Vol. 7. Nº 1. 2014

REVISTA de MEDIACIÓN

EL ESTATUTO DEL MEDIADOR CIVIL Y MERCANTIL
Por Emiliano Carretero Morales

EL SERVICIO DE MEDIACIÓN FAMILIAR INTRAJUDICIAL DE LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE MÁLAGA
Por José Luis Utrera Gutiérrez y María Ángeles Peña Yáñez

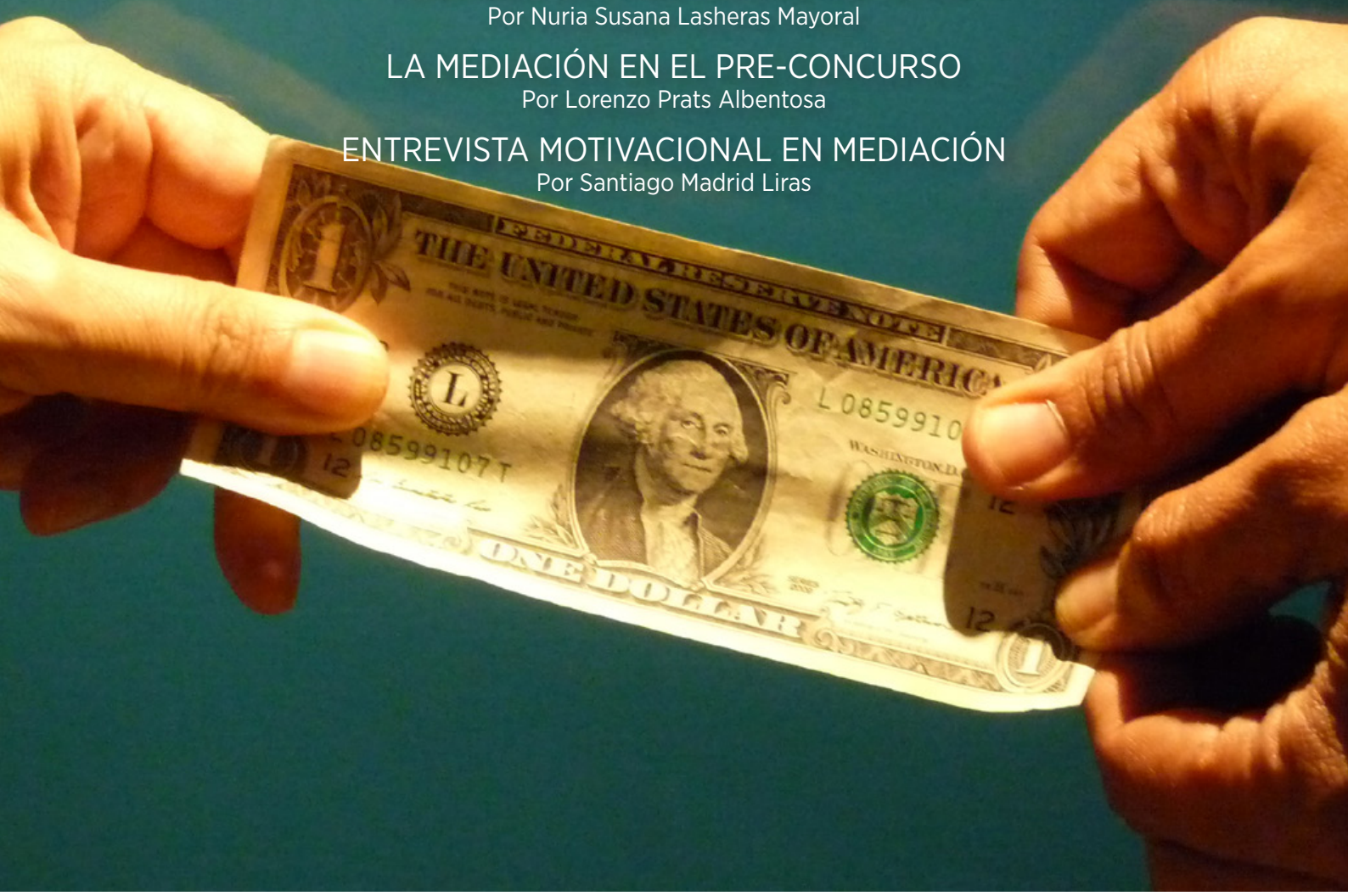
UN CAMBIO DE FOCO: DE MEDIAR EL PROBLEMA A MEDIAR EL MOMENTO – USO DE LA INTUICIÓN COMO GUÍA
Por Greg Rooney y Margaret Ross

MEDIACIÓN EN PROYECTOS CONSTRUCTIVOS E INDUSTRIALES
Por Beatriz Rodríguez de la Flor de Marcos

MEDIACIÓN EN EMPRESA FAMILIAR: MÁS ALLÁ DEL PROTOCOLO FAMILIAR
Por Nuria Susana Lasheras Mayoral

LA MEDIACIÓN EN EL PRE-CONCURSO
Por Lorenzo Prats Albentosa

ENTREVISTA MOTIVACIONAL EN MEDIACIÓN
Por Santiago Madrid Liras



Universidad Carlos III de Madrid
Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid
Asociación Madrileña de Mediadores
imotiva

SUMARIO

Editorial: Compromiso e incorporaciones 7
Santiago Madrid Liras

El estatuto del mediador civil y mercantil 10
The statute of civil and commercial mediators
Emiliano Carretero Morales

El Servicio de Mediación Familiar Intrajudicial de los juzgados de familia de Málaga 24
The in-court family mediation service of the Malaga family court
José Luis Utrera Gutiérrez y María Ángeles Peña Yáñez

Aperturas: Un cambio de foco: de mediar el problema a mediar el momento. Uso de la intuición como guía 36
Openness: Shifting the focus from mediating the problem to mediating the moment. Using intuition as a guide
Greg Rooney y Margaret Ross

Mediación en proyectos constructivos e industriales 48
Mediation in construction and industrial projects
Beatriz Rodríguez de la Flor de Marcos

Mediación en empresa familiar: más allá del protocolo familiar 60
Mediation in family businesses: beyond the family protocol
Nuria Susana Lasheras Mayoral

La mediación en el pre-concurso 70
Mediation in pre-insolvency proceedings
Lorenzo Prats Albentosa

Aperturas: Entrevista motivacional en mediación 82
Openness: Motivational interviewing in mediation
Santiago Madrid Liras

revistademediacion.com

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

Revista de Mediación utiliza un proceso de revisión anónima externa por pares. Revisores externos cualificados emiten un informe para el Equipo Directivo, tras el cual, se le comunica al autor o autores la aceptación o el rechazo de su trabajo y/o si deben hacerse modificaciones para su publicación final. El Equipo Directivo se reserva el derecho de aceptar o rechazar manuscritos en función del grado de ajuste a los tópicos de la revista.
La Revista no se hace responsable de las opiniones vertidas en los artículos publicados.
Revista de Mediación es una revista gratuita y accesible por web en www.revistademediacion.com. No se autoriza su publicación en otros medios, salvo solicitud y acuerdo con la entidad responsable.
Revista de Mediación está incluida en los siguientes índices y bases de datos bibliográficos:

- Latindex (Sistema Regional de información en Línea para Revistas científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal)
- en trámites para su indexación en CSIC (ISOC).

Además está accesible a través de los siguientes distribuidores:

- REBIUN (Red de Bibliotecas Universitarias)
- Dialnet (Universidad de la Rioja).

Publicada en Madrid
ISSN: 2340-9754
Para cualquier consulta, visite nuestra web www.revistademediacion.com o póngase en contacto con nosotros a través del correo electrónico: revistademediacion@imotiva.es

EQUIPO DE REVISTA DE MEDIACIÓN

Entidad autora responsable
Instituto Motivacional Estratégico (IMOTIVA)

Coeditores
Universidad Carlos III de Madrid
Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid
Asociación Madrileña de Mediadores
imotiva

Director
Santiago Madrid Liras (Universidad Camilo José Cela, Madrid)
Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla (Consejería de Educación)

Directora Científica
Helena Soleto Muñoz (Universidad Carlos III, Getafe)

Subdirectora y Redactora-Jefa
Ana Isabel García Colmenarejo: (Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid)

Consejo de Redacción
María Carnero de Blas (Instituto Motivacional Estratégico)
Marina Fernández-Caballero Pérez (Asociación Centro Trama)
María Orfanou (Universidad Carlos III, Getafe)
Laura Puyol Gil (Instituto Motivacional Estratégico)

Traductor y Supervisor de Estilo
Marcelo Rodríguez Rivollier (Inter-American Defense College, Washington D.C.)

Secretaría de Redacción, Publicidad y Marketing
Marisol Fernández Jorge
revistademediacion@imotiva.es

Diseño y Maquetación
Germán Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

Consejo Editorial
Ramón Alzate Sáez de Heredia (Universidad del País Vasco)
Mª Luisa Arias Ferrero (Universidad Nacional Abierta de Venezuela)
Américo Baptista (Universidade Lusófona, Portugal)
Trinidad Bernal Samper (Fundación ATYME, Madrid)
Guillermo Blanco Bailac (Instituto Motivacional Estratégico, Madrid)
Annamaria Campanini (Università di Milano Bicocca, Italia)
Emiliano Carretero Morales (Universidad Carlos III, Getafe)
Sandra de Andrés Martín (Servicio Atenc. Menores Víctima de Violencia de Género. DGM y COP, Madrid)
Enrique García Huete (Universidad Cardenal Cisneros, Madrid)
Mª Paz García-Longoria Serrano (Universidad de Murcia)
Patricia Hevia Morales (Instituto Motivacional Estratégico, Madrid)
Jorge Santiago López Martínez (Universidad Autónoma de Madrid)
Antonio Manuel Lozano Martín (Universidad de Granada)
Rocío Martín Galacho (Servicio Integral de Medio Abierto. Meridianos, Sevilla)
Rodrigo Martínez de Ubago (Universitat Oberta de Catalunya)
Susana Méndez Gago (Universidad Camilo José Cela, Madrid)
Agustín Moñivas Lázaro (Universidad Complutense de Madrid)
Mercedes Moreno López (Centro de Psicología Álava Reyes, Madrid)
Pilar Munuera Gómez (Universidad Complutense de Madrid)
Helena Neves Almeida (Universidade de Coimbra, Portugal)
Mayte Orozco Alonso (Universidad Complutense de Madrid)
Lourdes Pérez Díaz (Universidad Nacional de Educación a Distancia)
Josep Redorta Lorente (Tribunal Laboral de Catalunya)
Joaquín Rivas González (Universidad Nacional de Educación a Distancia)

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

Editorial: Compromiso e incorporaciones

Santiago Madrid Liras
Director de "Revista de Mediación"
Presidente del Instituto Motivacional Estratégico - IMOTIVA

Compromiso: hombro a hombro frente a la desigualdad

En estos momentos en que parece que la mediación va a implantarse (o dado el poco apoyo realmente recibido por las instituciones deberíamos decir "permitirse") en el ámbito mercantil en España[1], surge un curioso debate sobre las posibilidades que puede tener un ADR que fomenta las buenas relaciones personales y la proximidad de las personas en un sector como el mercantil, regido por el principio de "el dinero manda".

Nos preguntamos entonces: ¿hay espacio para la humanidad en el mundo mercantil o es todo sólo una cuestión de dinero y, por tanto, el espacio único para la mediación es la negociación asistida? ¿Aportaciones tan importantes para la mediación como han sido las realizadas por la mediación transformativa (Antes, Folger y Della Noce, 2008; Bush y Pope, 2008; Folger, 2008; Bush y Folger, 1996), mediación narrativa y circular-narrativa (Cobb, 2013; Suares, 1996; Winslade y Monk, 2000) y los diálogos apreciativos (Cooperrider y Srivastva, 1987), deben ser desestimadas para considerar en exclusividad la visión tradicional de la Escuela de Harvard de negociación asistida y mediación basada en intereses? Aún ésta defiende la importancia de las relaciones humanas pero desde una visión de obtener el mayor beneficio de la emoción del otro (Fisher y Shapiro, 2005; Fisher, Ury y Patton, 1991/2011; Ury, 1997); sin embargo, realiza un importante cambio de paradigma social al plantear la necesidad de sacar a las personas de relaciones confrontativas a colaborativas. Pero, en tal caso, ¿debemos dejar de lado lo que las otras Escuelas defienden respecto al concepto de construccionismo social y las posibilidades de la mediación para cambiar relaciones y, por qué no, sociedades?

En su libro "El nuevo psicoanálisis", Karen Horney (1939/1960), en lo que supone un cuestionamiento del psicoanálisis tradicional de Freud y seguidores, plantea en un temprano año 1939 algunas ideas que, vistas a día de hoy, siguen teniendo una gran repercusión. Para quienes no conozcan esta maravillosa personalidad de la psicología, Karen Horney fue una psicoanalista de la llamada Escuela Interpersonal junto a autores tan relevantes como Harry Stack Sullivan y el que fue temporalmente su pareja Erich Fromm. Su libro "La personalidad neurótica de nuestro tiempo" fue prácticamente un *bestseller* en su época, y sus aportaciones a una nueva visión del psicoanálisis y de la psicología femenina son impresionantes, aunque quizás, su actitud libre, independiente y contestataria influyó en el rechazo que sufrió por parte de sus colegas, y así su reconocimiento no ha sido tan grande como el de otros autores, incluidos los dos ya mencionados.

Volviendo a su libro "El nuevo psicoanálisis" y en concreto al capítulo "Cultura y neurosis", Karen Horney (1939/1960) plantea, frente a la visión más bioligicista de Freud, que la cultura tiene un peso muy elevado en eso que llamamos neurosis y que, por tanto, hay sociedades que generan, por su principios y valores, por sus prácticas y sus ausencias, personas con *"un sentimiento básico de desamparo hacia un mundo concebido como potencialmente peligroso"*[2]. Veamos algunos de esos valores que detecta en nuestra sociedad occidental como potenciadores neuróticos (si se me permite la expresión) o generadores de angustia, centrándonos en aquellos que generan hostilidad potencial, inseguridad y falta de confianza.

1 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. **2** Por respeto a la autora, siempre que sea posible se incluirán sus propias palabras. Para diferenciarlas del resto de la reflexión de este editorial, irán entrecomilladas y en cursiva.

ISSN: 2340-9754

Entre los fomentadores de hostilidad potencial, señala:

- *"El principio económico de la competencia"*, que fomenta la competencia individual, es *"la causa de que un individuo luche contra otro, por estimular en una persona el deseo de superar a otra y hacer que la ventaja de un individuo sea la desventaja del otro"*, competencia que no sólo domina las relaciones profesionales, sino también las personales, conteniendo *"los gérmenes de una rivalidad destructora"*.
- *"La existencia de bochornosas desigualdades, no sólo en materia de fortuna sino en posibilidades de educación, esparcimiento, conservación y recuperación de la salud".*
- *"La posibilidad de que un grupo explote a otro".*

Entre los que crean inseguridad, señala:

- *"La presente inseguridad en los campos económico y social"*.
- *"Los temores ocasionados [...] por la hostilidad potencial"* que percibimos en los demás en base a si logramos el éxito buscado o no, e incluye: *"el miedo ala envidia en caso de éxito, el desprecio en caso de fracaso, el temor a ser engañado y el miedo a las represalias por querer hacer a un lado a los demás, por despreciarlos y explotarlos"*.
- *"El aislamiento emotivo [...] y la consiguiente falta de solidaridad"*.
- *"La tradición y la religión no bastan ni son suficientemente fuertes para dar hoy día al individuo la impresión de ser parte integrante de una poderosa unidad que le ofrece refugio y dirige sus esfuerzos"*.

Finalmente, entre los que generan falta de confianza en uno mismo, destaca los que la sociedad fomenta a través de:

- *"Una ideología de que el éxito depende de la eficacia personal"* que *"el individuo se atribuya cualquier fracaso a sus propias deficiencias, ya sea que el fracaso ocurra en la vida social, profesional o amorosa"*.
- *"La contradicción entre las tensiones hostiles que existen de hecho* –recordemos, fomentadas por los valores de competición e individualismo de nuestra sociedad– *y el evangelio del amor fraternal".*

Nos plantea, por tanto, una sociedad que a día de hoy todos podemos reconocer: una sociedad que nos impulsa hacia el individualismo, hacia la búsqueda del beneficio personal al margen del otro, una sociedad que abandona a los debilitados (que no débiles) y nos fomenta al resto verlos como aquellos que vienen a quitarnos "lo que es nuestro".

En este contexto, la mediación ofrece la posibilidad de una visión que va más allá de estas tendencias de nuestra sociedad. La mediación no es una herramienta, ni es sólo un proceso o un ADR. Conlleva una filosofía de las relaciones personales que tiene como base el concepto planteado por el noruego Johan Galtung (Premio Nobel Paz Alternativo, 1987; Premio Gandhi, 1993) de "Paz Positiva" (Galtung, 2013), entendiendo ésta como aquella que busca el bien común, el "todos ganan". Aquella que se alcanza cuando intentamos que las personas realmente atiendan y satisfagan sus necesidades y las del otro *junto con* el otro. Aquella que, volviendo a Galtung, no sólo atiende la violencia directa, sino aquella subyacente en las instituciones y en las mentes de las personas a través de la cultura (violencia estructural y violencia cultural, según la terminología de este autor), que provoca esas diferencias sociales donde unos se colocan por encima de otros e intentan mantener con el poder de "lo establecido" esas diferencias y esas desigualdades. Forma parte de la filosofía de la mediación, gracias a las incorporaciones que hace la Escuela Transformativa, que la atención se focalice no tanto en los acuerdos –que también– como en las relaciones entre las personas y la necesidad del reconocimiento mutuo y de la superación personal conjunta. La mediación se rige por el principio de la equidad, que supone para el mediador la atención a los desequilibrios de poder y la protección del debilitado cuando el poderoso intenta imponerse. Busca que nos hermanemos –precioso grito de "fraternidad", quizás aún más bello o al menos tanto como los de "libertad" e "igualdad", y sin embargo bastante relegado en comparación–, entendiendo por fraternidad el recordar que somos hermanos del diferente y que, por tanto, como her-

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

manos, no podemos dejarle atrás, no olvidarnos de él en su desgracia para seguir nuestros caminos. No podemos ser totales *al margen del* otro. Somos un todo, como un cuerpo. Y al descuidar mi corazón para ocuparme sólo de mis entrañas, olvido que mi corazón sufre, y es parte de mí por lo que finalmente todo yo sufro.

Es inevitable frente a una crisis vivir el "sálvese quien pueda", pero no es ético para una sociedad. Y no es pacífico. Parecerá pacífico, pero, como dice Galtung, es sólo una "Paz Negativa": apariencia de paz, pero con conflictos subyacentes. Permitiríamos con ello que la violencia estructural y cultural se arraiguen y con ellas el odio a los olvidados. Podemos posicionarnos en ese individualismo, auto-justificándonos con que no podemos hacer otra cosa; pero con ello invitamos a posicionarse también al otro, al desatendido, en su deseo de venganza. Y desde ahí crearemos la tensión de dos grupos sociales: los salvados, que desearán mantener lo logrado con su "salida de la crisis individualista", y los caídos. Unos y otros se mirarán con desconfianza y rencor, y antes o después generará también violencia directa. Cualquier cosa puede hacerlo saltar, cualquier pequeño episodio, casi anecdótico, porque odio y desconfianza, alejamiento del otro, rivalidad, desigualdad, van ganando terreno.

Porque finalmente no hay desigualdad importante que no conlleve conflicto en sus entrañas. Y, como sabemos los mediadores, eso acaba explotando en el proceso. No hay acuerdo –y el acuerdo social es de lo que hablamos– que se mantenga en el tiempo desde esa desigualdad injusta y dolorosa. Podemos engañarnos con que hay "Paz Social" porque no hay conflictos violentos evidentes. Pero es auto-engaño. El ambiente se caldea y el monstruo de la destrucción se va preparando porque la desigualdad no se puede mantener. La competición y el individualismo no llevan a acuerdos sanos: desde el poder puedo llevarme un mayor trozo de la tarta, pero con ello sigo manteniendo el conflicto. Es más, lo aumento, genero debilidad en el otro, ensimismamiento –no más que el mío al bañarme en ese individualismo y en esa pérdida de fraternidad y de mirada y atención al otro y a sus necesidades– y deseo de venganza.

