

Andrea Mendiola López

Màster en Mediació ICAB 2015-2016

Una breu introducció a la Mediació,

Com et sentiries si demà pel matí et despertessis i el conflicte ja no existís?

Imaginem un cas en que al vostre client li deuen diners. Nosaltres com a advocats li aconsellàriem interposar demanda amb per la màxima quantia deguda, ja que sabem que el jutge com a molt ens atorgaria aquesta.

El rebre una demanda pot amb una quantia molt elevada causar certa por i, per tant, possiblement l'advocat d'aquesta part aconselli fer una contrademanda també engrandint les pretensions. Veiem com, d'un conflicte se'n genera un altre: la tensió entre les parts.

La mediació serà aquell procés de resolució de conflicte on les parts tindran l'espai per a ésser escoltats, no succeint tal cosa en seu judicial, cosa que generaria decepció vers les seues expectatives. A més, de forma conciliadora i empoderadora, podran analitzar les seues diferències amb la intervenció d'un professional imparcial que moderarà el diàleg i primarà els seus interessos i relació que l'anomenarem mediador.

L' inici de tot,

En primer lloc senyalarem la història de la mediació tal i com la entenem avui dia i en la essència en la que avui es practica té un origen aproximat en els anys 70 a EUA. Fent un ràpid repàs en la història nord-americana trobem que la forta industrialització del país a principis del segle XX, sumada al fort liberalisme característic del país, donava lloc a moltes **desavinences entre propietaris i treballadors**, donant lloc a grans vagues i a conflictes, un rere l'altre, que o bé no és solucionaven i acabaven en vaga, o bé tenien una minsa solució, retrobant el conflicte poc més tard.

Així, aquesta situació s'agreuja per la crisi i no és sinó a partir del New Deal que comença a veure's **una forma de resolució paral·lela i més simpàtica per a les parts**, i en conseqüència més **eficaç**.

Aquesta forma de resolució de conflictes s'entén com una negociació sense necessitat d'entrar a litigi, **més econòmica i ràpida** que té més en compte les necessitats i la voluntat dels interessats i no tant la llei aplicada en un estat més pur com passa en els tribunals. Així, amb tots aquests factors, finalment als anys 40 es creen lleis per afavorir aquesta resolució amistosa i s'hi creen al mateix temps institucions per promoure aquest tipus de solucions.

És així com es comencen a articular els ADR (*Alternative Dispute Resolution*), però marcats per una delimitació en matèria legislada a l'àmbit laboral, i tenint una essència molt informal i fora de l'àmbit judicial.

Un cop arribat a aquest punt de la història americana podem avançar en qüestió de la mediació fins als anys setanta. Si bé és veritat que es van anar produint fites en qüestions d'empoderar més la mediació, seguia tenint les característiques d'informalitat i alternativitat abans referides.

Tot i aquest avenç històric, s'ha de remarcar bé el fet de la ineficiència dels tribunals americans durant tot aquesta etapa per entendre la necessitat d'obtenir nous mètodes de resolucions de processos, conjuntament amb els ja existents, els tribunals.

Així doncs al 1976 es realitza una conferència determinant en els ADR i, en especial, la mediació, per ser el que sistema que té més notorietat té dintre de tots aquests, i es planteja com solucionar la ineficiència dels tribunals mirant cap al futur del ordre judicial. Així amb ànims de millorar el sistema judicial americà un professor de Harvard va proposar un nou sistema, abraçar els ADR no com una cosa aliena al sistema de justícia i per tant purament informal i irrellevant, sinó com a una part institucionalitzada i una part clau del sistema americà que permetés al jutges dedicar-se als casos que no es poguessin resoldre per altres vies. Per tant, els ADR permetrien millorar l'eficiència i la qualitat dels processos nord-americans.

Aquesta proposta, anomenada també *multi-door courthouse*, va ser abraçada per una majoria ampla, tenint també detractors, òbviament, però implementada per anar encaminada amb els principis de liberalisme on la llibertat i la voluntat de las parts eren el punt central.

