de la trasposición de la Directiva del año 2008 de la Unión Europea sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, y otro el desarrollo previsto en la Disposición Adicional Primera de la Ley de Enjuiciamiento Civil introducida en 2005, sobre una Ley de Mediación. Quedan excluidos de su ámbito de aplicación: la mediación penal, la mediación con las Administraciones Públicas, la mediación laboral, y la mediación en materia de consumo.

Sin embargo, antes de la publicación de la Ley 5/2012, prácticamente la totalidad de las Comunidades Autónomas en España contaban con una ley propia sobre mediación familiar. Por tanto, la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil va de alguna manera a la zaga de otras leyes autonómicas, como la Ley 1/2001 de Cataluña que fue la primera Comunidad donde se reguló la mediación familiar.

En España se lleva más de 20 años trabajando en el ámbito de la mediación como método alternativo de resolución de conflictos, y la actuación del mediador ha estado focalizada en las siguientes funciones: restaurar la comunicación entre las partes, propiciar que sean ellas mismas, en un entorno confidencial y seguro, las que descubran dónde está la base del problema, y puedan visualizar los medios para superarlo si es posible, mediante un acuerdo. Para ello se pauta que el mediador en su actuación se abstenga de manifestar su opinión personal.

La novedosa intervención “[activa](#)” del papel del mediador que configura nuestra Ley 5/2012, en todo caso se deberá desarrollar observando los principios informadores del proceso de mediación, y en concreto quería resaltar su compatibilidad con los principios de imparcialidad y neutralidad.

En este sentido, ¿podríamos entonces afirmar que la Ley 5/2012 sobre mediación civil y mercantil, promueve un modelo de [mediador directivo](#) frente a un [modelo facilitador](#), más propio de la mediación familiar y penal?

Este tipo de función “activa” del mediador ha sido respaldada con lo dispuesto en la normativa posterior, en concreto con la aprobación de la [Ley 14/2013, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización](#) que ha introducido una nueva figura, la del mediador concursal, un claro modelo de mediador directivo.

La nueva mediación concursal persigue articular, para determinados supuestos de insolvencia, un mecanismo extrajudicial de negociación de deudas mediante la creación de un procedimiento más económico, rápido y sencillo que el judicial. Lo que resulta más significativo para el ámbito de la mediación, es que esta negociación será impulsada directamente por el mediador, a quien se le encarga la misión de **patrocinar un acuerdo** de renegociación de la deuda. ¿Se pueden dar mayores atribuciones a un mediador, que encomendarle la tarea de patrocinar un acuerdo para que las partes puedan aceptarlo?

Si seguimos describiendo el papel del mediador concursal, añadiremos que, una vez designado como tal, deberá entre sus primeras funciones, convocar una reunión con los acreedores, a quienes se les ofrecerá una **propuesta de pagos**, acompañada de un **plan de viabilidad**. Este tipo de intervención, tan participativa en el resultado de la mediación, se aleja con mucho de la figura clásica del mediador entendida como facilitador del acuerdo.

EL MEDIADOR FACILITADOR

El mediador debe ser un experto en el manejo de conflictos. Algunos profesionales de la mediación como Jacques Faget, Director de investigaciones en el CNRS (Centro Emile Durkheim), y profesor del Instituto de Estudios Políticos de Burdeos, defiende un modelo de mediador facilitador. Considera que el mediador ejerce un rol de independencia ante las partes, lo que traduce en una actuación que no influya en la resolución de su disputa, ni aconseje o proponga acuerdos.

La neutralidad o independencia del mediador se refiere a la no participación del mediador en la solución del conflicto. El mediador, desde esta óptica, y según Faget, se ceñirá exclusivamente a ayudar a las partes, a través del análisis de la situación conflictiva, a reforzar su relación, buscando el acercamiento entre ellas.

Este modelo de mediador facilitador encuentra también su encaje en los postulados de una de las tres escuelas más relevantes que existen en mediación, la Circular-Narrativa, creada en la década de los años 80 por la doctora en Comunicación por la Universidad de Massachusetts, Sara Cobb, y desarrollada por la psicóloga argentina Marinés Suares.

Esta escuela trata de cambiar la historia que cada parte ha elaborado en el conflicto, y el mediador dirige su actuación hacia la **construcción de nuevas narrativas**, donde el protagonismo se centra más en la persona y no en el contexto.

Según Sara Cobb, toda mediación debería iniciarse con un ejercicio de apoyo a cada una de las partes enfrentadas, *“el primer contacto en mediación debe ser un proceso que permita a la persona reflexionar y a actuar con relación a su problema, fortaleciéndola y dándole seguridad”*. El mediador se propone reforzar y facilitar el aprendizaje del yo a través de la motivación de la persona para que cambie.

El trabajo y las técnicas que empleará el mediador irán encaminadas por tanto, a liberar las capacidades afectivas, cognitivas y activas de la persona con el objetivo de permitirle resolver su conflicto. El mediador tratará de buscar, junto con la persona que mantiene una disputa, cómo reducir sus temores, y ansiedad mediante posibilidades de mejora. Toda esta labor contribuirá a potenciar la capacidad de implicar a las partes en la tarea de la resolución de su conflicto.

LOS PRINCIPIOS DE IMPARCIALIDAD Y NEUTRALIDAD DE TODA MEDIACIÓN

Antes de seguir avanzando en la defensa de cómo el modelo de mediador directivo tiene perfecto encuadre en nuestra normativa, y en la práctica profesional, conviene diferenciar y tener claro el contenido de dos de los principios que rigen el proceso de mediación, el de imparcialidad y neutralidad. Son dos principios que a simple vista pueden parecer lo mismo, y su similitud puede dar pie a confundir uno principio por otro.