Ahí estamos y ahí es donde la mediación como filosofía de las relaciones humanas tiene mucho que decir. Somos agentes del cambio, confiamos en las personas y en sus capacidades para ver al otro, empatizar con él, entender su sufrimiento y ayudarle a salir de su situación. Somos los defensores del "hombro a hombro" frente al "cara a cara". Y como tales, guardianes de la solidaridad entre hermanos. No nos olvidemos.

Incorporaciones: aperturas

Este nuevo número de Revista de Mediación es especial por lo que supone de nuevas incorporaciones. Hombro a hombro, se suman a los esfuerzos editoriales del Instituto Motivacional Estratégico (IMOTIVA) y de la Asociación Madrileña de Mediadores (AMM), los del Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid y los de la Universidad Carlos III de Madrid; dos prestigiosas instituciones cuya apuesta por el conocimiento científico y el cuestionamiento social son dos ejemplos para nosotros. Contar con ellos para promover nuevos retos desde Revista de Mediación y para desarrollar aún más sus posibilidades es un honor para nosotros. Tales incorporaciones no hubieran sido posibles, en el caso de la primera institución, sin la apuesta del decano del Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, Fernando Chacón Fuertes, y el esfuerzo del director de Comunicación y Publicaciones del Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, nuestro querido Javier Martínez; y, en el caso de la segunda institución, la Universidad Carlos III de Madrid, sin la colaboración definitiva de todo el equipo de la Dra. Soleto y, en especial, del compromiso de ésta misma.

Es un honor, igualmente, poder sumar personas de impecable trayectoria y altísima capacidad a nuestro equipo. Tal es el caso de la reciente, y ya insustituible, incorporación de nuestra intachable Ana Isabel García Colmenarejo a la subdirección de la revista. Nos satisface enormemente poder sumar a María Orfanou y Marina Fernández-Caballero a nuestro Consejo de Redacción. Y es un auténtico honor poder contar a partir de este número con

los conocimientos y la fuerza de nuestra nueva Directora Científica, la Dra. Helena Soleto (Universidad Carlos III), cuya apuesta por la mediación es de sobra conocida por todos en nuestro sector. Debemos recordar aquí que el libro que coordinó, "Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos" y del que es autora de algunos de sus capítulos, publicado por la editorial Tecnos, recibió por parte de Revista de Mediación y de AMM el premio 2012 a la mejor publicación.

En el Consejo Editorial, encabezado por la siempre discreta y buena amiga Dra. Pilar Munuera (Universidad Complutense de Madrid), también se producen importantes incorporaciones, como es el caso del Dr. Ramón Alzate (Universidad del País Vasco), para nosotros siempre nuestro "querido padrino" de Revista de Mediación; la Dra. Trinidad Bernal (directora del prestigioso Centro de Resolución de Conflictos Apside), por muchos considerada la madre e impulsora y una de las figuras más relevantes de la mediación en Madrid y en España; la ya casi doctora Susana Méndez Gago (Universidad Camilo José Cela, Madrid), una profesional de trayectoria envidiable y una persona de impresionante calidad humana; el Dr. Antonio Manuel Lozano Martín (Universidad de Granada), que realizó su impecable tesis sobre la mediación en el ámbito escolar; y nuestra muy querida Dra. María Luisa Arias Ferrero, de la Universidad Nacional Abierta (UNA) de Venezuela, con una intachable carrera profesional y amplísimos conocimientos en educación y formación a distancia.

Con tales apoyos, Revista de Mediación se ha lanzado al reconocimiento, no solo nacional sino también internacional: la revista ya se encuentra en REBIUN (Red de Bibliotecas Universitarias) o el portal de difusión científica hispana Dialnet (Universidad de la Rioja), recientemente ha sido indexada en Latindex (Sistema Regional de información en Línea para Revistas científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal) y nos han confirmado que, en breve, también estará en la Base de datos Bibliográfica del CSIC (ISOC). Esperamos que poco a poco la visibilidad e impacto de la revista aumente, llegando a estar en otros repositorios y bases de datos de prestigio científico.

El nuevo número que aquí presento, no hubiera sido una realidad sin la apuesta y el esfuerzo realizado por Beatriz Rodríguez de la Flor de Marcos en la coordinación de este número. Un año hemos trabajado –me recordaba recientemente Beatriz– mano a mano para hacerlo posible. Sin ella, hoy este número no existiría. Muchas gracias, Beatriz. La nueva Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles y el Real Decreto que la desarrolla, ya mencionados al inicio, requerían una mirada hacia lo que todo esto suponía y deseábamos que este número pudiera aclarar algunas de las lagunas que han surgido. Para ello, el Dr. Emiliano Carretero ha realizado un intenso análisis al respecto en el artículo que inaugura este ejemplar. Y profundizan en las nuevas prácticas de la mediación: tanto en la muy necesitada de desarrollo de la mediación industrial, apuesta de la ya mencionada Beatriz Rodríguez de la Flor; la mediación en empresa familiar, que desarrolla Nuria Susana Lasheras Mayoral, como ella misma plantea, "más allá del protocolo familiar"; y la tan cuestionada mediación concursal, como bien nos explica el doctor Lorenzo Prats Albentosa.

Y entre tanta novedad, es un gusto poder volver a contar con un autor que ya participó en Revista de Mediación, en el número 4, entonces junto con otras dos magistradas (Martín Nájera, Pérez Salazar y Utrera Gutiérrez, 2008), el Juez José Luis Utrera, que bien acompañado por la Mediadora y Psicóloga María Ángeles Peña Yáñez, aportan su extensa experiencia en el Servicio de Mediación Familiar Intrajudicial llevado a cabo a través de los Juzgados de Familia de Málaga, una realidad a la que sólo hemos podido llegar cuando nuestros magistrados se comprometen tanto como lo ha hecho nuestro autor.

Por otro lado, en esta nueva fase, nos abrimos a nuevas fronteras, impulsando nuestra publicación entre los países hermanos de Latinoamérica. Igualmente, con el considerable esfuerzo de traducción de nuestro experto Marcelo Rodríguez Rivollier, nos abrimos a los lectores de habla en inglés, al incorporar a partir de este número *extended summaries* en inglés de todos los artículos que publicamos, y con una difusión impresionante entre estos lectores. Nos

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

abrimos nuevamente a autores extranjeros, a experiencias, conocimientos, reflexiones más allá de nuestras fronteras, y en este sentido contamos con el reflexivo artículo "*Shifting the Focus from Mediating the Problem to Mediating the Moment – Using Intuition as a Guide*", de los mediadores australianos Greg Rooney and Margaret Ross, por primera vez en castellano y que inaugura una nueva sección de nuestra revista, "Aperturas". Aperturas no sólo por la mirada hacia fuera, sino también por el cambio de actitud que estos autores nos solicitan y nosotros, con ellos, a nuestros lectores. "Aperturas" es el espacio para ir más allá de lo ya dicho, de lo ya hecho. Y justamente siguiendo esa línea de apertura, queremos presentar el artículo de Santiago Madrid sobre las aportaciones de la Entrevista Motivacional (Miller y Rollnick, 1991; 2013) a la mediación, una lectura que creemos que puede aportar fundamentos teóricos y elementos prácticos de gran utilidad para la práctica profesional de los mediadores.

Referencias

- Antes, J. R., Folger, J. P. y Della Noce, D. J. (octubre, 2008). Transformar interacciones conflictivas en entornos laborales: efectos documentados del programa REDRESSTM del USPS. *Revista de Mediación, 1*(2), 17-28. Recuperado de http://revistademediacion.com/revista_mediacion/number-2/
- Bush, R.A.B. y Pope, S.G. (octubre, 2008). La Mediación Transformativa: un cambio en la calidad de la interacción en los conflictos familiares. *Revista de Mediación, 1*(2), 17-28. Recuperado de http://revistademediacion.com/revista_mediacion/number-2/
- Bush, R.A.B. y Folger, J.P. (1996). *La promesa de la mediación. cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento y el reconocimiento de los otros*. Barcelona: Granica.
- Cobb, S. (2013): Narrative "Braiding" and the Role of Public Officials in Transforming the Public's Conflicts. *Narrative and Conflict: Explorations in Theory and Practice, 1*(1), 4-30.
- Cooperrider, D.L. y Srivastva, S. (1987). Appreciative inquiry in organizational life. En R. W. Woodman, & W. A. Pasmore, (eds), *Research In Organizational Change And Development* (Vol. 1, pp. 129-169). Stamford, CT: JAI Press.
- Fisher, R. & Shapiro, D. (2005). *Beyond reason: using emotions as you negotiate*. New York: Viking. Penguin Books.
- Fisher, R., Ury, W. y Patton, B. (2011). *Obtenga el sí. El arte de negociar sin ceder*. Barcelona: Gestión 2000. (Trabajo original publicado en 1991).
- Folger, J. P. (octubre, 2008). La Mediación Transformativa: Preservación del potencial único de la mediación en situación de disputas. *Revista de Mediación, 1*(2), 6-16. Recuperado de http://revistademediacion.com/revista_mediacion/number-2/
- Galtung, J. (2013). *A Theory of Peace - Building direct-structural-cultural peace*. TRANSCEND University Press.
- Horney, K. (1960): *El nuevo psicoanálisis.* México D.F.: Fondo de Cultura Económica. (Trabajo original publicado en 1939).
- Martín Nájera, T., Pérez Salazar, M. y Utrera Gutiérrez, J. L. (octubre, 2009). Protocolo para la implantación de la mediación familiar intrajudicial en los juzgados y tribunales que conocen de procesos de familia. *Revista de Mediación*, *2*(4), 12-35.
- Miller, W.R. & Rollnick, S. (1991). *Motivational interviewing: preparing people to change addictive behavior.* New York: Guilford Press.
- Miller, W.R. y Rollnick, S. (2013). *Motivational interviewing: preparing people for change (3rd ed.)*. New York: Guilford Press.
- Suares, M. (1996). *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas.* Buenos Aires: Paidós.
- Ury, W. (1997). *Supere el no. Cómo negociar con personas que adoptan posiciones inflexibles*. Barcelona: Gestión 2000.
- Winslade, J. & Monk, G. (2000). *Narrative mediation: a new approach to conflict resolution*. San Francisco, CA: Jossey-Bass.

REVISTA DE MEDIACIÓN recomienda

GESTIÓN POSITIVA DE CONFLICTOS Y MEDIACIÓN EN CONTEXTOS EDUCATIVOS

Coordinadora: Mari Luz Sánchez García Arista
Prólogo: Ramón Alzate Sáez de Heredia
Participan: Fernando Díe Badolato, Ignacio Bolaños, Leticia García-Villaluenga, Lucía Gorbeña, Beatriz de León, Inés Monjas, Raquel Palomera, Pedro Uruñuela.

Fecha publicación: 2014
Editorial: Reus S. A.
Colección: Mediación y resolución de conflictos
296 págs. / Rústica / Castellano / Libro
ISBN13:9788429017595

NUESTROS EXPERTOS SEÑALAN:

"Un actual y exhaustivo trabajo, realizado por reconocidos profesionales de la mediación, en el cual, el lector puede llegar a entender la mediación educativa como mediación para la vida. Un manual teórico-práctico que introduce a mediadores, equipo docente, familias y a todo aquel interesado en el mundo de la mediación y de la cultura de la paz, en una forma diferente de entender la resolución de conflictos aplicada a la educación como institución.

¿Qué es la mediación en contextos educativos? ¿quién debe mediar y en qué situaciones? ¿mediación como intervención? ¿mediación como prevención? ¿cómo enseñar, sensibilizar, difundir la mediación? ¿por qué una mediación en la base de la filosofía de la enseñanza educativa? ¿cómo conectar la mediación como parte de la institución educativa y no sólo como programa complementario? ¿cómo diseñar y desarrollar un programa de mediación? Todas las respuestas a estas preguntas y a muchas más se pueden hallar entre la páginas del libro "Gestión positiva de conflictos y mediación en contextos educativos".

En una primera parte de este ejemplar, podemos descubrir una exposición de carácter más teórico, despegando con conceptos, modelos y análisis de la realidad educativa. En ella, podemos encontrar respuesta a la pertinencia en la intervención en este tipo de contexto, utilizando como guía y proceso la mediación y el análisis del conflicto, acompañada de la educación emocional y del desarrollo de habilidades sociales y de comunicación. En una segunda parte del libro, se aterriza con la aplicación de lo desarrollado anteriormente en realidades específicas, según la edad de los más jóvenes; observando así la aplicación y resultado de experiencias en Educación Primaria, Secundaria y Bachillerato, y finalmente con la Educación Universitaria. Por último, y como cierre al manual, y a los conocimientos que de él se desprenden, podemos adentrarnos en el "cómo" diseñar e implementar un programa de mediación, además de que para que ello tenga éxito, la necesidad de cooperación entre familia y escuela.

Es importante destacar el carácter práctico y aplicado del libro, lo cual facilita al lector, bien sea mediador, profesor, madre o padre, a comprender la pertinencia del uso de la mediación como facilitador de la educación en lo referente a los conflictos, así como, ser capaz de visualizarla para poder llevarla a cabo."

El estatuto del mediador civil y mercantil

The statute of civil and commercial mediators

Emiliano Carretero Morales
Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Procesal y Resolución Alternativa de Conflictos
Universidad Carlos III de Madrid
Mediador
emiliano.carretero@uc3m.es

Manuscrito recibido: 08/04/2014
Manuscrito aceptado: 29/04/2014

Resumen: En el presente trabajo se van a analizar los distintos aspectos relacionados con el estatuto del mediador, en el orden que vienen regulados en el Título III de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, comenzando por las condiciones exigidas para el desempeño profesional de la labor de mediador y el importante papel que habrán de desempeñar las instituciones en cuanto a la calidad de la mediación, para seguir por el papel del mediador civil y mercantil durante el procedimiento de mediación, y finalizar con la posible responsabilidad en que pueden incurrir los mediadores en el desempeño de su labor profesional, así como las instituciones de mediación para las que presten sus servicios.

Abstract: This article analyses the many aspects related to the statute of mediators following the order of Section II of Act 5/2012, of July 6, on the Mediation in Civil and Commercial Matters, starting with the conditions required to practice mediation and the important role that intuitions must play in terms of mediation quality; then, the role of civil and commercial mediators is analysed and their action in the mediation process, to end talking about the liability mediators can incur in when practicing their professional tasks, as well as the mediation institutions they provide services to.

Palabras clave: mediador, formación, calidad, profesionalidad, responsabilidad.

Key Words: mediator, training, quality, professionalism, liability.

1. Introducción

El día 27 de diciembre de 2013 fue publicado en el Boletín Oficial del Estado[1], el *Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de laLey 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, que, junto a la Ley 5/2012 a la que refiere y desarrolla, viene a consolidar definitivamente la institución de la mediación civil y mercantil en el ordenamiento jurídico español.

Tal y como se reconoce en el propio Preámbulo de la Ley 5/2012, "la figura del mediador es, de acuerdo con su conformación natural, la pieza esencial del modelo, puesto que es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes".

La Ley regula el Estatuto del mediador en el Título III, determinando cuáles han de ser los requisitos que ha de cumplir para poder desempeñar profesionalmente su labor, así como los principios que han de regir su actuación y su posible responsabilidad civil. Igualmente, la Ley utiliza el término "mediador" sin prejuzgar que sea uno o varios y destaca el relevante papel que van a desempeñar las instituciones de mediación a la hora de reglamentar e impulsar los procedimientos de mediación, así como la formación y requisitos de los mediadores que vayan a formar parte de las mismas.

Por su parte, el recientemente aprobado Real Decreto 980/2013 incide en la figura del mediador como pieza esencial del modelo e intenta apostar por la calidad de la mediación, imponiendo una serie de requisitos a éste.

La Ley y el Real Decreto regulan el "estatuto mínimo" del mediador, por lo que las instituciones de mediación podrán exigir, en su caso, mayores requisitos que los que se establecen en las citadas normas para seleccionar a "sus" mediadores.

A pesar de estos "mínimos" que se recogen en la Ley 5/2012 y en el Real Decreto 980/2013, está aún por verse en la práctica como se van a implementar las citadas normas y cómo se va a desarrollar institucionalmente la profesión del mediador.

Esta realidad es consecuencia de la juventud aplicativa de la mediación, así como de la inexistencia de un colegio profesional que agrupe a los mediadores en una sola corporación responsable de la ordenación del ejercicio de la profesión, la representación exclusiva de la misma, el control deontológico y la aplicación de un régimen disciplinario en garantía de las partes y de los ciudadanos, que garantice la independencia y la vigencia de los valores básicos de la profesión, así como la exigencia de formación profesional permanente de los mediadores (Marques, 2013, pp. 229-230).

En el presente trabajo se van a analizar los distintos aspectos relacionados con el estatuto del mediador, en el orden que vienen regulados en el Título III de la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles,* comenzando por las condiciones exigidas para el desempeño profesional de la labor de mediador y el importante papel que habrán de desempeñar las instituciones de mediación, para seguir por el papel que habrá de desempeñar el mediador civil y mercantil durante el procedimiento de mediación, y finalizar con la posible responsabilidad en la que puedan incurrir los mediadores en el desempeño de su labor profesional, así como las instituciones de mediación para las que presten sus servicios.

2. Condiciones para ejercer de mediador

Tal y como señalan García-Villaluenga y Bolaños, "la calidad del proceso de mediación y de la propia institución mediadora pasa porque los mediadores que la lleven a cabo estén cualificados para ello, reconociéndose la profesionalidad como principio fundamental en todos los instrumentos internacionales relativos a esta materia. Las autoridades públicas han de promover y fomentar la formación del mediador, cerciorándose de que existen garantías mínimas de competencia" (García-Villaluenga y Bolaños, 2006, p. 48).

La mayoría de normas internacionales que hacen referencia a la mediación inciden en la necesidad de cualificación de los mediadores y en la calidad de la mediación, como uno de los puntos esenciales (Soleto, 2013, p. 304).

En la *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, se señala en su Considerando (16) que "los Estados miembros deben promover, por los medios que consideren adecuados, la formación de mediadores y el establecimiento de mecanismos eficaces de control de calidad relativos a la prestación de servicios de mediación" y en el art. 4 se establece, al referirse a la calidad de la mediación, que "1. Los Estados miembros fomentarán, de la forma que consideren conveniente, la elaboración de códigos de conducta voluntarios y la adhesión de los mediadores y las organizaciones que presten servicios de mediación a dichos códigos, así como otros mecanismos efectivos de control de calidad referentes a la prestación de servicios de mediación. 2. Los Estados miembros fomentarán la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes".

Por tanto, según se establece en la citada Directiva, las autoridades públicas habrán de promover y fomentar tanto la formación inicial, como la formación continua de los mediadores, cerciorándose de que los mismos reúnen suficientes garantías de calidad y competencia.

Tal y como pone de manifiesto Garciandía (2013), "en el plano internacional, no existe un modelo unificado de for-

1 BOE núm. 310, de 13 de diciembre de 2013.

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

mación que se le deba requerir a un mediador. Debido a la novedad de esta profesión y a la diversidad de prácticas dependientes de modelos culturales diversos, no existe un programa fijo y curricular. Ahora bien, sí existe consenso sobre la necesidad de completar un programa de entrenamiento y aprendizaje, basados en conocimientos interdisciplinares aportados por la Sociología, el Derecho, la Psicología, la teoría de los sistemas y las técnicas de negociación" (Garciandía, 2013, p. 151).

La mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea se han ocupado de regular la formación inicial y continua de los mediadores y los criterios de cualificación del profesional de la mediación varían mucho de unos países a otros. Hay algunos países, como Reino Unido, que no han entrado a regular requisito alguno para ejercer como mediador, habiendo de obtener los mismos su instrucción en el sector privado, cuya prestación no se encuentra regulada. También hay otros países en los que sólo se establecen condiciones para ejercer la mediación en servicios públicos pero no regulan el ejercicio privado o libre de la mediación (Finlandia, Luxemburgo, Malta, Holanda, Polonia, Eslovenia y Suiza).

Por lo que respecta a nuestro país, la vigente *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, establece en el art. 11 que "pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión".

Además, "el mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional" y "suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga."