També és d'importància subratllar la tesi americana jurídica d'aquell moment: el *Realisme Jurídic*, que donaria importància al Dret mateix en matèria de resolució de conflictes i, evidentment, en el pragmatisme de les solucions dels tribunals i, ara ja sí, a les resolucions extrajudicials.

Arribat a aquest punt, s'inicia un moviment legislatiu e institucional que no es deturarà amb l'objectiu d'aconseguir una màxima implantació dels ADR en el sistema nord-americà. De fet aquesta implantació no es limitarà a la resolució de petits conflictes entre particulars amb l'objectiu de no litigar, sinó que s'implantarà a tots els nivells.

Un exemple de la voluntat d'adoptar les ADR com a màxima forma de resolució, és el fet que s'estableixi que totes o gairebé totes les agències del Govern hauran de promoure les seves disputes per la via de les ADR abans de judici, sent és clau el fet de que la majoria de conflictes administratius es vulguin dirimir per aquestes vies abans d'arribar a judici.

Per últim una breu nominació de les organitzacions creades, per satisfer aquests impuls de normalitzar la mediació dintre de la vida americana, abans d'entrar en la última fase, la institucionalització de la mediació als EUA, seria *the Office for Improvements in the Administration of Justice, Special Committee on the Resolution of Minor Disputes* *Neighborhood Justice Centers* *The Center for Public Resources*.

Així doncs, en vista que tots aquests organismes funcionaven i que la implantació de les ADR estava funcionant a uns nivells òptims, les autoritats van decidir que no únicament havia de ser un afer privat i gestionat per entitats privades, sinó que aquestes formes de resolucions de conflictes havien de formar part de la vida institucional americana i per aquest motiu es varen proposar com a objectiu la creació de diversos òrgans així com l'ús de les ADR a tots els nivells.

Exemples clars d'aquests compromís són la creació d'organitzacions dedicades o bé a les ADR o bé a la finançament d'organismes que s'hi encarregaven directament (*Academy of Family Mediators* *Mediation Quarterly* *Hewlett Foundation*).

Ara bé, aquest impuls encara semblava tenir una ma privada pel mig. No va ser fins ven be entrar al nostre segle quan finalment el congrés va voler regular més a fons els ADR i, per tant, dotar-los de més força a nivell jurídic. Així, al 1998 es creà la *National Conference of Commissioners for Uniform destinada a la creació de la Uniform Mediation Act*, posant punt i final a la absència del govern en la regulació d'aquest afer i dotant els ADR amb una força més enllà de l'autonomia privada portant-la al poder públic, però també limitant-la pel fet d'estar regulada.

Aquesta llei aconsegueix per primer cop una uniformitat en la mediació i, per tant, una major seguretat en l'aplicació d'aquest mètode en la resolució de conflictes, cosa que porta a una major implicació en

referència a l'aplicació de els ADR i una major confiança en aquests.

Tot això exposat es podria considerar una breu explicació de la història de la mediació als EUA, lloc on apareix. Ara bé, a Europa el moviment dels ADR també va sorgir, i fruit del seu ús habitual a dia d'avui i la implantació que està tenint, convé analitzar d'on sorgeix o més ben dit com s'introdueix.

Analitzant la situació de dret que es practica a Europa, trobem que hi ha dos formes diferents d'aplicar el dret. Per una banda existeix el *Common law* d'Anglaterra, i per altra banda, el dret continental més positivista. Això deixa veure quin serà el nexa entre EUA i Europa en matèria de mediació, i és que degut a les característiques similars entre el dret americà i l'anglès, al primar la voluntat de les parts en els processos, tenint aquests una importància més capital, la possibilitat de resoldre conflictes per l'entesa i no deixant-los en mans dels tribunals, era una idea més assumible en el marc jurídic anglès que no pas en el continental. Així doncs, a Anglaterra es comença a implantar els ADR en matèria familiar i mercantil.