La **imparcialidad** del mediador se predica respecto de las partes, imponiéndoles la obligación de no poder actuar en beneficio o perjuicio de ninguna de las partes.

Para que quede garantizada la imparcialidad, se requiere de otro principio informador del proceso, el de la igualdad, de tal manera que el mediador atiende a todas las partes equitativamente, asegurando que se mantiene el equilibrio entre sus posiciones, y el respeto mutuo.

Como consecuencia de lo anterior, el mediador tiene la obligación de revelar a las partes, antes de iniciar o de continuar su tarea, y, especialmente en la sesión informativa, cualesquiera circunstancias que puedan afectar a su imparcialidad, o generar un conflicto de intereses. Por ejemplo, deberá declarar si mantiene relaciones personales, contractuales o empresariales con alguna de las partes; o si mantiene un interés directo o indirecto en el resultado de la mediación; o haber actuado anteriormente a favor de una de las partes.

Sentado lo anterior, pudiera darse el caso donde concurrieran algunas de las anteriores circunstancias, pero que, si son consentidas por las partes, y se hacen constar expresamente, pueden dar luz verde, y permitir que el mediador inicie la mediación. En este supuesto el mediador asegurará poder mediar con total imparcialidad.

De esta manera se quiere prevalecer la autonomía de la voluntad de las partes, principio informador

de la mediación, sobre el principio de imparcialidad de los mediadores. El mediador podrá en todo caso renunciar a su tarea, y las partes igualmente se reservan la potestad de rechazarlo, o de nombrar a uno nuevo mediador.

Respecto al principio de **neutralidad** que debe observar el mediador en su función, podemos definirlo como el deber de no imponer a las partes ninguna decisión, pues por la naturaleza de la mediación, son ellas mismas quienes voluntariamente deben alcanzar y consensuar un acuerdo.

Por tanto, neutralidad e imparcialidad no son lo mismo, pero van de la mano. Para delimitar convenientemente los límites de ambos principios, conviene tener en cuenta que **la imparcialidad** se refiere a una cualidad del mediador, a su ausencia de interés con respecto al objeto de la mediación, o con respecto a las partes, mientras que **la neutralidad** se centra en la actitud del mediador, y se exige respecto a su comportamiento durante el desarrollo de la mediación.

Con todo, la neutralidad del mediador no debe ser entendida como pasividad o falta de implicación a la hora de promocionar un acuerdo, muy al contrario entiendo que Ley 5/2012 atribuye al mediador una conducta proactiva en el proceso de mediación orientada a propiciar el acuerdo voluntario de las partes.

LAS FUNCIONES DEL MEDIADOR

El mediador, según William Ury describe en su libro “Alcanzar la Paz,” no pretende determinar quién de las partes tiene razón, y quién está equivocada, sino que trata de llegar al núcleo de la disputa, y resolverla. Ese núcleo se cifra en identificar los intereses de cada lado, en otras palabras, en conocer cuáles son sus necesidades, preocupaciones, deseos, temores y aspiraciones. El objetivo de dividir las diferencias entre las dos posiciones opuestas no es suficiente, un mediador tiene que ayudar a las partes a satisfacer los intereses que subyacen en sus posiciones.

El primer paso consistirá en conseguir que las personas quieran sentarse alrededor de una mesa. Este suele ser dice Ury el mayor desafío. La sesión informativa con la que se inicia la mediación, será por tanto un momento decisivo para las partes, pues en ella encontrarán o no razones para iniciar la mediación.

Otra de las funciones clave del mediador consiste en ayudar a cada parte a comprender lo que la otra realmente dice o pide. Y el paso siguiente consistirá en ayudar a las partes a generar opciones creativas para alcanzar un acuerdo.

Queda claro que entre las funciones del mediador **no está la de asumir una capacidad de decisión** sobre qué hacer, sino que se limitará a orientar de forma activa a las partes para que estas puedan, por sí solas, llegar a un acuerdo conjunto.

Hay quienes piensan que, sólo en el plano ideológico las propias partes son capaces de proponer una solución conjunta, y es el mediador quien en realidad hace avanzar el proceso presentando soluciones posibles para que las partes las consideren. Esto sucede porque es frecuente que las ideas expuestas por una parte sean vistas con recelo y desconfianza por la otra, y a veces puede resultar más fácil aceptar una opción sugerida por un tercero, el mediador.

APERTURA A OTROS MODELOS DE MEDIADOR

En conclusión, considero que la aprobación de la Ley 5/2012 sobre mediación civil y mercantil marca un hito en la mediación dando carta de naturaleza al modelo directivo de mediador que estaba de alguna manera cautivo en la práctica profesional. Este modelo de mediador puede convivir en paz con el tradicional modelo facilitador que exige que el mediador no deba proponer o aconsejar una solución a la partes, sino proporcionarles los mecanismos adecuados de acercamiento y de dialogo.

¿Cómo acertar a seguir un modelo u otro de mediador? Considero que será el tipo de mediación, y las características del conflicto los que determinen en cada caso qué modelo de mediador es el más aconsejable para conducir con éxito una mediación.

Fdo.- Ma de las Mercedes Rosa Rodríguez
Socia Directora de MULBERRY ABOGADOS
Mediadora y Administradora Concursal