El primer requisito al que hace alusión en el art. 11 hace referencia a la necesidad de que los mediadores "sean personas naturales", es decir se niega expresamente la posibilidad de que sean personas jurídicas las que puedan llevar a cabo directamente la mediación. Las personas jurídicas que pretendan dedicarse a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en la Ley, pero no podrán prestar directamente el servicio.

Las instituciones de mediación habrán de impulsar la mediación, facilitar el acceso a la misma y administrar el procedimiento, designando al mediador o mediadores –personas físicas, en todo caso– que habrán de hacerse cargo de la mediación, pero la propia institución no podrá prestar directamente el servicio y habrá de comprobar que las personas físicas por ella designadas cumplen con los requisitos que la propia Ley establece para poder ejercer como mediador.

El segundo de los requisitos que ha de cumplir el mediador es encontrarse en "pleno ejercicio de sus derechos civiles", por lo que hay que remitirse a las normas específicas referidas al respecto en el Código Civil, quedando en consecuencia excluidos tanto los menores de edad, aunque estén emancipados, como los incapacitados por resolución judicial, con independencia del grado de incapacidad declarado.

La tercera de las condiciones hace alusión a la no existencia o concurrencia de impedimento por razón de la "legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión". En este sentido, los únicos profesionales que legalmente estarían impedidos de poder ejercer profesionalmente como mediadores serían los jueces y los fiscales. El estricto régimen de incompatibilidades que recoge el art. 389 LOPJ, para los jueces y magistrados, y el art. 57 EOMF, para los fiscales, hace que sea práctica y materialmente imposible encajar la posibilidad de que dichos profesionales jurídicos puedan llevar a cabo funciones de mediación, de hecho salvo la docencia o investigación jurídica, así como la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, derivadas de aquella, no pueden realizar actividad alguna, retribuida o no, que no sea la propia del ejercicio de sus respectivas profesiones.

Por su parte, en el art. 17 de la Ley de Arbitraje se recoge una imposibilidad de carácter relativo al establecerse que "el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre éstas", salvo que existiera acuerdo en contrario de las propias partes, en cuyo caso podrá salvarse tal impedimento, como sucede en el caso del medarb.

Otro de los requisitos hace referencia a la necesidad de que el mediador cuente con un seguro o garantía equivalente a fin de cubrir la eventual responsabilidad en que pudiere incurrir en ejercicio de su labor profesional, aspecto que comentaré con mayor detenimiento cuando me refiera precisamente a la responsabilidad de los mediadores y de las instituciones de mediación.

En nuestro país, el tema de la formación del mediador, de trascendental importancia para el buen fin de la mediación, ha pasado un tanto inadvertido para el legislador español que lo contempló por primera vez en el texto del *Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* y en la posterior *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* que deroga el anterior Decreto-ley, pero no lo había hecho así en los anteriores Anteproyecto y Proyecto de Ley de mediación, aunque sí estaba exhaustivamente regulado en todas las le-

yes autonómicas sobre mediación familiar, además de forma mucho más concreta y detallada que en la propia Ley estatal, lo que sin duda va a dar lugar a problemas de interpretación y aplicación de las distintas normas. Tal y como ponen de manifiesto Duplá y Enzler, "podemos afirmar que la regulación autonómica existente a día de hoy, al menos en lo relativo a la mediación familiar, es mucho más concreta y detallada en cuanto a los requisitos de formación del mediador y también que existe una evidente falta de coordinación entre ésta y la actual Ley estatal 5/2012. Todo lo cual puede conllevar en los próximos meses ciertos problemas de orden práctico que deberán ser abordados con el fin de alcanzar un mínimo de formación común de nuestros mediadores, sea cual fuere su ámbito de actuación, y reforzar de este modo los objetivos de calidad y garantías que dicha institución se merece". (Duplá y Enzler, 2013).

Tras la reciente aprobación del *Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, tampoco se ha solucionado definitivamente la cuestión, toda vez que se establecen una serie de requisitos mínimos de formación para ejercer de mediador que son inferiores a los exigidos en la mayoría de normas autonómicas, sin que se señale nada al respecto de cómo se van a cohonestar los requisitos exigidos en la normativa estatal y la autonómica. Tal y como destaca Etxeberría (2012), "ya sea legal o reglamentariamente, el proceso formativo para la especialización varía de una Comunidad Autónoma a otra, pero ronda en torno a las 200 y 300 horas (la más extensa es la prevista en el Decreto 66/2008, de 30 de mayo, valenciano que prevé un mínimo de 300 horas teóricas y 60 prácticas)" (pp. 236-237).

En el art. 11.2 de la Ley 5/2012, simplemente, se establece que para poder ejercer de mediador se habrá de estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y además acreditar formación específica en mediación. A diferencia de algunos países y de la mayoría de leyes autonómicas sobre mediación familiar, no se limita el ejercicio de la mediación a determinados profesionales, sino que simplemente se exige estar en posesión de una titulación oficial universitaria o de formación profesional superior, y ello a pesar de las presiones recibidas desde diversos colectivos profesionales que pretendían atribuirse en exclusiva dicho ejercicio.

Además de esta formación de origen, se exige igualmente en el art. 11 de la Ley que el mediador cuente con "formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional".

Esta cuestión es quizás la que más debate y polémica suscitó en su momento, ya que no se especificaba en qué había de consistir dicha formación, cómo tenían que ser los cursos o cuáles habrían de ser las instituciones debidamente acreditadas para impartir los mismos.

En este sentido, el *Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, viene a regular estas cuestiones, si bien establece una serie de mínimos, no entrando a detallar con exhaustividad ninguno de los temas controvertidos. En el texto se sigue manteniendo la idea de una concepción abierta de la formación, de conformidad con "los principios de libre prestación de servicios y libre competencia que rigen la actuación de los mediadores".

En consecuencia, no se establecen requisitos estrictos o cerrados respecto a la configuración de la formación, por lo que simplemente se señalan una serie de requisitos mínimos, y se insiste en que dicha formación habrá de estar relacionada "con la titulación del mediador, su experiencia profesional y el ámbito en que preste sus servicios", si bien no se establece posteriormente cómo se articula tal relación.

La principal novedad introducida por el Real Decreto hace referencia a la formación mínima exigible al mediador, que viene a duplicar el número de horas exigido en proyectos anteriores. Se establece en el art. 5 que "la duración mínima de la formación específica del mediador será de 100 horas de docencia efectiva".

Sin duda, resulta adecuado el incremento del número de horas de formación mínima exigible, es más acorde con la predicada calidad a la que se hace mención tanto en la Ley como en el propio Real Decreto, aunque la calidad no ha de medirse única y exclusivamente en el número de horas, sino básicamente en los contenidos y exigencia de los programas formativos.

En cuanto al contenido de la formación del mediador, se señala en el art. 4 que "la formación específica de la mediación deberá proporcionar a los mediadores conocimientos y habilidades suficientes para el ejercicio profesional de la mediación, comprendiendo como mínimo, en relación con el ámbito de especialización en el que presten sus servicios, el marco jurídico, los aspectos psicológicos, de ética de la mediación, de procesos y de técnicas de comunicación, negociación y de resolución de conflictos". En este punto, entiendo que el enunciado es demasiado genérico o abierto, no se especifica el peso o la importancia que han de tener cada una de las materias relacionadas, además de no hacerse referencia, por ejemplo, a los distintos ámbitos en los que ha de desarrollarse la mediación en virtud de lo dispuesto en la propia Ley. Habría sido conveniente desarrollar más específicamente el contenido programático de dichos ámbitos formativos, a fin de, en la medida de lo posible,

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

dotar de un mínimo de exigencia o uniformidad a los distintos programas de formación.

Respecto de la formación práctica, se incrementa también el porcentaje mínimo exigido en anteriores proyectos que pasa de un 30% a un 35%. Como novedad, asimismo, se establece en el art 4.2 que "las prácticas incluirán ejercicios y simulación de casos y, de manera preferente, la participación asistida en mediaciones reales". Obviamente, esta formación práctica es la ideal, entiendo que la práctica es esencial en la formación del mediador y la misma ha de incluir necesariamente ejercicios, dinámicas y simulación de casos, pero no sé si el legislador es consciente de la inviabilidad de exigir hoy por hoy, como parte de la formación práctica, y además con carácter preferente, la participación asistida en mediaciones reales, dado que el número de mediaciones en la actualidad es manifiestamente insuficiente para cubrir la demanda de formación que se está llevando a cabo y sólo algunas instituciones de formación cumplen con dicho requisito.

Otra importante novedad es que desaparece cualquier referencia a la formación realizada a distancia, es decir de carácter no presencial o semipresencial, contemplada expresamente en anteriores proyectos. Se señala en el art. 5 que "la duración mínima de la formación específica del mediador será de 100 horas de docencia efectiva" y en el art. 3, simplemente se estipula que "el mediador deberá contar con formación específica para ejercer la actividad de mediación". Sin embargo, no se especifica en el Real Decreto qué ha de entenderse por docencia efectiva, o cuál es el valor de los cursos online o semipresenciales, así como si van a tener validez los ya realizados y cómo se computa o valida la formación práctica ofrecida por dichos cursos. Éstas son sólo algunas de las cuestiones que pueden plantearse y que entiendo van a suscitar bastantes problemas en la práctica, ya que son muchos hasta la fecha los cursos realizados que introducen una parte semipresencial en la formación y otros los que se han realizado íntegramente online.

En cuanto a la formación continua que se va a exigir a los mediadores, finalmente el legislador se ha limitado a exigir 20 horas cada cinco años, en una o varias actividades, pero sin especificar los contenidos de la misma, aunque se señala que habrán de ser de carácter eminentemente práctico. Se establece también que los cursos de especialización en algún ámbito de la mediación serán computables a efectos de formación continua.

Por lo que respecta a los centros de formación que podrán llevar a cabo la formación específica en mediación, se establece en el art. 7 que habrán de contar "con la debida autorización por la Administración pública con competencia en la materia", pero sin especificar qué Administración será la designada al efecto. Entiendo que la Administración con competencia habrá de ser el Ministerio de Justicia.

Como novedad, y con el fin de velar por la calidad de la formación ofrecida desde dichos centros, se señala que "los centros que impartan formación específica para el ejercicio de la mediación habrán de contar con un profesorado que tenga la necesaria especialización en esta materia" y "reúna, al menos, los requisitos de titulación oficial universitaria o de formación profesional de grado superior. Asimismo, quienes impartan la formación de carácter práctico habrán de reunir las condiciones previstas en este Real Decreto para la inscripción en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación". A este respecto, señala Barona (2013) que "se trata de obtener títulos que profesionalicen en mediación, lo que obliga a que se trate de centros con prestigio, que hayan demostrado a lo largo de su trayectoria que son perfectamente permeables a la formación de mediadores. Obviamente tanto las Universidades como los Colegios profesionales entrarían dentro de esta categoría, y mucho más aún si existiera una simbiosis entre los colectivos y las Universidades, para obtener un reconocimiento que se hallare avalado por quien o quienes ejercen con continuidad la función de formación y de capacitación profesional. Ello no es óbice a la posible existencia de centros privados de prestigio que puedan igualmente ofrecer estas posibilidades formativas y que su título pueda ser reconocido como tal por quienes deberán avalar en el futuro éstos, ora de forma directa ora indirecta a través en este último caso de la inclusión en los Registros de Mediadores" (pp. 242-243). Parece lógico exigir a los profesionales que vayan a instruir a los mediadores, como mínimo, los mismos requisitos que a las personas a las que van a formar.

Se establece la obligación de los centros de remitir al Ministerio de Justicia, a través de su sede electrónica, "sus programas de formación en mediación, indicando sus contenidos, metodología y evaluación de la formación que vayan a realizar, así como el perfil de los profesionales a los que vaya dirigida, acompañando el modelo de certificado de la formación que entreguen a sus alumnos", de lo que cabe deducir, pese a que no se señale expresamente, que la Administración pública con competencia en la materia para autorizar los centros de formación será el Ministerio de Justicia, como señalé anteriormente.

Para que la mediación pueda tener futuro es imprescindible abogar por la calidad de la misma y ello pasa ineludiblemente por la profesionalidad en su desempeño. Si no se exige una formación seria y rigurosa y un efectivo control de la calidad y profesionalidad de los mediadores y de las instituciones que hayan de formar a los mismos, la mediación está claramente abocada al fracaso.

Considero que sería conveniente la creación de un Comité de expertos que preste apoyo al Ministerio de Justicia para la concreción de los mecanismos de control de calidad sobre

los programas académicos de los centros de formación, así como sobre la efectiva capacitación profesional de los mediadores e instituciones de mediación.

La profesionalidad de la mediación y, por ende, la calidad de la misma, es el elemento esencial sobre el que ha de girar la integración de la mediación en nuestro sistema de Justicia. Si la implementación de la mediación no se lleva a cabo adecuadamente y bajo unos estrictos parámetros de calidad que garanticen el buen fin de la misma, no tendrán ningún sentido los esfuerzos realizados hasta la fecha.

3. Las instituciones de mediación

Las instituciones de mediación van a desempeñar un papel fundamental en la implementación y desarrollo de la mediación civil y mercantil.

Tal y como se establece en el art. 5 de la Ley 5/2012, "tienen la consideración de instituciones de mediación las entidades públicas o privadas, españolas o extranjeras, y las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y administración de la misma, incluida la designación de mediadores, debiendo garantizar la transparencia en la referida designación".

Por tanto, la Ley les atribuye la trascendental labor y la responsabilidad de impulsar la mediación, habiendo para ello de facilitar el acceso a la misma, dotándose en consecuencia de las infraestructuras necesarias a fin de proporcionar los medios materiales y humanos que sean necesarios a tal fin.

Otra de las importantes tareas que atribuye el legislador a las instituciones de mediación es la de llevar a cabo, cuando sean requeridas para ello, la designación de los mediadores que habrán de llevar a cabo el procedimiento de mediación.

A tal efecto, habrán de disponer de un listado o de un registro de mediadores y seleccionar para cada asunto al que consideren más capacitado y adecuado para llevar a cabo la mediación solicitada, tanto en función de la formación de origen del mediador, como de su especialidad en un ámbito determinado de la mediación, experiencia o cualquier otro criterio que consideren indicado para proceder a tal designación.

Éste no es un tema baladí para la propia institución, habiendo de tener muy en cuenta el establecimiento de buenos criterios de selección, toda vez que la propia institución va a responder también de la actuación profesional de los mediadores por ella designados.

Los criterios de selección y los requisitos que vaya a exigir la institución de mediación a sus mediadores los habrá de establecer la propia institución, lógicamente nunca estarán por debajo de los que la Ley exige, pero nada les impide ser más exigentes a la hora de requerir una determinada formación o experiencia profesional y esto, en definitiva, es lo que va a diferenciar la calidad de las instituciones de mediación. Tal y como señala Quintana (27 de abril de 2013), "para las instituciones es de capital importancia fomentar aquellas notas que las puedan diferenciar y consecuentemente hacer competitivas. Por ello, deben garantizar que sus mediadores están de verdad capacitados para mediar en las áreas o campos que publiciten, lo que no solo se circunscribe a tener conocimientos de mediación civil o mercantil, por ejemplo, sino que acrediten haber sido instruidos en técnicas, herramientas, modelos y normas deontológicas, así como haber realizado un porcentaje mínimo de prácticas o entrenamientos".

Se hace alusión en la Ley igualmente a que la institución de mediación habrá de garantizar la transparencia en la designación de los mediadores. Para ello, la institución de mediación habrá de tener a disposición de los usuarios y del público en general su propio listado de mediadores, en el que habrá de constar la formación de origen de los mismos, su formación específica en mediación, especialidad, experiencia, así como cualquier otro dato relevante.

También es importante, a los citados efectos, que se conozca cuál es el sistema de designación de los mediadores de la propia institución (la forma en que se hace, los criterios que se siguen, el órgano responsable de la designación o las condiciones de aceptación del encargo por parte del mediador, etc.).

Todo ello, por supuesto, no obsta al absoluto respeto al principio de la autonomía de la voluntad de las partes que podrán acudir a la institución de mediación y designar libremente al mediador que decidan por entender que es el más adecuado para llevar a cabo "su" procedimiento de mediación.

Las instituciones de mediación han de velar por la buena actuación de sus mediadores y, en este sentido, habrán de disponer de sus propias normas de funcionamiento y de un reglamento que vele por el establecimiento y observancia de los valores de la mediación en su organización interna y establezca un régimen sancionador en caso de incumplimiento de los mismos[2].

2 Tal y como se establece en el Real Decreto 980/2013, las instituciones de mediación habrán de facilitar al Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación los sistemas de garantía de calidad internos y externos, tales como mecanismos de reclamaciones, de evaluación del servicio, de evaluación de los mediadores y procedimientos sancionadores o disciplinarios. Se establece igualmente que las instituciones habrán de ejercer también una labor de control y deberán comunicar las sanciones disciplinarias que hubieran podido imponer a los mediadores que actúen en su ámbito.

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

Tal y como se establecía en la Disposición final octava de la Ley 5/2012, "el Gobierno, a iniciativa del Ministro de Justicia, podrá prever reglamentariamente los instrumentos que se consideren necesarios para la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley a los mediadores y a las instituciones de mediación, así como de publicidad. Estos instrumentos podrán incluir la creación de un Registro de Mediadores y de Instituciones de Mediación, dependiente del Ministerio de Justicia y coordinado con los Registros de Mediación de las Comunidades Autónomas, y en el que en atención al cumplimiento de los requisitos previstos en esta Ley se podrá dar de baja a un mediador".

En cumplimiento de dicha previsión, se aprobó el comentado *Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, que con la finalidad de facilitar la publicidad y transparencia, prevé la creación de un Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación que tendrá carácter público e informativo y se constituirá como una base de datos informatizada accesible a través de la página web del Ministerio de Justicia.

La inscripción en el Registro sólo será obligatoria para los mediadores concursales, pero tendrá carácter voluntario, tanto para los mediadores, como para las instituciones de mediación y permitirá acreditar la condición de mediador a los efectos previstos en la Ley de Mediación, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos en la misma por parte de los responsables de la gestión de dicho Registro.

El Registro finalmente tendrá tres secciones, una para los mediadores, otra para los mediadores concursales y otra para las instituciones de mediación.

4. El papel del mediador en el procedimiento de mediación

La figura del mediador es la pieza esencial del sistema y su actuación durante el procedimiento de mediación va a resultar clave para el buen fin de la misma. Partiendo del carácter autocompositivo de la mediación, el papel del mediador va a consistir fundamentalmente en ayudar a las partes implicadas en un conflicto a que intenten gestionar de forma adecuada el mismo a fin de que puedan ir eliminando o superando sus diferencias para llegar a una solución mutuamente aceptable y satisfactoria para ambas.

El mediador habrá de comprobar que efectivamente las partes han comparecido voluntariamente al procedimiento de mediación y velar porque dicha voluntariedad se mantenga a lo largo del mismo.

Una vez iniciado el procedimiento de mediación, el mediador ha de intentar conducir a las partes en su proceso de negociación a superar sus diferencias y llevarlas a la solución que ponga fin a las mismas, en consecuencia, ha de conocer y manejar convenientemente las herramientas de la negociación, así como su procedimiento, a fin de guiar a las partes en ese intento de acercamiento, aportándoles nuevas variables y dinámicas en su proceso de interacción que les permitan modificar sus posiciones iniciales y sus formas de comportamiento.

Con este objetivo, el mediador habrá de facilitar la mejora de la comunicación entre las partes, aportarles conocimiento e información y habilitar que las mismas sean capaces de hacerlo entre ellas para que puedan gestionar de forma adecuada sus intereses en orden a la consecución de un acuerdo que satisfaga en la medida de lo posible las pretensiones de todas las partes. Como señala Garciandía (2013), "puesto que la comunicación es la vía para la gestión y resolución de conflictos, cuando los canales de comunicación se han deteriorado, el mediador ayuda a las partes a restablecerlos para que lleguen a regular sus conflictos por sí mismos. El mediador guía, favorece la comunicación con la creación de lo que algunos autores denominan el *tercer espacio*, con el objetivo de crear modos de comunicación respetuosos y constructivos. Es por ello que sus técnicas y estrategias van orientadas a identificar los intereses y necesidades de las partes y a generar un diálogo que facilite el camino hacia soluciones integradoras" (p. 167).