En el cas d'Anglaterra, si bé és cert que en matèria mercantil va haver-hi més reticència, en l'àmbit familiar els propis tribunals van considerar que era una forma de resolució correcta i que sovint augura un millor pacte pel fet de ser una entesa entre les dues parts i no la voluntat d'un tercer. Així doncs, es comença a veure una habitualitat en l'ús de resolució de conflictes de forma extrajudicial i fins i tot es creen organismes dedicats a l'obtenció d'acords en l'àmbit extrajudicial com *Bristol Courts Family Conciliation Service*, *National Family Conciliation Council* i *Family Mediators*. Tot aquest procés d'implantació de la mediació en l'àmbit familiar té la seva màxima expressió a nivell institucional quan al 1996 es crea la *family law act*, normativitzant la mediació en l'àmbit familiar i dotant-li ja no només el reconeixement privat i judicial, sinó institucional a nivell legislatiu.

A nivell comercial succeeix una cosa similar, incorporant-se primer de forma privada, i poc a poc agafant força i costum a nivell judicial amb el reconeixement de els ADR i amb la voluntat dels tribunals per obtindre solucions extrajudicials. D'aquesta forma, després d'un informe en el qual es mostrava l'elevat cost de la justícia a nivell de tribunals, s'impulsa la resolució a nivell extrajudicial, fins i tot tenint-lo en compte per llei com a un factor de pes en cas d'arribar a judici premiant l'intent de posar-se d'acord de forma extrajudicial.

A Europa, la història de la mediació rep un caràcter similar, però està focalitzada no tant en els principis bàsics del liberalisme orientats a l'autonomia de la persona, sinó a una optimització dels recursos, donat l'elevat preu dels processos judicials i la ineficàcia dels tribunals, ja que degut al gran volum de feina absorbit pels tribunals, la celeritat d'aquests es veu clarament afectada.

Així doncs, donades aquestes circumstàncies en la justícia dels diferents països europeus, la Unió

Europea veient l'èxit dels ADR va optar per començar a implantar-los, de tal forma que es van començar a establir recomanacions als països membres per tal que implementessin aquestes formes de resolució de conflictes, per d'aquesta forma optimitzar les funcions dels tribunals. Aquesta recomanació va tenir un efecte positiu, sent aplicada sobretot en àmbits familiars.

Amb posterioritat a aquesta recomanació, es varen crear diferents organismes als diferents estats membres per tal d'adaptar la forma d'aplicació de resolució de conflictes a aquesta nova realitat jurídica, orientats als processos familiars principalment.

Aquest primer intent d'implementació dels ADR, tenint una visió europea com un programa aïllat, va resultar un gran èxit, portant a Europa a legislar en matèria de mediació familiar, i finalment a una expansió de la mediació a diferents àmbits del dret que estan, encara a dia d'avui, en un procés expansiu de l'ús de la mediació com a forma d'evitar arribar als tribunals.

El marc jurídic d'aplicació

Com ja hem esmentat la principal legislació europea en matèria de mediació serà la següent: la Recomanació 1/1998, del Consell d'Europa sobre la mediació familiar, la Directiva 2008/52/CE del Parlament Europeu i del Consell de 21 de maig de 2008 que regularan certs aspectes de la mediació en assumptes civils i mercantils (la mediació privada en excel·lència). Com veiem, la regulació europea li preocupa l'àmbit privat de la mediació més que l'esfera pública de la mateixa, que serà regulada a potestat dels estats membres en la mesura que prefereixin.

En el cas d'Espanya trobarem la ratificació de la normativa europea amb la Llei 5/2012, del 6 de juliol, de mediació en els assumptes civils i mercantils i un Reial Decret de 980/2013, de 13 de desembre, a través del qual es desenvoluparan aspectes de la llei anteriorment mencionada. Òbviament també trobem els canvis legislatius pertinents per tal d'incloure la mediació en el nostre ordenament jurídic com els canvis dels articles 770.7a i 777.2 i la Disposició Final Tercera de la Llei d'Enjudiciament Civil, així com la Llei 15/2005, de 8 de juliol per la qual es modificarà el Codi Civil i la Llei d'Enjudiciament Civil en matèria de separació i divorci, incloent la mediació en aquests àmbits.

