

ANEXO I:

PRONTUARIO DE MEDIACIÓN: CUESTIONES PRÁCTICAS

Por **Marta Gonzalo Quiroga**

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la URJC. Mediadora. Árbitro. e-mail: marta.gonzalo@urjc.es

CUESTIONES PRÁCTICAS

Son diferentes dependiendo de si Vd. es abogado/a de las partes (y, en este caso depende de si ya hay o no un acuerdo de mediación) o de si es Vd. Mediador/a (particular o en una Institución).

- Las cuestiones que Vds. se tienen que plantear o tener en cuenta como abogado/a o mediador/a:
 - ¿INTERESA ACUDIR A LA MEDIACIÓN?
 - EL ACUERDO DE MEDIACIÓN
 - Existencia de acuerdo/cláusula de mediación.
 - Inexistencia de acuerdo/cláusula de mediación.
 - Importancias del acuerdo/cláusula de mediación (Ejemplos de **acuerdos/cláusulas de mediación**).
 - Cláusula de escalonamiento/Acuerdos Med-Arb.
 - **VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN (Comunes a todos los ADR):** aunque parezca reiterativo hay que insistir en cada una de ellas. Algunas presentan determinados problemas en la práctica o se puede cuestionar su eficacia en determinados casos.
 1. RÁPIDEZ
 2. EFICACIA
 3. CONFIDENCIALIDAD
 4. ECONOMÍA ¿? (Ventaja/Desventaja)
 5. FLEXIBILIDAD
 6. ESPECIALIDAD
 7. CONTINUIDAD DE LAS RELACIONES (Civiles o mercantiles)
 8. MODERNIDAD
 9. ANTIFORMALISMO

VENTAJAS¹:

- 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.

¹ Cf., Rosario García Álvarez: “La mediación en asuntos civiles y mercantiles: Guía para abogados”, *Diario La Ley*, año XXXIII, número 7828, jueves, 29 de marzo de 2012.

- 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.

○ **DESVENTAJAS DE LA MEDIACIÓN (Comunes a todos los ADR):** aunque parezca reiterativo hay que insistir en cada una de ellas. Algunas presentan determinados problemas en la práctica o se puede cuestionar su eficacia en determinados casos.

1. LIMITACIÓN MATERIAL. MATERIAS NO MEDIABLES
2. COSTE
3. DIFICULTAD EN EL INICIO DE LA MEDIACIÓN ¿?
4. DEPENDENCIA DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL
5. AUSENCIA DE PRECEDENTES
6. EFICACIA/RECONOCIMIENTO/VOLUNTARIEDAD

DESVENTAJAS²

- 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.

² *Id. Cit.*

- 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

○ ¿QUÉ DEBO TENER EN CUENTA ANTES DE ELEGIR LA MEDIACIÓN?

¿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.

○ ¿CÓMO PLANTEAR AL CLIENTE EL POSIBLE USO DE LA MEDIACIÓN?

○ ¿CÓMO PLANTEAR A LA OTRA PARTE LA POSIBILIDAD DE USAR LA MEDIACIÓN?

○ ¿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...)

○ **¿QUÉ PUNTOS DEBEN SER CONTEMPLADOS CUANDO SE LLEGA A UN ACUERDO PARA SOMETERSE A UN PROCESO DE MEDIACIÓN?**

○ **UNA VEZ ACORDADA LA MEDIACIÓN CÓMO HACER PARA QUE ESTA VAYA BIEN:**

○ **EL PROCESO DE MEDIACIÓN: SUS FASES**

Premediación:

1. **Solicitud de inicio:** Vid., muestra o guía Solicitud de Mediación AEADE y Formularios en la Guía de distintos Colegios de Abogados más los ejercicios que haremos en clases.
2. **Sesión informativa: INFORMACIÓN. MUESTRA O GUÍA:** Sesión informativa de mediación a través de internet (On-line) de la Asociación Madrileña de Mediadores (AMM) – Video-: <http://youtu.be/3efiMecQ1fk>
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.
 - Vid. Modelos de acuerdos y formularios (bibliografía de la guía y los trabajados en clases)
 - **ELEVACIÓN A ESCRITURA PÚBLICA DE ACUERDO DE MEDIACIÓN: MINUTA DE ESCRITURA DE MEDIACIÓN INTERNA:**
<http://www.notariosyregistradores.com/PERSONAL/NOTARIAS/documentos/2012-modelo-escritura-mediacion.htm>

○ **¿CÓMO INTERVIENE EL ABOGADO EN LAS FASES DEL PROCESO DE MEDIACIÓN?**

○ **MEDIACIÓN INSTITUCIONAL:**

- Principales Instituciones nacionales de mediación
- ¿CÓMO ELEGIRLAS? Nacionales/Datos internacionales

○ **MEDIACIÓN AD HOC**