Respecto de la obligación del mediador, recogida en el art. 13 de la Ley 5/2012, de velar porque "las partes dispongan de la información y asesoramiento suficientes", entiendo que ello no implica que el mediador haya de prestar asesoramiento jurídico a las partes, esa labor ha de corresponder en todo caso a los abogados de las mismas y si no los tuvieren y el mediador entiende que es necesario cualquier tipo de asesoramiento legal habrá de recomendarles que los busquen, pero no debe dar por sí mismo dicho asesoramiento ya que puede favorecer o perjudicar a alguna de las partes y con ello al propio procedimiento de mediación al quebrar su deber de imparcialidad. El asesoramiento y la información a los que se refiere la Ley implican que el mediador debe cerciorarse de que las partes saben perfectamente a qué se comprometen y que saben cómo funciona el procedimiento de mediación, habiendo de velar porque las partes a lo largo del mismo no tengan ni la más mínima duda de lo que está sucediendo en cada momento. En este sentido, tal y como pone de manifiesto Otero (2011), "la información que deben recibir las partes sobre el proceso es muy amplia. Abarca plazos, costes materiales y psicológicos, explicación de sus derechos y deberes, obligatoriedad de cumplir el acuerdo al que se llegue, posibilidad de abandono en cualquier momento del proceso, etc. Es importante no sólo que el mediador proporcione esta información a las partes, sino que se asegure de que las partes la comprenden y la aceptan" (p. 96).

El mediador tiene como función principal conseguir generar, a lo largo del procedimiento de mediación, las condiciones adecuadas que faciliten la comunicación entre las partes, a fin de que sean capaces de ir transformando su visión inicial y subjetiva del conflicto para, precisamente a través de un proceso de comunicación distinto, ir avanzando en la búsqueda de una solución consensuada, y a tal fin habrá de dirigir sus esfuerzos y estrategias.

Es fundamental que el mediador con su conducta durante el procedimiento se gane la confianza y aceptación de las partes. La aceptabilidad implica que las partes han de aprobar su presencia y que están dispuestas a escucharle y a colaborar con él, permitiéndole que se incorpore a su disputa y que les ayude a gestionar la misma a fin de intentar buscar una solución. Por tanto, habrá de ser el mediador quien con su correcto desempeño profesional se gane dicha aceptación de las partes.

Es importante, igualmente, que el mediador prepare adecuadamente las sesiones y que lo haga, si es posible, con la debida antelación pues ello le va garantizar en gran medida el correcto desarrollo de las mismas y, en definitiva, del procedimiento de mediación. En este sentido, señala Vidal (2011) que "una vez iniciada la mediación, para las sesiones siguientes el mediador deberá preparar el terreno para conducir el proceso y deberá analizar las preguntas abiertas y cerradas que podrá utilizar, así como las herramientas y estrategias que faciliten la comunicación entre las partes. La preparación de una sesión también requiere prestar atención a la sesión anterior y a las anotaciones, advertencias y sugerencias que se hayan producido. En efecto, es conveniente que al acabar cada sesión el mediador ponga en orden las notas que ha ido tomando, como también que reseñe las impresiones, emociones y comunicaciones verbales y no verbales que haya observado de cada parte. Este ordenamiento es básico para la continuación de las sesiones, y es fundamental que antes de cada sesión el mediador haga un repaso de la anterior, recuerde el resultado y determine los objetivos de la nueva sesión. Las partes agradecerán esta dedicación del mediador a su caso" (p. 149).

El mediador ha de ayudar a las partes a reorientar pragmáticamente la enunciación de su problema, cambiando la visión del conflicto que traen las partes para llevarlas a una reconceptualización de éste que les permita avanzar en la búsqueda de una solución negociada que ponga fin al mismo. El mediador va a funcionar, en consecuencia, como un gestor o facilitador del procedimiento, cuya misión es conseguir que cada parte pueda dar a sí misma y a la otra lo que cada una de ellas necesita, situándose en el procedimiento de tal forma que pueda generar las condiciones apropiadas para que las partes sean capaces de generar propuestas y alternativas propias que les lleven a la solución de su conflicto.

Ahora bien, el papel del mediador no se ha de reducir única y exclusivamente a actuar como facilitador del proceso de comunicación e interacción entre las partes, sino que ha de adoptar un papel más activo, velando porque las partes dispongan en todo momento de la información y asesoramiento que sea necesario y orientando en todo momento su labor a lograr el acercamiento entre las partes con el fin de que las mismas puedan lograr una solución a la disputa que les ocupa. Tal y como señala Garciandía (2013), "se trata de una especie de liderazgo positivo que implica promover la participación de las partes en cuanto a la reflexión, la identificación de intereses y necesidades, así como favorecer la toma de decisiones y alcanzar acuerdos" (p. 161).

De hecho, éste es el perfil de mediador que se ha recogido en la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Así, en el art. 13, se establece que "el mediador desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta Ley".

Existen dos perfiles de mediadores, el mediador facilitativo o facilitador y el mediador evaluativo o directivo.

El mediador facilitador adopta una postura poco intervencionista durante el proceso, su labor se limita, como su nombre indica, a facilitar el proceso de comunicación entre las partes protagonistas del conflicto para que las mismas consigan avanzar en la búsqueda de una solución consensuada, pero en ningún caso se involucra en el fondo del asunto, el cual entiende corresponde en todo caso a las propias partes.

Es el modelo de mediador acogido en la mayoría de legislaciones autonómicas sobre mediación familiar, lo cual, por otra parte, es perfectamente lógico, dado el ámbito de actuación. En mediación familiar, normalmente, el mediador adopta este perfil facilitador, limitando su actuación a acercar las posturas encontradas de las partes, pero dejando que las mismas gestionen efectivamente sus diferencias, porque nadie mejor que las propias partes conocen cuáles son las circunstancias y el contexto de su conflicto en particular, por lo que el mediador no ha de involucrarse activamente en el fondo del mismo y no ha de ofrecer soluciones, dejando que sean éstas las que lleguen, en su caso, a los acuerdos que tengan por conveniente.

Ahora bien, cuando hablamos de mediación propiamente civil y mercantil, de asuntos en los que, normalmente, no hay implicaciones de carácter familiar, donde las emociones y sentimientos de las partes se gestionan de forma diferente al tratarse de cuestiones de carácter económico, mercantil o empresarial, y donde las partes quizás acuden al mediador precisamente por los conocimientos técnicos que el mismo pueda tener sobre el fondo de la cuestión litigiosa, en estos casos, el papel del mediador puede ser más activo.

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

El mediador evaluativo o directivo se involucra más en el procedimiento, orientando su labor profesional, en todo caso, hacia la búsqueda del acuerdo. La cuestión de si puede el mediador en este caso proponer soluciones a las partes es una cuestión ciertamente controvertida. Entiendo que si las partes, en este tipo de conflictos de naturaleza civil, mercantil o empresarial, son incapaces por sí mismas de generar opciones encaminadas a la solución del problema y demandan del mediador una postura más activa en este sentido, pidiéndole que les facilite algún tipo de alternativa, el mediador podría involucrarse y ofrecer soluciones a las partes.

Ahora bien, puede ofrecer varias soluciones, no una única solución. En estos casos, donde las partes no son capaces de vislumbrar ningún tipo de salida a su conflicto, el mediador podría ofrecer varias posibilidades de acuerdo para que, en todo caso, sean las propias partes las que decidan sobre cuál de ellas trabajar en orden a la búsqueda de su acuerdo. Si el mediador sólo ofrece una solución a las partes –que posiblemente será la que él mismo considera más adecuada–, puede suceder que dicha solución no resulte satisfactoria o adecuada para una de las partes, por lo que ésta quizás pueda entender que el mediador pretende perjudicarla o favorecer a la otra, con lo que la imparcialidad de éste podría quedar seriamente comprometida.

En cualquier caso, es preferible siempre que el mediador intente llevar el procedimiento de mediación haciendo que sean las partes las que, en todo momento, gestionen su conflicto y, en consecuencia, sean capaces de conseguir generar opciones sobre las que trabajar una solución, pero entiendo que no pasa nada porque en un momento determinado, y con el fin de avanzar en el procedimiento de mediación y en la búsqueda del acuerdo, el mediador, basándose en sus conocimientos y experiencia previa, pueda ayudar a las partes ofreciéndoles una serie de posibilidades para que las mismas puedan evaluarlas, teniendo en cuenta que la solución, en todo caso, va a depender de las mismas y no del propio mediador.

5. La responsabilidad del mediador y de las instituciones de mediación

La Ley regula en el art. 14 la responsabilidad de los mediadores y se establece que "la aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren".

A diferencia de lo establecido en el anterior art. 14 del Real Decreto Ley 5/2012, cuya redacción recogía la responsabilidad de los mediadores por los "daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad y dolo", ahora desaparece cualquier causalidad específica, refiriendo sin más la posible responsabilidad por los "daños y perjuicios que causaren", favoreciendo un modelo de responsabilidad culposa por parte del mediador que vendrá referido al régimen general de responsabilidad del art. 1902 del Código Civil. Para Esplugues (2012), "asumiendo que la relación entre las partes y el mediador es de carácter contractual, del artículo 14 se derivaría una referencia a una responsabilidad únicamente civil y de base exclusivamente contractual, por obligacional, que se circunscribiría temporalmente al tiempo en que el mediador esté ejerciendo sus funciones de mediación" (p. 97).

Para MARQUES CEBOLA, "el mediador, en la práctica de la mediación, podrá ser responsabilizado: 1) contractualmente, por violación del contrato de mediación; 2) civilmente, por malas prácticas, debiendo las partes ejercitar acciones directamente contra el profesional si sufrieran daños resultantes de la conducta del mediador; 3) disciplinariamente, en relación a violaciones de los Códigos Deontológicos aplicables, y 4) penalmente, siempre que cometa un delito o falta punible" (Marques, 2013, p. 251).

Por lo que respecta a la responsabilidad contractual, la misma podría venir producida por el incumplimiento de alguna de las obligaciones a las que el mediador pudiere haberse comprometido con las partes en el contrato de mediación suscrito con las mismas, por lo que éste habrá de observar una serie de precauciones a fin de no comprometerse en el cumplimiento de determinados resultados o plazos por ejemplo, porque si es así y posteriormente incumple sus compromisos podría quedar sujeto a responsabilidad. Según señala Barona (2013), "sólo desde que se acepta por el mediador el encargo, nace su obligación de cumplir el mismo, realizar su actividad mediadora, y solo desde este momento es posible no cumplir con la obligación o hacerlo no adecuadamente, generando una posible producción de daños y perjuicios derivados por su actuación o su no actuación (dado que el encargo puede incumplirse desde una posición activa o una de omisión). Y esa relación es claramente contractual" (p. 306).

En cuanto a la responsabilidad profesional, el mediador habrá de cumplir fielmente con todos los deberes que la Ley establece respecto del mismo, derivados precisamente de su ejercicio profesional. Así, tal y como se ha comentado anteriormente, el mediador habrá de tener formación específica en mediación, conocer todas las técnicas y herramientas y ponerlas en práctica en cada momento oportuno del procedimiento, habrá de respetar escrupulosamente los deberes de imparcialidad, neutralidad y confidencialidad, debe informar con claridad a las partes de las características y principios de la mediación, así como de cuanto acontezca en su desarrollo y de la posible necesidad de asesoramiento jurídico, ha de velar por la igualdad y equilibrio de las partes, etc.. Igualmente habrá de observar todas aquellas normas de conducta a las que pueda estar sujeto por prestar sus servicios para una ins-

titución de mediación determinada, la cual obviamente podrá disponer de su propios Códigos de conducta, de buenas prácticas o deontológicos.

Hay que tener en cuenta, tal y como ponen de manifiesto Valero y Cobas, que la relación entre el mediador y las partes es "una obligación de medios y no de resultados, porque el mediador precisamente conduce a las partes a que encuentren su propio camino, en lo que respecta al conflicto, su misión es precisamente guiar a los destinatarios de la mediación en relación a esto, por tanto los resultados que se obtengan dependen de muchas cuestiones, no concernientes al mediador, ni tampoco es responsable de la no consecución del acuerdo. El mediador cumple su función con independencia de que se consiga o no el acuerdo, si actúa con la diligencia debida en correspondencia con el cargo" (Valero y Cobas, 19 de septiembre de 2012, p. 5).

La actuación del mediador no es, pues, de resultado, pero sí debe ser activamente responsable, por el papel que le ha atribuido el legislador, en cuanto ha de ser quien dirija el procedimiento de mediación, con todos los deberes y obligaciones que le son inherentes. El mediador habrá de responder, en consecuencia, de todas las actuaciones por él realizadas que puedan ocasionar algún perjuicio a las partes.

Sin embargo, el tema de su diligencia profesional va a ser una cuestión francamente complicada de verificar en caso de una posible reclamación por alguna de las partes que pueda sentirse perjudicada, habiendo ésta de demostrar que la conducta del mediador incurrió en el incumplimiento de alguna obligación legal o en una acreditada mala praxis profesional y que, además, dicha infracción o conducta provocó daños y perjuicios que, en todo caso, habrán de ser debidamente probados. En el mismo sentido, señala Marques que "elementos esenciales de la responsabilidad profesional de los mediadores son la existencia de daños y la prueba del nexo de causalidad entre el daño y la violación cometida por el mediador. No es suficiente la existencia de daños especulativos en relación a posibles resultados, siendo absolutamente necesario que la parte perjudicada pruebe y cuantifique que la mala práctica del mediador originó determinados perjuicios concretos y específicos". (Marques, 2013, p. 248).

Como garantía de la comentada responsabilidad de los mediadores, la Ley en el art. 11.3 dispone que "el mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga", constituyéndose como una obligación ineludible y requisito condicional para poder ejercer profesionalmente.

Igualmente, en el Real Decreto 980/2013 se regula la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil profesional del mediador. Se establece en el art. 26 que "todo mediador deberá contar con un contrato de seguro de responsabilidad civil o una garantía equivalente por cuya virtud el asegurador o entidad de crédito se obligue, dentro de los límites pactados, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del mediador asegurado de la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados en el ejercicio de su función".

Respecto de los posibles daños que pueden, en su caso, ocasionar los mediadores se hace mención en el art. 27 del Real Decreto a la infracción de los principios de imparcialidad y confidencialidad, error profesional o la pérdida o extravío de expedientes y documentos de las partes.

El seguro podrá ser contratado a título individual por el mediador o dentro de una póliza colectiva que incluya la cobertura correspondiente a la actividad de mediación, como viene sucediendo ya en la práctica.

Se dispone igualmente en el art. 28 que "la suma asegurada o garantizada por los hechos generadores de la responsabilidad del mediador, por siniestro y anualidad, será proporcional a la entidad de los asuntos en los que intervenga".

También, se introduce la obligación del mediador de informar a las partes, con carácter previo al inicio del procedimiento, de la cobertura de su responsabilidad civil, habiendo de dejar constancia de la misma en el acta inicial, aspecto que resulta ciertamente excesivo ya que tal previsión no se contempla para otras actividades profesionales.

Por lo que respecta a la responsabilidad disciplinaria, la misma derivará del incumplimiento de los deberes y obligaciones del mediador, independientemente de la existencia de un posible daño derivado de dicho incumplimiento.

Nada se establece al respecto ni en la Ley 5/2012, ni en el Real Decreto 980/2013, no existe un régimen disciplinario general aplicable a posibles infracciones de los mediadores, por lo que habrán de ser las propias instituciones de mediación las que creen sus propias normas al respecto.

En cuanto la posible responsabilidad penal en que pueda incurrir el mediador, la misma, evidentemente, sólo podrá venir derivada de la comisión de algún ilícito penal por parte del mismo, por ejemplo posibles amenazas o agresiones a las partes, si bien se hace complicado plantear siquiera tales supuestos.

También, tal y como se establece en el art. 14 de la Ley, cabe exigir responsabilidad a la institución de mediación a la que, en su caso, pertenezca el mediador, con independencia de las posibles acciones de reembolso que ésta pueda ejercitar contra el mismo. Así, el perjudicado podrá bien dirigirse directamente contra el mediador o contra la institución para la que preste sus servicios.

Además, la Ley también delimita una responsabilidad exclusiva de las instituciones de mediación por el posible incumplimiento de sus propias obligaciones. A este respecto, señala Barona (2013) que "en este caso la responsabilidad exigida a la institución podría producirse por la falta de pu-

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

blicidad en la designación del mediador, por la designación de un mediador que no cumple las condiciones establecidas, por la falta de regulación de unas reglas de actuación y un procedimiento transparente de pago de provisión de fondos, por exigir más provisión de fondos a una parte que a otra, por no devolución de parte de la provisión de fondos tras la determinación de los gastos que se hubieren podido ocasionar, etc." (pp. 314-315).

Según se establece en el Real Decreto 980/2013, la obligación de aseguramiento de la responsabilidad de las instituciones de mediación podrá venir producida por la designación del mediador o por el incumplimiento de alguna de las obligaciones que les incumben. La institución de mediación también habrá de asumir, solidariamente con el mediador, la responsabilidad derivada de la actuación de éste, garantizándose de esta forma la previsión establecida en la Ley que faculta al posible perjudicado para poder entablar acciones tanto contra el mediador como contra la institución a la que pertenezca, sin perjuicio del derecho de ésta a repetir contra el mediador por dichas acciones.

Así, en el art. 29 del Real Decreto se estipula que "con independencia de la posibilidad de asumir la contratación de la cobertura de la eventual responsabilidad civil de los mediadores que actúen dentro de su ámbito, las instituciones de mediación deberán contar con un seguro o una garantía equivalente que cubra la responsabilidad que les corresponde, de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en especial, la que pudiera derivarse de la designación del mediador".

Dada la labor a desarrollar por el mediador, cuya misión básicamente es la de ayudar a las partes a buscar un solución por sí mismas, y teniendo en cuenta la voluntariedad del procedimiento –por lo que las partes pueden abandonar libremente el mismo en el momento que consideren que la labor del mediador no es la adecuada o no les está ayudando–, se hace difícil pensar en supuestos en los que éste pueda tener algún tipo de responsabilidad, salvo que incumpla los deberes y obligaciones que, como se ha comentado, le atribuye la Ley.

EXTENDED SUMMARY

The statute of civil and commercial mediators

Emiliano Carretero Morales
PhD in Law
Professor of Procedural Law and Alternative Conflict Resolution
Carlos III University of Madrid
Mediator
emiliano.carretero@uc3m.es
Received: 08/04/2014
Accepted: 29/04/2014

Abstract: This article analyses the many aspects related to the statute of mediators following the order of Section II of Act 5/2012, of July 6, on the Mediation in Civil and Commercial Matters, starting with the conditions required to practice mediation and the important role that intuitions must play in terms of mediation quality; then, the role of civil and commercial mediators is analysed and their action in the mediation process, to end talking about the liability mediators can incur in when practicing their professional tasks, as well as the mediation institutions they provide services to.
Key Words: mediator, training, quality, professionalism, liability

1. Introduction

On December 27, 2013 *Royal Decree 980/2013 of December* was published, further developing *specific aspects of Act 5/2012, of July 6, on the mediation in civil and commercial matters*, which, together with Act Ley 5/2012 it refers to and develops, finally consolidates the civil and mediation institutions within the Spanish law.

As recognised by the very own Preamble of Act 5/2012, "the role of mediator is, according to its natural features, the key piece of the model, as it is the person who help to find a dialogued solution, voluntarily wished by the parties".

The Act regulates the Statutes of Mediators in Section III, which determines the requirements necessary to professionally practice mediation, as well as the principles that must guide their action and their potential civil liability.

Furthermore, the recently approved Royal Decree 980/2013 pinpoints the role of mediators as an essential piece of the model and attempt to target quality in mediation by imposing a number of requirements for mediators.

In this article the different aspects related to the Statutes of Mediators are analysed following the order in which they are presented in Section III of *Act5/2012, of July 6, on the Mediation in civil and commercial matters,* starting with the conditions required for professional practice and the important role they will play in mediation institutions, followed by the role civil and commercial mediators should play throughout the mediation process, finishing with the possible liability mediators can incur in fulfilling their professional practice, as well as the mediation institutions they can provide service to.

2. Conditions to practice as a Mediator

Most of the international standards that refer to mediation insist on the need to train mediators and on the quality of mediation as one essential point.