Catalunya, en canvi, ha preferit regular la mediació i els seus paràmetres amb la Llei 15/2009, de 22 de juliol, de la Mediació en l'àmbit del dret privat i el Decret 135/2012, del 23 d'octubre pel qual s'aprova el Reglament de la Llei anteriorment mencionada, també en l'àmbit privat. Trobarem doncs l'ordre JUS428/2012, del 18 de desembre, amb la que es regularà tots els continguts bàsics i el

procediment d'homologació de la formació específica en matèria de mediació. També s'observa, i no es casual pel tòpic català, la Resolució JUS/2896/2012, de 17 de desembre, que regularà i fixaran les tarifes en els procediments de mediació.

Conceptes bàsics per entendre la mediació,

Nosaltres mediem cada dia. Mediem amb els pares, amics, inclús amb els *professors*. Com és per tant que ens és tan aliè la idea de mediació quan la practiquem a diari? Haurem d'analitzar els conflictes que ens porten a la mediació:

Donat que en tot conflicte, sempre hi ha mínimament dues parts, i que aquestes aparentment persegueixen interessos diversos i a vegades oposats. És freqüent doncs una desavinença i una estancació a l'hora d'arribar a un acord. Així, quan s'arriba a aquest punt poden succeir diferents opcions; des de una arribada a acord formal *interpartes*, sense presència d'un tercer que dirimeixi en l'arribada a acord; la negociació pura, una arribada a acord amb un tercer que intenti acostar a les parts, i per últim, sense arribar a la via judicial, posar-se en mans d'un tercer per tal que gestioni la situació i aplicar la seva decisió.

Un cop establert aquestes diferents vies de solució de problemàtiques entre parts, abans d'entrar a definir quin dels tipus de mediació és més adequada, serà interessant aclarir uns quants conceptes o idees en tot allò referent a les negociacions per després poder-ho aplicar a la mediació.

Així doncs, la negociació, arribant a ser l'entesa o la cerca d'aquesta entesa per optimitzar un millor resultat entre dues parts, les quals interactuen, és una part vital en la mediació, entenent aquesta com la funció que tindrà el mediador, tercer imparcial aliè, en definir tots els punts d'aquesta negociació per tal que les parts puguin arribar a un acord intentant que els marges que el mediador estableixi d'aquesta negociació siguin satisfactòria per a tots.

En aquest article només mencionarem el tipus de negociació-mediació de l'**Escola de Negocis de Harvard**.

Aquest tipus de mediació té com a factor clau la comunicació, entenent aquesta com una comunicació real entre les dues parts de tal forma que permeti que no hi hagi altres factors que puguin truncar-la i, per tant, que es pugui dur a terme. Per tal de que hi hagi un flux real d'aquesta comunicació, el mètode de Harvard (també anomenat lineal), estableix una sèrie de principis o criteris a tenir en compte de tal forma que des de una posició de partida gràcies al mediador les dues postures, sense renunciar a

allò que vulguin vagin apropant postures de tal forma que no hi hagi un perdedor ni un guanyador, sinó que les dues parts acabin satisfetes gràcies a aquesta feina del mediador, en part orientada a esclarir aquesta comunicació intentant eliminar les possibles interferències que es puguin donar.

D'aquesta forma, la funció del mediador emprant aquest mètode serà, en un primer moment, la de definir amb exactitud les posicions de partida de les dues parts i, dintre de la matèria en conflicte, que és allò que causa el conflicte, entès com la base a partir de la qual es pot negociar i, per tant, es pot cedir. A més, també ha de definir la base sota la qual en ninguna circumstància es pot cedir.