On the international level, there is no unified model of training required for mediators. Due to the newness of this profession and the diversity of practices depending on different cultural models, there is no fixed academic curriculum. There is, however, consensus on the need to complete a learning programme based on the interdisciplinary knowledge provided by Sociology, Law, Psychology, the Theory of the Systems and Negotiation Techniques.

Most member states of the European Union have worked to regulate the initial and ongoing training of mediators, and the professional qualification criteria of mediation vary from one country to the other. Some countries, like the United Kingdom, have not regulated on any requirement to practice as a Mediator, and they have to get their training in the private sector, whose provision is not regulated. Other countries establish the conditions to practice mediation in public services but they do not regulate private or free practice of mediation (Finland, Luxemburg, Malta, the Netherlands, Poland, Slovenia and Switzerland).

As to our country, *Act 5/2012, of July 6, on the Mediation in civil and commercial matters*, in force establishes in Section 11 that "the natural persons who are in full exercise of their civil rights can be mediators provided that the legislation they are abided by in the exercise of their profession does not prevent them from doing so".

Moreover, a Mediator should have an official university degree or a vocational training diploma and also specific training to practice mediation of at least 100 hours and it could be acquired by making one or several specific courses given by duly accredited institutions. Likewise, the mediator must "purchase insurance or equivalent guarantee protecting him/her against the civil liability stemming from actions in the conflicts he/she intervened".

For mediation to have a future it is indispensable to stand for its quality which is necessarily linked to professionalism in its practice. If serious and thorough training is not required and if there is not effective control of the quality and professionalism of the mediators and the institutions that provided their education, mediation is clearly doomed to failure.

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

3. The Mediation Institutions

Mediation Institutions will play a fundamental role in implementing and developing civil and commercial mediation.

The Act bestows upon them the transcendental task and responsibility to stimulate mediation, and to do so they have to facilitate access to it, equipping themselves with the necessary infrastructures in order to provide the necessary material and human means to this end.

Another important task the legislators assign to the mediation institutions is to appoint, whenever they are asked to do so, the mediators that will carry out the mediation procedure.

The selection criteria and the requirements the mediation institution will ask their mediators to fulfil will be established by the institution itself, obviously always according to the stipulations of the legislation; however, they could be stricter in terms of requiring specific training or professional experience which, in short, will differentiate the mediation institutions' quality standard.

4. The Role of Mediators in the Mediation Procedure

The role of the Mediator is the very essence of the system and his/her action throughout the mediation procedure will turn out key to success. Based on the fact that mediation is a consensual process, the role of the mediator is mainly to help the parties in a conflict to try to manage it in an appropriate way in order to eliminate or overcome their differences and find a mutually acceptable and satisfying solution for both parties.

The Mediator profile envisaged by *Act 5/2012, of July 6, on the Mediation in civil and commercial matters,* is mainly evaluative. Thus, Section 13 establishes that "the mediator will have an active behaviour attempting to achieve that the parties come closer, under the principles enshrined by this Act".

Evaluative or directive mediators will be more involved in the procedure, orienting their professional practice, in any case, towards reaching an agreement. The question of whether or not mediators can propose solutions to the parties is certainly a controversial issue. To my knowledge, if the parties in this kind of civil, commercial or company conflicts are unable to generate options by themselves to find a solution to the problem and if they request that the Mediator should play a more active role and provide them with some kind of alternative, then the Mediator could be involved and offer solutions to the parties.

Notwithstanding, he/she can offer several solutions, and never a single one. In these cases where the parties cannot see any solution to their conflict, the Mediator could offer several resolution proposals so that they, in any case, decide which one they will work upon in order to reach an agreement. If the Mediator offers only one solution to the parties –probably the one he/she considers to be the most appropriate one–, the solution might not be satisfactory or appropriate for one of the parties, and this party might understand that the Mediator is trying to harm them or favour the other party, which seriously compromises the Mediator's impartiality.

Therefore, it is always preferable for the Mediator to conduct the mediation procedure leading the parties, at all times, to manage their conflict and, as a result, to be able to create options on which they can craft a solution; in my opinion, however, as mentioned before, in order to move forward in the mediation procedure and reach an agreement the mediator can offer the parties a series of possibilities so that they can evaluate them, bearing in mind that the solution will always depend on the parties and not on the Mediator.

5. The Mediators' Liability

Section 14 of the Act addresses the mediators' liability establishing that "accepting mediation compels mediators to faithfully fulfil their job and in failing to do so they can be subject to liability for the harm resulting from their practice".

As a guarantee of the liability mentioned above, Section 11.3 of the Act stipulates that "mediators should purchase an insurance policy or equivalent guarantee protecting of any civil liability stemming from their practice in the conflicts they intervene", becoming, thus, an indispensable obligation to respect and a necessary requirement for professional practice.

Likewise, Royal Decree 980/2013 regulates the obligation for the mediator to have a civil liability insurance policy.

Also, as established in Section 14 of the Act, the mediation institution mediators belong to can be requested to be in possession of a liability insurance, regardless of the possible compensation actions that can be started against mediators. Thus, the harmed party could be directly against the mediator or the institution he/she provides services to.

Bibliografía

- Barona, S. (2013). *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España.* Valencia: Tirant lo Blanch.
- Duplá, M.T. y Enzler S., S., (2013). La figura del mediador: herramienta para garantizar la calidad en la implementación de la normativa europea sobre mediación. En T. Hualde y M. Mestrot (Coord.). *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52/CE en Francia y en España.* Madrid: La Ley.
- Esplugues, C., (2012). Mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España: de la Directiva 2008/52/CE a la Ley de mediación de 2012. En J. F. Etxebarría (Dir.), *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿Una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?* Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Etxeberría, J. F. (2012). Análisis de la normativa autonómica sobre mediación en asuntos de derecho privado y la incidencia en ella de la normativa estatal. En Autor (Dir.), *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿Una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?* Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- García-Villaluenga, L. y Bolaños, I., (2006). *La mediación familiar: una aproximación interdisciplinar.* Gijón: Asociación de Mujeres Separadas y Divorciadas de Asturies.
- Garciandía, P., (2013). *Materiales para la práctica de la mediación. Esquemas, cuestiones y formularios para el ejercicio de una profesión en alza.* Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Marques, C. (2013). *La mediación,* Madrid: Marcial Pons.
- Otero, M. (2011). La ética del mediador. En H. Soleto, (Dir), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos.* Madrid: Tecnos.
- Quintana, A. (27 de abril de 2013). El papel de las instituciones de mediación. *LawyerPress emprende*. Recuperado de: http://www.lawyerpress.com/news/2013_04/2704_13008.html.
- Soleto, H. (2013). La mediación en asuntos civiles y mercantiles: la Ley 5/2012. En Autor (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos* (2ª ed.). Madrid: Tecnos.
- Valero, J. y Cobas, M.E. (19 de diciembre de 2012). La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aproximación a la cuestión. *Diario La Ley*, *7987*, 7-12.
- Vidal, A. (2011). Los Códigos de buenas prácticas. En E. Lauroba, I. Barral e I. Viola. *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña.* Barcelona: Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia, Centre d´Estudis Juridics i Formació Especialitzada.

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

El Servicio de Mediación Familiar Intrajudicial de los juzgados de familia de Málaga

The in-court family mediation service of the Malaga family court

José Luis Utrera Gutiérrez* y María Ángeles Peña Yáñez**
*Juez de Familia de Málaga. Miembro de GEMME España Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación
josel.utrera.ius@juntadeandalucia.es
**Psicóloga y mediadora. Psicóloga de los Equipos Técnicos de los Juzgados de Málaga

Manuscrito recibido: 12/03/2014
Manuscrito aceptado: 27/03/2014

RESUMEN: En este trabajo se describe el funcionamiento del Servicio de Mediación Familiar Intrajudicial de los juzgados de familia de Málaga desde su creación en el año 2000 hasta la actualidad y cómo ha ido evolucionando durante estos 14 años. Su articulación dentro de un programa para mejorar la gestión judicial de los conflictos familiares, la cobertura legal y orgánica de este tipo de servicios en juzgados de familia, su estructura y los resultados obtenidos son algunos de los aspectos que se abordan en este artículo. El análisis de esta experiencia demuestra que la introducción de la mediación en los procesos de familia genera siempre resultados positivos para el sistema judicial y para los interesados, con independencia de que se alcancen o no acuerdos.

ABSTRACT: This article describes the In-Court Family Mediation Service of the Malaga Family Court since it was created in 2000 to date, and how the Court has evolved over the last 14 years. Some of the aspects contained in this article are: the Court's articulation within the a Programme set up to improve the judicial management of family conflicts; the legal and organic coverage of this kind of services in Family Courts; its structure; and the results obtained. Analysing this experience shows that using mediation in family processes always generates positives results for the judicial system and for the concerned parties, regardless of the fact that agreements are achieved or not.

Palabras clave: mediación intrajudicial, conflicto familiar, Juzgados de Familia, estadística, experiencia.

Key Words: In-court Mediation, Family Conflict, Family Court, Statistics, Experience.

Introducción

Según la estadística del Consejo General del Poder Judicial, en 2012 se tramitaron en España unos 125.000 procesos de separación y divorcio. Si a ellos les sumamos los litigios relativos a rupturas de parejas no matrimoniales con hijos menores, discrepancias en el ejercicio de la patria potestad, acogimientos y adopciones, por citar sólo los más importantes numéricamente, esa cifra alcanza anualmente a unos 150.000 procesos judiciales en los que se ventila un conflicto familiar. Si multiplicamos cada asunto por dos intervinientes adultos y aplicamos el índice de hijo por matrimonio o pareja (1.3) tendremos que cada año unas 500.000 personas buscan en el sistema judicial una "solución" a su conflicto familiar.

Si a ello unimos las fuertes cargas emocionales presentes en la mayoría de estos litigios y los efectos tan negativos en adultos y menores que genera una mala respuesta a tales conflictos, habrá de coincidirse que estamos en presencia de una parcela de la realidad social importante, en la que la buena o mala gestión del conflicto incidirá en el bienestar de muchos ciudadanos y en el ahorro o no de importantes costes personales y sociales directos e indirectos.

Partiendo de esa realidad incontestable, los profesionales que desarrollamos nuestro trabajo en el Juzgado de Familia (1ª Instancia 5) de Málaga nos planteamos hace años la necesidad de mejorar la respuesta que desde el sistema judicial se da a los conflictos familiares, poniendo en marcha un conjunto de iniciativas que mejorasen la gestión de estos conflictos en su paso por el Juzgado. Ese Proyecto, que titulamos "Programa para mejorar la gestión judicial de los conflictos familiares", comprendía un conjunto de iniciativas: uso de tablas para la fijación de pensiones alimenticias, folletos informativos sobre las perspectivas no jurídicas de los conflictos familiares (Decálogo del buen divorcio), Servicio de Mediación Intrajudicial, mejora de las normas de reparto de asuntos entre los distintos juzgados, Guías de buenas prácticas, mejora en la gestión del Equipo Técnico adscrito al Juzgado, Punto de Encuentro Familiar, Servicio de Intervención Familiar Posruptura y mejora en las instalaciones del Juzgado, cada una de las cuales incidía en mayor o menor medida en alguno de los objetivos propuestos en el programa.

1. El Servicio de Mediación Familiar Intrajudicial

Como se ha dicho, una de las iniciativas que se puso en marcha dentro de ese programa fue la creación de un Servicio de Mediación Familiar Intrajudicial. Si bien inicialmente arrancó en el Juzgado de Familia nº 5 luego se extendió a los otros dos juzgados de familia existentes en Málaga.

Comenzó a funcionar en el año 2000 con la finalidad de fomentar la mediación familiar como método de resolución de los conflictos de familia. A partir del año 2005 y al contar con mediadores externos, los casos susceptibles de mediación comenzaron a ser derivados a tales mediadores, realizándose en el Juzgado las tareas de difusión del servicio, selección de casos mediables y derivación de éstos a los servicios externos. En el año 2006 el Juzgado participó en la Experiencia piloto sobre mediación familiar intrajudicial que puso en marcha el Consejo General del Poder Judicial en varios juzgados en España.

En la actualidad el Servicio de Mediación se da a conocer por medio del soporte impreso y audiovisual elaborado por el Equipo Técnico del Juzgado, realizándose en la sede del Juzgado la primera sesión informativa presencial y la derivación de los casos susceptibles de mediación. Las asociaciones que actualmente colaboran con el servicio realizando las sesiones de mediación son: Solucion@, Mediamos, COF, Intermedia e Iter.

1.1. Marco legal y orgánico del Servicio de Mediación Familiar Intrajudicial

En los momentos iniciales y dado que se carecía de Ley nacional de mediación y de legislación autonómica en esta materia (en Andalucía la ley de Mediación familiar no se promulga hasta el año 2009) el marco legal para poner en marcha su funcionamiento, y concretamente para invitar a las partes a que asistiesen a la primera sesión informativa presencial, se amparaba en el artículo 158-4 del Código Civil.

Igualmente se valoró que la puesta en funcionamiento del Servicio de Mediación estaba amparada en aquellos preceptos de la LEC (770 5ª y 7ª, 771-2.) y del Código Civil (artículos 91,92.5, 96, 97.1ª, 103) que exteriorizan una clara opción del legislador por las soluciones autocompositivas en los conflictos de familia, opción que legitima jurídicamente este tipo de servicios en cuanto favorecen los procesos de mutuo acuerdo. El fundamento de esta preferencia del legislador por las soluciones de autocomposición o consensuales, hay que buscarlo en la concepción del proceso contencioso como última solución al conflicto familiar, basada en una experiencia contrastada de que la dinámica de enfrentamiento judicial da una solución de baja calidad al conflicto familiar y, por tanto, que siempre que se pueda debe ser evitada (Exposición de motivos de la Ley 15/2005). Todos los operadores jurídicos que trabajamos habitualmente en el campo de los procesos de familia, sabemos cómo la "liturgia procesal" agrava frecuentemente la confrontación que ya existía entre las partes, el frío texto de la sentencia apenas resuelve un conflicto complejo por sus importantes perspectivas no jurídicas y sus incumplimientos se suceden casi desde el mismo día en que se dicta.

Ese escaso e indirecto marco jurídico del servicio de mediación cambió tras la publicación de la Ley 1/2009 reguladora de Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

Andalucía y sobre todo con la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, pues la mediación intrajudicial (tanto familiar como civil y mercantil) pasó a integrarse, como institución jurídica de pleno derecho, en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Junto al marco legal/procesal de la mediación intrajudicial, una de las cuestiones que más preocupaba y preocupa a la hora de poner en marcha un servicio de mediación intrajudicial, muy especialmente a los jueces que deciden apoyar este tipo de iniciativas, es la cobertura orgánica que puedan tener. Es decir, cómo se insertan los servicios de mediación y sobre qué base, no sólo procesal, en el funcionamiento de la denominada oficina judicial. A este respecto se han venido siguiendo dos posibles direcciones. En algunos casos se optó por la vía del Convenio de Colaboración entre las instituciones que prestan el servicio y el Consejo General del Poder Judicial. En otros, como en el caso de Málaga se optó por la vía del acuerdo gubernativo por considerarla más ágil y eficaz.

1.2. Funcionamiento del servicio

El funcionamiento del Servicio de Mediación Familiar Intrajudicial de los juzgados de Málaga se desarrolla en las siguientes etapas[1]:

1.2.1. Información de la existencia del servicio

Cuando el conflicto se ha judicializado, un mejor conocimiento de la mediación por las partes litigantes puede favorecerse de diversas formas: facilitando información escrita mediante la entrega de folletos, por medio de soportes audiovisuales divulgativos, etc.

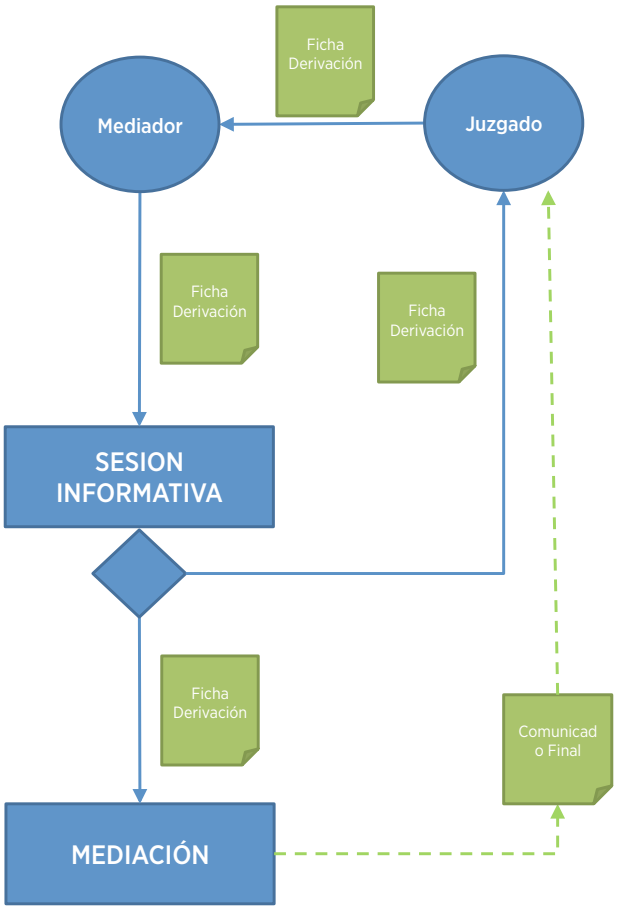
Los juzgados de familia de Málaga informan a todos/as los/as ciudadanos/as que acuden al Juzgado de la existencia del Servicio de Mediación Familiar Intrajudicial por medio de un folleto informativo que se adjunta con la primera notificación que reciben del Juzgado (ver Anexo 1).

1.2.2. Selección de los casos en los que se invita a asistir a la sesión informativa presencial sobre mediación

La experiencia viene demostrando que el instrumento más efectivo para acercar la mediación a quienes acuden al sistema judicial para resolver sus controversias es la que se realiza de forma personal por el propio medidor, o por persona capacitada para ello, mediante la denominada sesión informativa presencial (SIP).

Con carácter previo se realiza por los Jueces una selección de los casos a los que se va a invitar a dicha sesión, existiendo diversos criterios para ello, siendo el que se utiliza en el Juzgados nº 5 el que la pareja tenga hijos menores.

GRÁFICO 1. Protocolo Mediación Intrajudicial



En el juzgado nº 5 esa invitación se realiza generalmente en la fase inicial del proceso y siempre con anterioridad al señalamiento de la primera comparecencia ante el Juez, aprovechando "el tiempo muerto procesal" que suele existir entre la citación al juicio y la efectiva realización de éste.

1.2.3. Sesión Informativa Presencial

En el Servicio de Mediación Familiar Intrajudicial de los Juzgados de Familia de Málaga se han desarrollado en los últimos cuatro años (2010-2013) unas 500 sesiones informativas. Desde esa experiencia percibimos que aunque las partes acuden a una invitación no obligatoria, tenemos que utilizar un discurso y lenguaje que "cale" para "captar la voluntariedad" de las partes, pues observamos que reciben la información en medio de una gran carga, tensión, distanciamiento entre las partes y, a veces, entre letrados; ello requiere que el discurso y lenguaje de la sesión informativa capte la atención y los envuelva para implicarles.

1 Puede verse igualmente un vídeo que recoge el funcionamiento del servicio en Youtube-UNED-La mediación una forma de conciliación.

Hemos observado la necesidad de la presencia del abogado acompañando a su cliente, colaborando. Por ello es importante que perciban, en un mensaje corto pero a su vez rico y claro, qué se le ofrece en la mediación y lo que pueden obtener tanto el letrado como su cliente.

- Aportaciones positivas que tiene la invitación a la S.I.P.:
  - La S.I.P. está justificada por la responsabilidad con los menores: es un momento en que se le hace ver al ciudadano las consecuencias de lo que está sucediendo, de la forma en que están "discutiendo" y como ello afectará a los hijos.
  - La S.I.P. promueve espacios de comunicación y dialogo: Dado que la SIP se realiza en una habitación acondicionada para las exploraciones de menores decorada con un mobiliario infantil, las partes no esperan encontrarse en un entorno que les recuerda a sus hijos.
  - La S.I.P. tiene una función educativa y de aprendizaje al transmitir nueva terminología: coparentalidad, distribución de tiempo, responsabilidad parental, custodia compartida, responsabilidad compartida, derechos-deberes de patria potestad; que generalmente desconocen.
  - La S.I.P. elimina el miedo injustificado de los abogados a la mediación cuando se percibe como una posible competencia desleal o intrusismo profesional. Incluso a veces la S.I.P. sirve como "punto de encuentro" de los letrados para empezar a negociar, pues se conocen en ese momento.
- Las variables de la mediación intrajudicial derivada de la judicialización del conflicto por vía contenciosa (como diferencial frente a una mediación extrajudicial), que aparecen como barreras que hay que solventar, compensar y equilibrar en el propio proceso de mediación y en la SIP serían:
  - Es fundamental tener en cuenta las expectativas previas que cada una de las partes se ha elaborado respecto al proceso.
  - Los prejuicios respecto a la toma de decisiones por los propios ciudadanos (auto-composición) frente a la sobrevaloración de la decisión judicial como mejor solución (heterocomposición).
  - Elaboración previa de una estrategia procesal por parte de letrado, reafirmando la posición cerrada de su cliente.
  - Intentos previos de negociación letrada, alargados en el tiempo, llegando el conflicto con los protagonistas excesivamente enconados, posicionados y con necesidad urgente de una solución "impositiva".
  - Temor a perder poder si ceden.
  - La existencia de un nivel de desgaste e insatisfacción previo desigual
  - Descompensación de una de las partes entre lo solicitado judicialmente a través de un posicionamiento inicial y lo que realmente quiere o puede, aumentando el distanciamiento y desconfianza entre las partes.
  - Sobrevaloración de su propia situación, proponiendo soluciones unilaterales exclusivas.
  - Nivel de enfrentamiento previo alto, chantaje y utilización del sistema judicial como "amenaza"
  - La mediación requiere que se desarrolle en "su tiempo" y ello no siempre es posible procesalmente. La gran resistencia inicial de estos conflictos judicializados requiere tiempo para "moverlos", tiempo que en ocasiones las partes no dan, responsabilizando a la mediación del fracaso.
- Importancia de la colaboración de los abogados a la hora de aceptar acudir a mediación.

En la SIP nos hemos encontrado abogados que puede ser: colaborativos, escépticos, obstructores, instigadores, negativos, directivos, competitivos, autoritarios, desconfiados, negociadores, pasivos, conciliadores, comprometidos... Y como mediadores tenemos que aceptarlos y buscar dar información para que adquieran un compromiso con su cliente.

Los abogados son habitualmente los primeros profesionales con los que contactan las personas que quieren separarse, y por lo tanto son los que deben cuestionarse si la mediación tiene ventajas, deben de reflexionar sobre lo que supone frente a una separación contenciosa para sus clientes, siendo un eslabón muy importante de información acerca de este recurso, para tratar de favorecer una cultura de mediación. Cada vez más abogados perciben y detectan que la mediación en los procesos judiciales hace que éstos sean menos conflictivos, que no les afecta en sus tarifas, incluso que se van a ver beneficiados al acortarse los procesos y adelantarse el cobro de honorarios. Se observa que, al acudir a la SIP los letrados, vamos sembrando dinámicas positivas que les generan necesidad de cambiar estrategias profesionales y pasar de una actitud litigiosa a una actitud negociadora y colaborativa.

1.2.4. Derivación/devolución de los asuntos en los que se ha realizado sesión informativa presencial

De la citación a la sesión informativa pueden resultar varias posibilidades:

- Que la pareja no asista a la sesión informativa o no lo haga uno de ellos. En este caso no se les cita otra vez a salvo que lo pidan ambos.
- Que la pareja asista, sea informada y no acepte acudir al Servicio de mediación externo. En este caso continúa el proceso sin que al juzgado deba constarle las razones de no aceptar ni cuál de los dos fue el que no quiso la derivación.

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

- Que la pareja acepte acudir a mediación. Si las partes optasen por acudir a mediación, se deriva a la pareja a algunas de las asociaciones que prestan el servicio externo donde se desarrollan las sesiones de mediación. La derivación se realiza en el acto por quien efectúa la sesión informativa remitiendo la correspondiente ficha de derivación, donde constan los datos necesarios y dejando igualmente constancia en los autos de dicha derivación mediante la ficha que se une a éstos (ver Anexo 2).

Si se pide la suspensión del curso de los autos conforme a lo previsto en el artículo 770-7ª de la LEC, se acordará así por el plazo previsto en el artículo 19-4 de la LEC (máximo sesenta días).

Cabe la posibilidad también de que se efectúe la derivación a medición sin suspensión de curso de los autos. Por ejemplo, porque las partes no deseen paralizar el procedimiento y exista plazo suficiente para practicar las sesiones de mediación entre la citación a juicio y la celebración de la vista correspondiente.

Finalizada la intervención mediadora con acuerdo total, parcial o sin acuerdo, la asociación comunica al Juzgado dicho extremo, entregando a las partes el acuerdo mediacional alcanzado (total o parcial) y remitiendo al Juzgado una ficha a efectos de constancia (ver Anexo 3).

Si no se ha alcanzado acuerdo en la mediación y se suspendió el curso de los autos, se alza dicha suspensión del proceso a petición de cualquiera de las partes, reanudándose en el trámite en que se encontraba. Estos asuntos tienen prioridad en los señalamientos a fin de compensar la demora que el intento mediacional haya podido generar. Si no hubo suspensión, se estará al señalamiento realizado en su momento y no será necesaria ninguna actuación judicial.

Si el acuerdo ha sido parcial las partes lo ponen de manifiesto al Juzgado, reanudándose el proceso contencioso respecto a las cuestiones no consensuadas en la forma expuesta en el párrafo anterior.

Si el acuerdo ha sido total deberán las partes presentar escrito solicitando el cambio de procedimiento a consensual (art. 770-5ª. LEC) acompañando el correspondiente convenio regulador previsto en los artículos 90 del Código Civil y 777-2. de la LEC y en su caso el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar, continuándose la tramitación conforme a lo dispuesto en este precepto.

2. Datos estadísticos

En los siguientes cuadros estadísticos puede observarse la evolución de los casos atendidos en el Servicio en sus distintas fases: Invitaciones a la sesión informativa presencial, sesiones informativas realizadas, casos derivados a mediación y acuerdos alcanzados en la mediación.

3. Seguimiento procesal de los casos derivados al servicio

Del examen de las estadísticas anteriores puede constatarse que el número de casos finalizados con acuerdo no es muy importante en relación al total de las parejas respecto a las que se ha intervenido. Esa realidad, puesta en relación con la satisfacción generalizada que expresan los usuarios sobre el funcionamiento y utilidad del Servicio de mediación, nos hizo plantearnos la necesidad de analizar más en profundidad por qué la intervención del mediador sólo en contadas ocasiones finaliza con el acuerdo de las partes. Sospechábamos que podría estar ocurriendo un fenómeno de "distorsión" del trabajo/resultado del mediador, no reflejando la estadística, que recogía solamente el resultado acuerdo/no acuerdo, el verdadero resultado del proceso mediacional. O dicho con otras palabras, quizás el trabajo realizado por el mediador durante las sesiones de mediación "fructificaba" una vez finalizada la mediación (en teoría sin acuerdo) y por tanto no quedaba reflejado en la estadística. Detectar ese éxito "oculto" nos parecía fundamental para poner en valor el trabajo mediacional y visualizar sus auténticos resultados.

Con ese objetivo se realizó un examen detallado de todos los procesos judiciales en los que se había realizado alguna actividad mediacional por el Servicio de Mediación durante los años 2010, 2011, 2012 y 2013 en el Juzgado nº 5 (el cuadro siguiente corresponde a 2013) consistente en ver cómo había finalizado cada uno de los procesos respecto a las siguientes variables:

- Sin acuerdo y por tanto con sentencia impositiva respecto a todas las medidas personales y patrimoniales.
- Con acuerdo parcial sobre alguna o algunas de las medidas.
- Con acuerdo total, incluyendo en este último supuesto tanto los procesos transformados de contenciosos a mutuo acuerdo (artículo 770-5ª de la LEC) como aquellos en los que, aún finalizando en forma contenciosa, la sentencia recoge que hay acuerdo entre las partes respecto a las medidas definitivas a adoptar.

Del examen de los resultados obtenidos en ese estudio hemos constatado:

- Que la inserción de la mediación en el litigio genera evidentes "efectos" procesales. Aunque un análisis más riguroso debería conllevar la comparación de esos resultados con los arrojados en otros procesos en los que no ha existido mediación (en ninguna de sus fases), el porcentaje de acuerdos parciales o totales resulta lo suficientemente relevante como para poder realizar esta afirmación.
- Que la sola información sobre la mediación y sus ventajas, bien mediante folletos, soportes audiovisuales o la realización de la sesión informativa presencial, ya genera un claro efecto de favorecer el acuerdo en el proceso.

TABLA 1. Datos estadísticos totales

JUZGADOS DE 1ª Instancia (Familia)	2012	2011	2012	2013
En trámite a inicio de AÑO	10	15	16	20
Citados a sesión informativa	202	240	284	359
No acuden a S.I.	51	58	54	86
Acude una parte a S.I.	0	30	54	49
Acuden ambos a S.I.	151	152	192	224
Tras S.I. son DERIVADOS a Mediación	92	103	120	117
Finalizados con acuerdo en mediación	32	30	35	52
En trámite a final de año	10	15	20	24
TOTAL tramitados	**212**	**255**	**300**	**379**

TABLA 2. Datos estadísticos 2013

JUZGADOS DE 1ª Instancia (Familia)	TOT.	Juz.nº5	Juz.nº6	Juz. nº16
En trámite a inicio 2013	20	8	9	3
Citados a sesión informativa 2013	359	208	103	48
No acuden a S.I ninguno	86	63	17	6
Se da S.I. a una parte	49	28	19	2
Se da S.I. a ambos	224	117	67	40
Tras S.I. son DERIVADOS a Mediación	117	62	30	25
Finalizados con acuerdo en mediación	52	33	9	10
En trámite a final de 2013	24	10	6	8
TOTAL tramitados en 2013	**379**	**218**	**112**	**51**

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

TABLA 3. Efectos procesales de los procedimientos derivados a mediación 2013

<table>
<tr><td rowspan="12">Sesiones informativas
TOTAL 203</td><td colspan="2" rowspan="5">No se realizan Sesiones Informativas</td><td rowspan="4">Finalizados
52
(100 %)</td><td>Con acuerdo total
28 (54 %)</td></tr>
<tr><td>Con acuerdo parcial
6 (12 %)</td></tr>
<tr><td>Sin acuerdo 7</td></tr>
<tr><td>Otros 11</td></tr>
<tr><td colspan="2">En trámite 11</td></tr>
<tr><td rowspan="7">Sesión Informativa
Realizadas
140</td><td rowspan="4">No derivados a
Servicios Externos de
Mediación</td><td rowspan="4">Finalizados
61
(100 %)</td><td>Con acuerdo total
28 (46 %)</td></tr>
<tr><td>Con acuerdo parcial
13 (21 %)</td></tr>
<tr><td>Sin acuerdo 16</td></tr>
<tr><td>Otros 4</td></tr>
<tr><td colspan="2">En trámite 17</td></tr>
<tr><td rowspan="3">Derivados a Mediación
62</td><td rowspan="4">Finalizados
45
(100 %)</td><td>Con acuerdo total
22 (49 %)</td></tr>
<tr><td>Con acuerdo parcial
15 (33 %)</td></tr>
<tr><td>Sin acuerdo 7</td></tr>
<tr><td>Otros 1</td></tr>
<tr><td colspan="2">En trámite 17</td></tr>
</table>

Finalizados Procesal	Sin acuerdo	Con acuerdo total	Con acuerdo parcial
142 (100 %)	30	78 (55%)	34 (24%)

En ese sentido parece reforzarse la idea de que la mediación puede contribuir a que se inicie o se desbloquee una "negociación" premediacional entre las partes, muy especialmente cuando a la sesión informativa presencial asisten los letrados respectivos.

- El importante número de asuntos que una vez finalizadas las sesiones de mediación sin acuerdo se transforman en procesos consensuales o con acuerdo total entre las partes, podría estar poniendo de relevancia una cierta "resistencia" a la firma del acuerdo de mediación en presencia del mediador; es decir que pese a existir realmente un acuerdo éste no se quiere documentar dentro del proceso de mediación y se prefiere plasmarlo en el propio proceso judicial, bien mediante un convenio regulador o mediante una transacción judicial en la propia vista del juicio. Quizás en esta "disfunción" de la mediación incida de forma relevante que nos encontramos en el campo de la mediación intrajudicial, donde la presencia del letrado resulta muchas veces determinante y especialmente su voluntad de no perder "el control" del proceso.
- De todo lo anterior se infiere que efectivamente y como sospechábamos, existen unos resultados de la mediación (más allá del que se logra por la transformación y mejora de las relaciones interpersonales) que no aparecen en las estadísticas habituales que suelen poner el foco en el número de acuerdos alcanzados y plasmados en el acuerdo final de mediación. Igualmente que un gran parte del éxito del trabajo del mediador queda oculto bajo el epígrafe estadístico de "sin acuerdo", cuando realmente ese acuerdo ha existido y se constata en el propio proceso donde se inserta la mediación. Utilizando también una terminología coloquial, podríamos decir que la semilla que planta el mediador fructifica no en su propia maceta sino en otra.
- Finalmente, sería necesario que al menos en el ámbito de la mediación intrajudicial, las estadísticas o los estudios sobre la incidencia de la mediación, reflejasen de alguna forma esta variable, pues sólo así se puede realizar una valoración precisa de la incidencia de la mediación familiar intrajudicial en los procesos judiciales donde se inserta.

4. A modo de conclusiones finales

De los trece años de funcionamiento del Servicio de mediación intrajudicial de los Juzgados de Familia de Málaga, pueden extraerse algunas conclusiones:

La mediación familiar intrajudicial es imprescindible para poder dar una respuesta de calidad a los conflictos familiares. En ese sentido, el que existan Juzgados donde se ofrecen este tipo de servicios y otros no, da lugar a una grave discriminación al privar a muchas parejas de tener acceso a este tipo de servicios y en definitiva a otra forma de gestionar su conflicto familiar.

La valoración del éxito de la mediación familiar intrajudicial debe ir más allá de constatar el número de acuerdos alcanzados. La mejora de las relaciones interpersonales por la disminución del nivel del conflicto y los importantes movimientos procesales "pro acuerdo" que se generan en los litigios donde se inserta la mediación, justifican la eficacia de la misma en los conflictos familiares judicializados se alcance o no acuerdos.

El carácter intrajudicial de este tipo de mediación, la dota de unas características singulares que deberían conllevar una formación especializada en el mediador, sobre todo en lo relativo al conocimiento de la dinámica procesal y a los efectos de los acuerdos mediados.

Según los datos estadísticos facilitados por la Asociación Solucion@, la media de las sesiones en una mediación de este tipo oscila entre 4 y 6. Ello supone que por duración y posible coste, la mediación intrajudicial es claramente más rápida y más barata que cualquier proceso judicial.

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

EXTENDED SUMMARY

The in-court family mediation service of the malaga family court

José Luis Utrera Gutiérrez* and María Ángeles Peña Yáñez**
*Family Judge in Malaga. Member of GEMME Spain, European Group of Judges for Mediation
josel.utrera.ius@juntadeandalucia.es
**Psychologist and Mediator. Psychologist and member of the Team of Experts in the Malaga Court
Received: 12/03/2014
Accepted: 27/03/2014

ABSTRACT: This article describes the In-Court Family Mediation Service of the Malaga Family Court since it was created in 2000 to date, and how the Court has evolved over the last 14 years. Some of the aspects contained in this article are: the Court's articulation within the a Programme set up to improve the judicial management of family conflicts; the legal and organic coverage of this kind of services in Family Courts; its structure; and the results obtained. Analysing this experience shows that using mediation in family processes always generates positives results for the judicial system and for the concerned parties, regardless of the fact that agreements are achieved or not.
Key Words: In-court Mediation, Family Conflict, Family Court, Statistics, Experience.

This article addresses, first, the importance of legalised family conflicts and the need to provide a quality response to these conflicts by the legal system. The authors detail the initiatives started by the Family Court 5 in Malaga to meet this goal, and how there are grouped in a larger programme that received in 2010 the Justice Quality Award of the General Council of the Judiciary. One of the initiatives proposed that was implemented is the creation of the In-court Family Mediation Service this article refers to.

This section describes how the Malaga In-court Family Mediation Services works since it was created in 2000 to date, and how it evolved in the last 14 years. The legal framework of this kind of services is dealt with from a procedural point of view and the organic point of view so that its implementation has an appropriate legal coverage, underlying the importance of passing Act 5/ 2012 on the Mediation in Civil and Commercial Maters. The topics covered are: how information about the Service is spread, and how selection is made of the cases to which an informative on site meeting invitation is made, before making an analysis of the vast experience of dealing with over 500 these informative on site meetings.

An informative on site meeting is a key element in the service that is used to inform about the mediation and its advantages, and where other relevant topics are addressed

- The informative on site meeting is justified by the accountability towards children: it is a moment in which citizens see the consequences of what is happening, the way they are "discussing" and how this affects their children.
- The informative on site meeting is considered a space for communication and dialogue: given that the informative on site meeting is conducted in a room prepared for the intervention with children, decorated with child furniture, the parties do not expect to meet in an environment that reminds them of their children.
- The informative on site meeting has an educational and learning function as new terminology is transmitted: co-parenthood, time distribution, parental accountability, joint custody, shared responsibility, rights and obligations of the parental authority, which are normally not known by them.
- The informative on site meeting eliminates the unjustified fear of mediation lawyers have when it is perceived as possible unfair competition or as professional encroachment. Often informative on site meetings can be used as a "meeting point" for legal counsellors to start negotiating, as they meet for the first time at that moment.

Special attention is given to the variables proper to in-court mediation detected in an informative on site meeting in the framework of the mediation and there is an attempt to compensate or balance them during the mediation process itself:

- The previous expectations each party had concerning the process.
- Biases concerning decisions made by the citizens themselves (consensual process) versus the overvaluing of the judicial decision as a preferred solution (non-consensual process).
- Previous creation of procedural strategy by the lawyer, reaffirming the fixed position of his client.
- Previous attempts of negotiation by the lawyers that prolong in time, leading to excessively hard conflicts between the parties, holding to positions and with an urgent need to find an "imposition" solution.
- Fear to lose if they give things up.
- The existence of a certain degree of previous uneven burn-out and unpleasantness.
- Unbalance of one of the parties between what is judicially requested in an initial position and what the party really wants or can do, which increases the gap and mistrust between the parties.

- Overvaluing one's own situation, exclusively proposing unilateral solutions.
- High level of previous confrontation, blackmail and use of the judicial system as a "threat".
- Mediation requires to be developed in "its own time" which is not always procedurally possible. The strong initial resistance of these legalised conflicts need time to "move", time that is not always given by the parties who blame mediation for this failure.
- The previous expectations each party has created concerning the process.

To conclude with informative on site meetings it is worth noting that the collaboration of lawyers to use mediation is important as they are normally the first person to be contacted by those who want to separate. At informative on site meetings we have encountered all kinds of lawyers: collaborative, sceptical, spoiling, instigating, negative, directive, competitive, authoritarian, mistrusting, negotiator, passive, conciliating, committed. However, an increasing number of lawyers perceive and detect that mediation in judicial processes make these to be less conflictive, that their fees are not affected and that it is beneficial for them as processes are shorter and their fees are paid earlier.

The first section of the articles ends with an explanation of how issues in which an informative on site meeting was offered are referred/returned, according to the different hypothesis that might occur: the couple does not attend the informative on site meeting, the couple attends but does not want to use mediation, or the couple attends, accepts mediation and once it ends no agreement was reached or a total or partial agreement was reached. In the latter cases, the article explains how the family mediation process is articulated depending on the fact that the process was suspended or not and if the process is in the depositional phase (before a decision is made) or in the implementation phase.