Un cop establerta aquesta base, purament objectiva dintre de la subjectivitat de les parts, s'haurà d'esclarir la relació entre les dues parts, tenint en compte la seva personalitat i, un cop fet això, intentar separar per una part la part personal (la qual pot ser positiva o negativa d'emprar segons la relació, però que aquí no interessa) i basar la negociació exclusivament en la comunicació objectiva a partir de les posicions prèviament definides de les parts. Com podem observar, es tracta d'un tipus d'escola de mediació enfocat en el problema i no en l'empatia, posicionament o *empowerment* de les parts.

Així doncs, el mediador haurà de, juntament amb les parts, definir quins són els interessos i els objectius de les parts de tal forma que es trobin els punts a partir dels quals es pugui treballar en apropaments, de tal forma que es pugui arribar a un acord que deixi a les dues parts amb sensació de victòria i no de renúncia, ja que perquè una negociació i una mediació sigui profitosa i útil a curt i llarg termini serà vital que la relació entre les parts i el grau d'entesa estigui basat en un aprofitament mutu i no en una relació de guanyador/perdedor.

Amb aquesta metodologia, el mediador promourà un grau d'entesa entre les dues parts, permetent que el flux d'informació sigui el correcte sense influències personals i posant èmfasi en l'objectivitat de l'acord basada en interessos.

En el propi procés de negociació serà clau que el mediador doni la visió a les dues parts de que la negociació tindrà múltiples opcions per acontentar les dues parts, respectant sempre un mínim intocable (quan es doni el cas) per donar sensació de força a les parts, però posant en joc la resta de les opcions, les quals ajudaran a establir una versatilitat negociadora que repercutirà en un augment de les opcions d'arribar a un acord més satisfactori per a les dues parts.

Així doncs, com a punts important d'aquest mètode destacarem un punt de partida definit a partir del qual es treballa, treballar objectivament sense tenir en compte circumstàncies foranies, usar la comunicació entre les parts com a fonament de la negociació i versatilitat en les opcions respectant

un mínim per agradar a les dues parts i assegurar un contingut satisfactori en l'acord.

La efectivitat dels acords de mediació,

Arribada a aquesta part de l'article, és evident la pregunta que es deu estar fent el lector: *quina és la importància dels acords en mediació? Tenen validesa legal?*

Tenint en compte que durant el present escrit s'ha parlat de la mediació com un acord extrajudicial i per tant, privat, al menys en tot allò referent a les relacions privades, es podria pensar de la seva ineficàcia referida al incompliment d'una de les parts, al retractar-se de l'acord al cap d'un temps. Donat que és un acord privat, podria donar-se la possibilitat de que no es dones legitimitat amb els pas del temps a l'acord quan hi hagués una falta d'interès.

Ara bé, en el marc legal espanyol, partint de la base que és un acord i que per tant si hi ha voluntat de les parts te caràcter obligatori, s'ha de considerar també l'impuls històric prèviament comentat de les institucions per tal d'incorporar les ADR com a mètodes efectius de resolució extrajudicials. Per tant, en Espanya es dota de força als acords de mediació, això si, sotmesos a una sèrie de requisits.

Un acord de mediació per tenir una efectiva força, sent en el seu inici un document privat i per tal tenint una eficàcia *interpartes* però tenint únicament un reconeixement privat, serà convenient (per no dir obligat) que, per tal d'obtenir un reconeixement general i per tant que hi hagi una presumpció de veracitat, s'elevi aquest document privat a públic de tal forma que la seguretat jurídica d'aquest document i de las relacions i solucions que en ells s'estableixen queden assegurades.

Un cop aconseguit el mencionat acord s'haurà de portar davant de notari per tal que aquest pugui donar fe pública de la veracitat del document i de la capacitat de les parts, així com del compliment dels requisits necessaris per tal que es pugui elevar el document a escriptura pública i que en cas d'incompliment aquest document tingui la validesa suficient per poder ser executat.

Com a conclusió, entendrem doncs la mediació com una manera intel·ligent, ràpida i positiva d'encarar les diferències entre les parts, restaurativa que, al final de l'última sessió i firma de l'acord podrem formular-nos la pregunta de nou, del títol: *Com et sentiries si demà pel matí et despertessis i el conflicte ja no existís?*