In the second section of the article, the most relevant statistical data of the Service of the years 2010-2013 are presented: subpoenas to informative on site meetings, the number of couples that attended, issues referred to mediators associations, and the number of agreements reached. A second table presents the survey carried out on the procedural effects of the mediation activities conducted at the Service, and verification is made of how this activity generates favourable procedural "effects" in the mutual agreement or partial agreement cases. Also, it is explained that part of the mediator's work success is hidden behind the statistical item called "no agreement" when actually an agreement is reached and it is included in the process itself where the mediation is integrated. Using colloquial terms, we could say that the seed the mediator sows blooms not in his own garden by in someone else's.

The article ends pinpointing that the following conclusions can be drawn from the experience gained:

- Only information about mediation and its advantages, using brochures, audiovisual material and conduction the informative on site meeting, generates a clear favourable effect in the process. In this connection, the idea is reinforced that mediation can contribute to initiate or unblock a "negotiation" outside the mediation between the parties, especially when the informative on site meeting is attended by the respective legal counsellors.
- The important number of issues that become consensual processes or total agreement between the parties is an indication that there is a certain "resistance" to sign the mediation agreement before the mediator.
- According to the above, and as we suspected, we can see that some of the results of the mediation (beyond the result achieved because of the transformation and improvement in interpersonal relations) are not reflected in usual statistics, as these are normally focused on the agreements that were reached.
- It would be necessary that at least in the field of in-court mediation, statistics or studies on the impact of mediation should somehow reflect this variable.
- In-court family mediations are indispensable to be able to give a quality response to family conflicts.
- Assessing the success of the in-court family mediation must go beyond counting the number of agreements reached.
- The in-court nature of this kind of mediation provides it with special characteristics that imply specialised training of mediators.

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

ANEXO 1.

Servicio de Mediación Familiar Intrajudicial

Qué es

La mediación es una forma de ayudar a la pareja a que propongan ellos mismos acuerdos sobre su separación, ajustados a sus necesidades y las de sus hijos con la intervención de un profesional imparcial.

Para qué sirve

- Para ayudar a disminuir los conflictos y tensiones que se producen en las separaciones y divorcios que les impiden a los padres tomar decisiones de forma responsable en beneficio de sus hijos.
- Para facilitar la tramitación de los procesos de separación y divorcio por vía consensual (de mutuo acuerdo) y no de forma contenciosa (sin acuerdo).

Que ventajas tiene la separación consensual frente a la contenciosa

Para los adultos

- Se disminuye la ansiedad, no se busca un culpable
- Se evitan las discusiones y conflictos entre la pareja.
- Se agiliza el proceso judicial.
- Disminuye el coste económico.
- Hay menos incumplimientos de la sentecia.
- Se responsabilizan los padres en la toma de decisiones.

Para los hijos

- Presencian menos conflictos entre sus padres.
- Se les evita sufrimiento emocional, inseguridades, sentimientos de culpa.
- No tienen que decidir sobre uno de los padres.
- Se garantiza su derecho y necesidad de tener a ambos padres.

Cómo funciona la Mediación Familiar Intrajudicial

Quien realiza la mediación

Es un servicio ofrecido por los Juzgados de Familia de Málaga, mediante profesionales expertos en mediación y conflictos de familia, adscritos a los Juzgados de Familia.

Quien puede solicitarlo

El programa de Mediación se abre a cualquier persona que:

- Haya iniciado un procedimiento judicial.
- Voluntariamente solicite el servicio.
- No tiene que renunciar a su letrado, pues continua con el asesoramiento del mismo.

Requisitos

- Aceptación del procedimiento de mediación por ambas partes y paralización del procedimiento contencioso.
- Las partes deberán aceptar directrices del mediador, confidencialidad de la información, cooperación y respeto mutuo.
- Finaliza con un Convenio Regulador redactado por el/los abogados que se aportará al procedimiento judicial, donde queden reflejados los acuerdos ajustados a su separación y a las necesidades de sus hijos.

ANEXO2. Ficha derivación mediación intrajudicial

A rellenar por el Juzgado derivante

Juzgado 1ª Instancia nº _____
Procedimiento _____
Estado procesal _____
Autos _____

Identificación de partes

Apellidos _____
Nombre _____
DNI _____
Tlf _____
Abogado/da _____
Tlf _____

Apellidos _____
Nombre _____
D.N.I. _____
Tlf _____
Abogado/da _____
Tlf _____

A rellenar por el Servicio de Mediación

Fecha sesión
Técnico interviniente
Sesión informativa

1. Con letrados y partes
2. Solo con las partes

Conocen el servicio de mediación:

- Por derivación directa del Juzgado
  - Emplazamiento - Vista - Ejecución - Otros
- A través de su abogado
- A través de otros (experiencia anterior, amigos...)

Deciden iniciar las sesiones de mediación tras recibir información

1. SI, poniéndose en marcha las gestiones para llevarlo a cabo ACORDANDO que se realice con el Mediador _____ o en el Servicio _____
2. No desean iniciar la Mediación, solicitando que continúe el proceso judicial
3. Motivos por los que no desean mediación: pérdida de tiempo, inseguridad, falta de confianza, miedo, desconoce el alcance de la confidencialidad,_____

Confidencialidad

Conforme la L.O.15/99, de 13de diciembre, de Protección de Datos de Carácter personal, y demás legislación vigente en la materia, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios del servicio al que se derivan.

ANEXO 3. Comunicación al juzgado de finalización proceso mediación intrajudicial

Fecha derivación _____
Fecha finalización _____
Juzgado de procedencia:_____

Nº autos _____
Tipo Procedimiento _____
Servicio de mediación_____
Identificación mediador_____
Identificación partes_____
Nº sesiones_____
Fecha firma acta final mediación _____

Modo de finalización

- Acuerdo:
  - Total
  - Parcial
- No acuerdo

Motivo porque finaliza

- Voluntad de una parte
- Voluntad de ambas partes
- Decisión del mediador motivada
  - Renuncia (motivo recusación,...)
  - Incumplimiento reglas mediación
  - Otras
- -Incomparecencia:
  - Una parte
  - Ambas partes

Observaciones

Confidencialidad

Conforme la L.O.15/99, de 13de diciembre, de Protección de Datos de Carácter personal, y demás legislación vigente en la materia, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios del servicio al que se derivan.

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

APERTURAS OPENNESS

Un cambio de foco: de mediar el problema a mediar el momento. Uso de la intuición como guía

Shifting the focus from mediating the problem to mediating the moment. Using intuition as a guide

Greg Rooney* y Margaret Ross**
Mediadores y abogados
* Radbone Chambers - Mount George (South Australia). gregrooney@bigpond.com
** Campbell Chambers - Adelaide (South Australia). mross@campbellchambers.com.au

Manuscrito recibido: 19/02/2014
Manuscrito aceptado: 15/03/2014

RESUMEN: Una de las herramientas más potentes que puede emplear un mediador es el trabajo con las partes en el aquí y ahora de las sesiones conjuntas. Aunque esto puede generar incertidumbre y la impredecibilidad, ofrece grandes recompensas al mediador experimentado. Requiere que el mediador esté cómodo con la incertidumbre del momento. La capacidad de dejarse sorprender y ser capaz de actuar como modelo para las partes en el cambio de foco "del problema" para dar más espacio a nuevas ideas y a opciones originales. Este artículo explora una serie de cuestiones entre las que se incluyen la intuición del mediador, el desapego de nuestros recuerdos, deseos y de la necesidad de entender, el tercero analítico y mediador como irritante.

ABSTRACT: One of the most powerful tools that a mediator can use is to work with the parties in the here and now of the joint session. While this can create uncertainty and unpredictability it does offer rich rewards for the experienced mediator. It requires the mediator to be comfortable with the uncertainty of the moment. The ability to be surprised and to be able to act as a role model for the parties in moving the focus away from 'the problem' in order to give space for new ideas and fresh options. This paper will explore a number of issues including mediator intuition, detaching from our memories, desires and the need to understand, the analytic third and the mediator as an irritant.

Palabras clave: mediación, intuición, tercero analítico, suspensión, experiencia.

Key words: mediation, intuition, analytic third, suspension, expertise.

El presente artículo es una traducción de Marcelo Rodríguez Rivollier para Revista de Mediación, a quien pertenecen los derechos de la misma. Puede acceder a la versión original en inglés en: Rooney, Greg and Ross, Margaret, Shifting the Focus from Mediating the Problem to Mediating the Moment - Using Intuition as a Guide (1 de septiembre de 2012). Disponible en SSRN: http://ssrn.com/abstract=2140220 o http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2140220

Conocimiento, pensamiento y estado de ensoñación

Es nuestra capacidad de pensar lo que nos hace mediadores, abogados o científicos sociales y no nuestro conocimiento adquirido de un tema o campo. Aunque la adquisición de conocimientos es un primer paso importante para un profesional novel no es eso lo que nos hacer ser un profesional.

La práctica profesional implica un encuentro real con otro ser humano en el aquí y ahora del entorno profesional. Cómo se piense cada momento es el motor de ese encuentro. La aplicación de un conocimiento abstracto es solamente un subproducto.

El encuentro profesional tiene que ser real, novedoso y único para cada momento. La mediación, el derecho y las ciencias sociales han de ser recreados continuamente por el profesional, y seguir siendo recreados durante cada momento del encuentro profesional.

El conocimiento técnico de una profesión en particular o su campo de acción es un conocimiento estático y aislado del aquí y ahora de la experiencia personal. Por ello, uno tiene que superar continuamente ese conocimiento para poder ser capaz de entrar en el aquí y ahora del momento. Thomas Ogden se refiere a este proceso en el contexto de la psicoterapia psicoanalítica. Y afirma:

"... El aprendizaje analítico se da en dos fases. Primero, aprendemos los procedimientos analíticos, por ejemplo, cómo concebir, crear y mantener el marco analítico; cómo hablar con el paciente sobre lo que sentimos que puede ser el perfil de la ansiedad del paciente en la transferencia; cómo hacer uso analítico de nuestra experiencia de ensoñación y otras manifestaciones de la contratransferencia. Luego, intentamos aprender cómo superar lo que hemos aprendido para poder ser libres y crear un nuevo psicoanálisis con cada paciente. Estas "fases" son de alguna manera secuenciales en el sentido de que tenemos que saber algo antes de olvidarlo/superarlo. Pero por otra parte, y concretamente después de haber llevado a cabo una formación analítica formal, seguimos permanentemente en el proceso de aprender a superar lo que hemos aprendido". (Ogden, 1994).

Parte del motor que sustenta la adquisición del conocimiento es el deseo de querer entender lo que está ocurriendo y por qué. A primera vista, esto parece ser una consecuencia natural del estudio y la investigación de una profesión o campo. Bion (1981) nos advierte sobre el hecho de desarrollar un apego a la necesidad de entender porque éste puede inhibir al profesional para estar atento y totalmente presente en el aquí y ahora del momento. Sugiere que debemos experimentar algo antes de desarrollar un conocimiento. La experiencia, afirma, precede al pensamiento. Puesto que la experiencia está impregnada de incertidumbre, la necesidad de entender lo que va a ocurrir y la necesidad imperiosa de intentar aclarar dicha incertidumbre impiden la conexión con la experiencia que se está desplegando. Aboga por una calidad mental abierta y receptiva a lo desconocido (Bion, 1981).

Superar nuestro conocimiento es sólo el primer paso. Tenemos que superar igualmente los pensamientos que obtenemos de nuestros propios prejuicios. Estos prejuicios son un subproducto del intento de nuestra mente racional de darle sentido al mundo basándonos en nuestras experiencias de vida hasta la fecha. Y entre ellos están las respuestas emocionales que obtenemos de nuestros recuerdos y deseos (Bion, 1981).

El problema con nuestros recuerdos y deseos es que nos pueden bloquear la receptividad a lo que viene y a lo que nos es desconocido en el presente. Estos prejuicios tienen que quedar aislados de nuestros procesos mentales para que el profesional "experimente la experiencia" del encuentro verdaderamente.

Experimentar la experiencia

El núcleo central del proceso de mediación es experimentar la experiencia. Una reunión de mediación estructurada se diseña con el fin de proporcionar un lugar seguro para que las partes experimenten algo que esperan les haga avanzar.

Algunas veces se asume que existe una verdad que el mediador puede buscar y descubrir. Bion (1970) afirma que no hay una verdad que se desvela sino un movimiento hacia una verdad sin realizar. Hay una diferencia sutil pero importante entre estas dos formas de pensar. Esto se debe a que la experiencia se da primero, y luego viene el pensamiento asociado a ella. Si invertimos ese orden y dirigimos nuestros pensamientos hacia la búsqueda de una respuesta antes de la experiencia el enfoque mental impedirá o revertirá el entendimiento a medida que éste se despliega en cada momento.

Un ejemplo de permitir que el pensamiento preceda a la experiencia es la formulación de una hipótesis previa a la mediación. Se trata, en este caso, de un ejemplo de una actitud mental basada en la creencia de que existe una respuesta o verdad que sólo el mediador puede descubrir. El problema con esta actitud mental es que el momento en el que fijamos nuestra atención en nuestra hipótesis empezamos, automáticamente, un proceso de selección por el que aceptamos algunos puntos y descartamos otros. Como indica Freud es precisamente esto lo que no hay que hacer. Freud defiende el mantener e incluso suspender la atención, sin fijarla en ningún punto. Sostiene que si empezamos a hacer caso a nuestras expectativas (hipótesis) corremos el peligro de no descubrir nunca nada sino lo que ya sabemos (Freud, 1912/1981).

El profesional se tiene que seguir preparando antes de la sesión e incluso llevar a cabo una investigación y una lectura de la información o notas del caso. Sin embargo, ha de existir una resistencia consciente a formular cualquier conclusión. El obje-

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

tivo es cambiar el foco mental de buscar "la verdad" o la "respuesta correcta" a permitir que se despliegue lo desconocido. Esto último es mucho más difícil pero abre la puerta a que se dé una conexión y experiencia real entre el mediador y las partes.

Se nos sugiere que aceptemos el misterio y la incerteza del encuentro que se producirá. Que nos permitamos dejarnos sorprender por lo que al final se producirá. De esta forma, no sólo expandimos nuestra concienciación mental sino que también nos convertimos en modelo para que las partes tengan apertura de pensamiento. Esta apertura forma luego el sitio seguro que proporciona la mediación para aquellas personas que están confundidas y en medio de un conflicto.

Pensamiento cero

Entonces, ¿qué estado mental tiene que tener y demostrar a las partes el mediador para que todos, incluso el mediador, aprendan de la experiencia de la mediación? Wilfred Bion habla de un estado mental de apertura y receptividad a lo desconocido. Se refiere a él hablando de un estado de ensoñación que ha descrito como una suerte de vacío mental, un infinito informe y un perfecto espacio en blanco. Esto se ha dado en llamar también pensamiento cero (Bion, 1970). Es un espacio en el que el profesional no se ve afectado por sus recuerdos y deseos y en el que hay una atención general que se presta al momento presente.

Estos conceptos aparecen también en las doctrinas budista y taoísta. El zen lo llama "mente sin conocimiento" o "no mente" (*wu-shin*). El concepto de atención de Bion se puede comparar con la conciencia plena, un factor fundamental de la meditación budista. El común denominador entre la visión de Bion y la visión budista de desarrollo de la mente es que en ambos sistemas de pensamiento el crecimiento mental es sinónimo de aprendizaje a partir de la experiencia (Pelled, 2007).

El prisma profesional

Lo que distingue a un mediador, un abogado y un sociólogo es el prisma a través del cual piensan. Este prisma es un constructo del pensamiento sustantivo y de la formación práctica en los campos respectivos de la mediación, las leyes y las ciencias sociales. Estos prismas enmarcan el aquí y ahora de un encuentro profesional relevante.

No obstante, algunos abogados y científicos sociales tienden a ver la mediación a través del prisma legal o terapéutico. Se trata a menudo del resultado de un temor a desprenderse de parte de la comodidad que han desarrollado a lo largo de su vida profesional. John Haynes considera que esto es un problema y defiende que sólo se utilice el prisma de la mediación (Haynes y Charlesworth, 1996).

Estos prismas profesionales se entremezclan con nuestros sesgos históricos y con la necesidad de preparar e intentar predecir lo que probablemente ocurra y el por qué se producirá. Superando todo apego que tengamos a estas necesidades y sesgos podremos llegar al estado mental de ensoñación profesional que permite al profesional estar abierto a lo nuevo e inesperado. Esto abre la puerta a experimentar por completo la experiencia de las partes y nuestra propia experiencia. Sólo entonces tendrán sentido los acontecimientos que acaban de ocurrir. Como afirma Freud, "*No se debe olvidar que lo que uno oye es en gran parte algo cuyo significado solo se reconoce más tarde"* (Freud, 1912/1981).

Experiencia y conocimiento

Hay un considerable corpus de investigación extraído de la literatura especializada que sugiere que los expertos no se comportan necesariamente según las convenciones de su campo de trabajo o "siguiendo un guión" (Wilson, 2011).Esta idea sugiere que los expertos no están limitados por los límites imperantes de la sabiduría profesional, el conocimiento y la práctica.

Se define a un experto como una persona sujeta a un "aprendizaje constante". La mayor parte de esta investigación se basa en observaciones hechas por negociadores de rehenes, bomberos y otras personas que tienen que abordar situaciones muy rápidas y volátiles. Estas exigen flexibilidad y capacidad de adaptarse y responder al aquí y ahora del momento. Esto incluye la adaptación a procesos estándares para responder a una situación concreta, y a veces, realizar intervenciones no convencionales de forma imprevista.

La capacidad de regurgitar con exactitud conocimiento no es suficiente de por si para crear experiencia. La práctica de los expertos requiere ir más allá del conocimiento y aceptar el arte de operar en la "zona de pensamiento cero" o en estado de ensoñación profesional. Esta ensoñación está enraizada en el aquí y ahora del presente y en el concepto de tiempo y espacio que ocupamos todos. Conecta la práctica profesional con el aquí y ahora del momento.

El cómo pensamos afecta al cómo nos comportamos como profesionales y qué influencia ejercemos sobre las partes, los clientes o nuestros pacientes. Tiene implicaciones significativas con relación a cuestiones como el "uso del yo" y la intuición en relación con cuestiones de la práctica. Influye en la integridad y la presencia del mediador, el abogado y los científicos sociales. Cuestiona igualmente el concepto ilusorio de que podemos ser, de alguna manera, imparciales o neutrales.

Para los mediadores nuestro proceso de pensamiento define nuestra práctica profesional. Sin embargo, uno de los mayores inhibidores de la capacidad de pensar se da cuando hay una cantidad limitada de tiempo y espacio. A menudo las partes y sus abogados presionan para que se encuentre una solución rápida y que se condensen los encuentros yendo directamente a la base del problema mediante una negociación exprés.

La filosofía que subyace al proceso de mediación facilitadora es crear tiempo y espacio suficientes para que el proceso de pensamiento y la ensoñación profesional se desarrollen en primer lugar en el mediador y luego, por inducción, se espera que también en las partes. El primer paso importante es cambiar el foco de atención de lo que se llama problema y partes y su relación conflictiva.

Crear el tiempo y el espacio para cambiar el foco del "problema" a la relación entre las partes

Lo que es común a todas las mediaciones es el tiempo. Tiempo es, por tanto, lo que proporcionan los mediadores. Es la moneda de cambio de los mediadores.

Cómo estructuran los mediadores el tiempo define al mediador y el proceso de mediación que se aplica. Los mediadores pueden asignar ese tiempo ya sea en una serie de sesiones separadas o en una sesión continua. Pueden asignar el tiempo que quieren pasar con las partes y sus asesores o si esto se realiza individualmente o juntos. Pueden asignar tiempo a reuniones de premediación o no.

Sin embargo, las partes no ven generalmente su relación con el mediador en el contexto del tiempo. La consideran más en el contexto del problema o impasse que quieren que el mediador ayude a resolver. Esto puede crear un conflicto entre el mediador y las partes con relación a cómo se utiliza el tiempo asignado. Si no se aborda rápidamente puede dar lugar a una desconexión entre el proceso de pensamiento del mediador y el proceso de pensamiento de las partes.

La naturaleza ilusoria "del problema"

Es natural que el problema se convierta en el centro de atención principal de las partes. Es, en primer lugar, el motivo por el que han acudido a la mediación. No obstante, es el problema centrado totalmente en "el problema" lo que prevalece en el pensamiento de todos. Esto está compuesto por la naturaleza ilusoria del problema. La versión de una de las partes no es necesariamente la de los demás. Esta ilusión está marcada por el falso acuerdo de que "el problema" es solamente la diferencia de la posición de negociación de cada una de las partes.

Sin embargo "el problema", tal y como lo presentan las partes, está formado por distintos elementos:

- El más visible es la posición tomada por cada parte en relación con el problema. Una posición es una intervención estratégica. Es una estrategia de negociación y no es necesariamente una posición final. Hay aquí un elemento de ilusión y de subterfugio.
- Luego está lo que se conoce como la línea base de las partes. Esta normalmente no se da a conocer a la otra parte a no ser que sea una línea base falsa que se utiliza como estrategia de negociación (ver más arriba). Sin embargo, esta línea base puede cambiar durante la negociación dependiendo de las distintas influencias y presiones que surjan durante la negociación. Por lo tanto, incluso esta línea base real contiene un elemento de elasticidad.
- Subrayar la posición tomada y la línea base real son las percepciones de cada parte de los acontecimientos históricos que los vinculan en una relación. Estas percepciones están afectadas por sesgos naturales y condicionados, errores de comunicación o falta de ella, implicación de una tercera parte y eventos que intervienen y que son inesperados o no anticipados. Todo esto forma un coctel de influencias que tiene un impacto sobre el problema.
- El papel de los asesores de las partes es también un factor que se debe considerar. Entre los asesores se encuentran los representantes legales y terceras partes (o la tercera tía como se los conoce en la cultura singapurense) que tienen intereses creados en el resultado. Traen consigo una serie de habilidades y sesgos que influyen en la posición tomada y en la línea base.

Muy a menudo existe un factor que tiene un impacto importante y que es pasado por alto o rechazado. Se trata del elemento relacional que existe entre las partes. Normalmente las partes lo presentan como una ruptura de la relación en la negociación. Proviene del hecho de que las partes han perdido o abandonado su capacidad para resolver el problema directamente entre ellas. Esto es así incluso aunque hayan llegado a un acuerdo único.

El resultado de esta ruptura se puede manifestar como atrofia de la relación. "Atrofia" significa consumirse. Una relación puede consumirse igual que un musculo se consume por falta de alimentación.

Esta ruptura de la negociación de las partes y su relación personal se tiene a menudo por algo no relevante para el problema. Restaurar la relación se considera en general una causa perdida y todo intento de hacerlo se ve como un impedimento para una resolución apropiada del problema. La relación rota se relega en muchas ocasiones a una cuestión de segundo o tercer orden.

Puesto que las relaciones son complejas y personales, cuando se rompen causan angustia. Por lo tanto es mucho más fácil y seguro quitar la atención de la relación fallida y centrarla en conceptos inanimados como el problema, como se ve reflejado en las posiciones tomadas por las partes.

Puede parecer menos estresante centrarse en el problema. El problema tiene apariencia de ser estático, definible y racional y, como tal, controlable. Carece de todo lo molesto asociado a las relaciones.

Mediar el problema o la relación

Las partes creen en general que la mediación es solamente resolver el problema y no restaurar una relación.

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

Por ello es fácil que los mediadores entren en esa línea de pensamiento. Después de todo, los mediadores han sido contratados para ayudar a resolver el problema. Por lo tanto, puede ser más fácil para los mediadores evitar celebrar reuniones conjuntas con todas las partes en la misma sala basándose en que volver a poner a las partes en contacto puede reavivar lo que creían que causaba la ruptura en primera instancia.

Algunos mediadores tienen también una aversión personal a abordar cuestiones relacionales. Muchos de ellos con formación jurídica no están acostumbrados a trabajar estos temas y se sienten más seguros con los hechos sin emociones y con las cuestiones enunciadas racionalmente. Vienen de una profesión que tradicionalmente no ha tratado las emociones y las relaciones como algo importante de su papel como profesionales.

Una de las formas que existe para evitar que las relaciones influyan en las sesiones de mediación es mantener a las partes separadas. Para algunos jueces y abogados jubilados que trabajan de mediadores esto puede ser muy interesante porque es coherente con cómo han funcionado como jueves y abogados. Puede ser incluso más interesante para aquellos jueces y abogados jubilados que no han visto la necesidad de una formación formal en mediación. Para ellos, la mediación se convierte en ocasiones en una forma de sentencia privada o en una serie de *caucus* entre los abogados de las partes.

Sin embargo, el problema manifiesto y la relación interrumpida subyacente no se pueden separar realmente. Ambos son parte integrante de la disputa y ambos deben ser abordados. Un enfoque holístico para la resolución de un conflicto incluye a ambos. Ambos influyen en el camino hacia una resolución y ambos se tienen que aceptar en la planificación de la mediación.

El mediador como irritante

Las relaciones son el núcleo de la existencia humana. Establecemos relaciones con las personas con las que estamos conectados ya sea por razones sociales o comerciales. Estas relaciones desarrollan unos patrones de comunicación y negociación únicos que tienden a desintegrarse cuando los conflictos y las disputas siguen sin resolverse. Puede ser más cómodo para todos dejar a un lado la cuestión de las relaciones y concentrarse en el problema. Sin embargo, esta búsqueda de confort es a menudo una defensa para no asumir la incomodidad que se siente frente a relaciones interrumpidas.

Las partes en un conflicto o disputa generalmente se aferran con rapidez a sus posiciones. Una de las dificultades del mediador es aflojar esas posiciones y poder así abrir el camino a un compromiso o una nueva solución.

Una opción es centrarse en el problema tal y como lo definen las posiciones tomadas por las partes e intentar sacar de ellos cada más concesiones. Esta ha sido la forma estándar de negociación y es aceptada por las partes inmediatamente y especialmente por los abogados tradicionales. Es lo que a menudo se llama mediación puente (*shuttle mediation*).

El método alternativo es aparcar las posiciones tomadas y poner en marcha un proceso de restablecimiento de una relación de negociación constructiva entre las partes antes de buscar concesiones. Este método se conoce con el nombre de modelo de mediación facilitadora. Ha sido diseñado para insuflar vida nuevamente a la relación entre las partes aunque sólo se trate de una relación de negociación que dura lo que dure la sesión.

El centro del proceso de mediación facilitadora es hacer que las partes participen completamente en una sesión conjunta. Esto crea una oportunidad para apretar el botón de reinicio de su relación de negociación y comunicación.

Esto requiere trabajar conjuntamente y en colaboración, cara a cara con las partes reticentes y sus abogados que ponen al mediador en el papel de la persona irritante. Una de las definiciones de la palabra irritante es estimular algo para que actúe, o excitar o producir una sensación morbosa en un órgano del cuerpo. En el contexto de la mediación facilitadora el mediador intenta irritar o estimular los patrones de comunicación y negociación para que vuelvan a la vida. Se cuestiona el deseo de comodidad de las partes y del mediador.

Esto crea, paradójicamente, una forma de energía que se puede utilizar para desviar la atención de las partes de sus posiciones fijas. Cuando esto se practica adecuadamente se puede distraer a las partes del problema imaginado lo suficiente como para hacer que vuelvan a mirarlo desde una perspectiva original.

Alabanzas de la sesión conjunta

La sesión conjunta le da al mediador la oportunidad de trabajar simultáneamente con los problemas principales y la relación atrofiada subyacente. Las sesiones individuales pueden formar parte de esta mezcla pero se utilizan como intervención específica de apoyo a la sesión conjunta.

Esto no quiere decir que las partes tienen que tener siempre una sesión conjunta. En algunos casos es adecuado que las partes estén separadas. Cada disputa se tiene que evaluar según sus propios méritos en base a una correcta evaluación de mediación previa.

No obstante, la sesión conjunta le brinda al mediador múltiples opciones y momentos difíciles. Los participantes pueden descubrir oportunidades inesperadas.

Mediar y negociar en sesiones conjuntas requiere que el mediador desarrolle la capacidad de sentirse cómodo con la incertidumbre que se da cuando se pide a las partes que se vuelvan a relacionar. Esto requiere que el mediador esté completamente presente con las partes en el aquí y ahora de cada momento.

Cambiar el foco de atención de mediar el problema a mediar el momento

Retomando el tema del tiempo, cuando se trabaja con relaciones el tiempo no se mide en horas sino en momentos. Cada momento tiene su importancia y está relacionado con lo que acaba de ocurrir y con lo que pasará a continuación. Sin embargo, cada momento es nuevo y se sostiene por sí mismo. No hay certeza de lo que ocurrirá. Los mediadores que trabajan en el momento tienen que aceptar esa falta de certeza y sentirse cómodos con lo desconocido e impredecible. Con este fin, actúan como modelos para las partes y sus abogados que también tienen que aceptar la incertidumbre. Para hacer esto de forma eficaz, los mediadores tienen que ser capaces de confiar en su intuición y en sus respuestas intuitivas en cada momento.

Utilizamos el término intuición en su sentido tradicional, que se define, en parte, de la siguiente manera: *"comprensión inmediata de la mente sin intervención de la razón"*(Según el "Concise Oxford Dictionary"*)*. Esta definición está formada por dos partes. La primera es la comprensión inmediata de la mente y la segunda es que viene de fuera de nosotros y de fuera de nuestro proceso de razonamiento. Es un conocimiento inmediato que no se puede relacionar con nuestra mente racional o emocional.

Una serie de autores le han dado a la palabra intuición un significado distinto a su significado tradicional. Kahneman utiliza una definición de Simon que afirma que la intuición no es otra cosa que el reconocimiento de la memoria almacenada. Kahneman define el pensamiento del "Sistema 1" como el experimentar una reacción ante un acontecimiento que produce una premonición. A esto llama él una intuición. También se refiere ala concienciación intuitiva que según él funciona automática y rápidamente con un pequeño esfuerzo o casi sin él y sin ningún sentido del control voluntario (Kahneman, 2011).

Kahneman y Simon están dispuestos a adoptar sólo la primera parte de la definición tradicional porque aceptan que la concienciación intuitiva es un entendimiento inmediato de la mente. Pero han distorsionado el significado tradicional porque, de hecho, han quitado las palabras "sin la razón" y las han reemplazado por las palabras "con la razón". Los ejemplos de memoria almacenada, conocimiento intuitivo, reflejos conductuales y creencias comunes son conocimientos que derivan de la mente racional. Da la impresión de que no aceptan que podamos tener acceso a conocimientos que emanan de fuera de nosotros.

Lempereur (2003) en un trabajo titulado "*Identificar algunos obstáculos de la intuición para un proceso de mediación exitoso*" (*Identifying Some Obstacles from Intuition to a Successful Mediation Process)* relacionó la intuición con las creencias comunes y los reflejos conductuales. Sin embargo, en su revisión del documento (2011) quitó la palabra intuición del título y la remplazó en la introducción por la palabra instinto. Los instintos se definen, en parte, de la siguiente manera: "*Propensión innata a ciertos actos aparentemente racionales sin intención consciente; patrón de conducta fijo, usualmente innato, de respuesta, especialmente, a ciertos estímulos sencillos"* (The Concise Oxford Dictionary,1964).

El instinto es una reacción a algo desencadenado desde dentro de nosotros. Hay una base racional que da sustento a esta reacción. La intuición es producto de algo que deriva de algo fuera de nosotros y que no tiene base de apoyo racional. Sospecho que Kahneman y Simon se refieren en realidad a la palabra "instinto" cuando hablan de "intuición".

En este punto podemos descender fácilmente al debate de las definiciones. El Concise Oxford Dictionary incluye también la "intuición" entre las otras definiciones de "instinto". Pero esto puede ser una trampa. A la mente racional le gusta nombrar y definir conceptos complejos como forma de evitar las desagradables incertidumbres de tener que profundizar en zonas intangibles.

Definir algo puede crear la ilusión de que lo intangible es algo tangible. Es como si definir palabras como "instinto" o "intuición" las iluminara. Pero esta luz puede cegarnos para ver el significado profundo. Bion se refiere a ello en una traducción de una carta de Sigmund Freud a Lou Andreas Salome: "*El analista ha de arrojar un haz de intensa oscuridad en el interior de la asociación de los pacientes para que de esta forma algún objeto que hubiese sido oscurecido a la luz pueda así brillar en esa oscuridad"* (Grotstein, 1997).

Todos tenemos acceso a la concienciación que viene de fuera de nuestra mente emocional o racional salvo cuando dicha mente racional interpone bloqueos consciente o inconscientemente ante nosotros. El arte de conectar con nuestra intuición significa apartarse de esos bloqueos abandonando el apego a nuestros recuerdos, deseos y necesidades para entender lo que está ocurriendo en un momento determinado (Bion, 1981).Estos bloqueos incluyen el "Sistema 1" y el "Sistema 2" de pensamiento de Kahneman que se basan en nuestros recuerdos y deseos. Esto requiere que practiquemos y mantengamos una atención equilibradamente suspendida a todo lo que ocurre ante nosotros (Freud, 1912/1981; Riskin, 2009).

La intuición, empleando su significado tradicional, es un órgano sensorial receptivo interno que nos permite acceder a cosas, o es un camino hacia ellas, que están aún en la oscuridad o que aún no se han formado. Tenemos que despegarnos de nuestra mente racional y trasladarnos a un lugar más allá del pensamiento. Un lugar que, como afirma Grotstein, puede ser curioso, insaturado, y preparado para lo inesperado (Grotstein,1997).

La intuición profesional se encuentra en una gran gama de disciplinas y es uno de los hitos de la práctica profesional,

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

especialmente en campos en los que los profesionales tienen que trabajar con situaciones rápidas, inciertas y a menudo complicadas. En vez de representar sentimientos no fiables y vagos, la intuición destaca e informa a la experiencia, y permite a los expertos darse cuenta y responder a los patrones y anomalías que se dan en su trabajo. Los mediadores que aplican este enfoque tienen que tener límites claros y poseer una sensibilización ética fuerte de su rol y responsabilidades en el proceso y con las partes (Wilson, 2011).

Trabajar en el aquí y ahora del momento, estar presente para las partes y con ellas abre la puerta a una serie de estrategias basadas en muchas profesiones afines. Por ejemplo, el principio de posponer la persuasión (Rapoport, 1960); el don estratégico recíproco y obligatorio (Mauss,1990); el empleo de una serie de técnicas de negociación sobre rehenes; el concepto fundamental del tercero analítico y el campo compartido de la concienciación.

Fundamentos teóricos del modelo de mediación facilitadora

Es importante que los mediadores entiendan los fundamentos teóricos del enfoque facilitador. Entre ellos se encuentran teorías extraídas de otras disciplinas:

a. Estar en el momento–Utilizar la intuición como guía

El concepto de estar en el momento tiene su origen en el campo de la psicoterapia psicoanalítica que comenzó con Sigmund Freud en 1912. Freud escribió sólo cinco ensayos sobre esta técnica. A continuación presentamos sus sugerencias sobre el estado mental más conveniente que tienen que tener los médicos que quieran practicar el análisis:

"Consiste sencillamente en no dirigir la atención a algo en particular y en mantener la misma "atención equilibradamente suspendida" (como la he dado en llamar) frente a todo lo que uno oye. De esta forma nos ahorramos cierta tensión en nuestra atención que no se puede mantener en ningún caso varias horas al día, y evitamos el riesgo inseparable del ejercicio de la atención deliberada. Puesto que en cuanto uno concentra deliberadamente su atención en un cierto grado, empieza a seleccionar a partir del material que se le presenta delante; un punto se fija en la mente con claridad particular mientras que otros puntos son desechados correspondientemente, y en dicha selección se seguirán sus propias expectativas e inclinaciones. Esto, no obstante, es lo que no se debe hacer. En dicha selección si uno sigue sus expectativas se corre el peligro de no realizar ningún hallazgo que ya se conozca; y si uno sigue sus inclinaciones se falseará, ciertamente, lo que se pueda percibir. No se ha de olvidar que las cosas que uno oye son en su mayor parte las cosas cuyo significado sólo se reconoce más tarde" (Freud, 1912, p. 432).

Freud sugería que aprendemos o evolucionamos sólo mediante la vivencia de una experiencia. Esto se aplica tanto a los terapeutas como a las partes. Sugiere que solamente después de haber experimentado algo podemos reconocer su significado.

Si aplicamos esto al contexto de la mediación, si el mediador consigue estar completamente presente en el momento con las partes, con su mente suspendida equilibradamente y considera a las partes sin juicios o racionalización entonces podrá utilizar esa experiencia y permitir que se materialice la concienciación intuitiva. Esta respuesta intuitiva surge del aquí y ahora del momento y puede ayudar al mediador a decidir qué es lo siguiente que hay que hacer en la sesión.

Wilfred Bion (1981) amplió la tesis de Freud. Sugirió que para que los analistas estén completamente presentes en el aquí y ahora de la sesión se tienen que despegar de sus recuerdos, deseos y de la necesidad de entender qué está ocurriendo en un momento determinado. Afirma que el problema no es tener *recuerdos, deseos y necesidad de entender*. Todos los tenemos. El problema es nuestro apego a ellos en la sesión. Estos apegos se interponen en el estar en el momento. Llenan un espacio en nuestra mente que bloquea el que se den cosas nuevas. Tanto Freud como Bion animan a los analistas a estar en un estado mental que les permita dejarse sorprender (Havens, 1989; Rooney 2008, 2011).

Una serie de escritores modernos han expresado estos mismos conceptos empleando términos distintos. El concepto de "conciencia plena" se refiere también al prestar atención al momento:

"Es una forma de prestar atención momento a momento con ecuanimidad y sin apego a lo que pasa por los sentidos convencionales y la mente. Una persona en este estado de momento presente y de concienciación no enjuiciadora puede sin embargo disfrutar un nivel de libertad que puede conducir a un mejor rendimiento en la negociación o mediación o cualquier otra actividad" (Riskin, 2009).

Otro término empleado es el de "suspensión":

"En la práctica, la suspensión requiere paciencia y disponibilidad para no imponer marcos preestablecidos o modelos mentales a lo que vemos.Si sencillamente observamos, sin extraer conclusiones, lo que significan nuestras observaciones y nos permitimos aceptar las partes aparentemente no relacionadas de la información que vemos, pueden surgir formas nuevas de entender una situación". (Senge, Scharmer, Jaworski y Flowers, 2005).

Thomas Moore subraya la importancia de los momentos. Indica que hay una tendencia entre las personas a intentar resolver la tensión lo antes posible. Sugiere que se trata de una reacción tan natural que puede parecer extraño sugerir a las partes que mantengan ese malestar. Afirma que estamos condicionados para buscar soluciones rápidas. Sostiene que

ser pacientes con las contradicciones y las paradojas aporta beneficios. Un beneficio es la posibilidad de encontrar soluciones más profundas y duraderas a los problemas de la vida. Y dice:

"Apresurarse a encontrar soluciones puede dar lugar a algo creado rápidamente. Si toleramos los momentos de caos y confusión entonces puede salir a la luz algo verdaderamente nuevo. Es probable que tengamos que tratar con nuevas tensiones y ambigüedades no conocidas, pero habiendo conseguido un punto de ventaja gracias al haber soportado con valentía la tensión, estaremos mejor preparados para entender el proceso, y darnos cuenta de que las ilusiones e insensateces desempeñan su propio papel en la misteriosa alquimia de una vida sentida" (Moore, 1994).

Investigaciones hechas recientemente confirman que estar en el momento alarga la percepción del tiempo. En sus publicaciones de la revista "Journal of Psychological Science" científicos de la Universidad de Stanford, en California, dirigidos por Melanie Rudd y Jennifer Aaker junto con Kathleen Vohs de la Universidad de Minnesota concluyeron, basándose en la investigación que afirma que estar en el momento presente alarga el tiempo, que experimentar un *asombro* relativo a otros estados hace que la gente perciba que tienen más tiempo disponible y que se puede reducir la impaciencia (Rudd, Aaker y Vohs, 2012). Se descubrió que esto puede dar lugar a que la gente tenga un mayor deseo de dedicar tiempo a ayudar a los demás y a compartir los bienes de la experiencia por encima de los bienes materiales. Vieron que el *asombro* se puede obtener yendo por el camino de la memoria, o por un relato breve o incluso un anuncio publicitario de sesenta segundos.

Daniel B. Wile (2011) habla de resolver el momento más que el problema. Mantiene que lo que distingue a la Terapia de colaboración para parejas de otros enfoques de terapia de pareja es que se centra en el momento en vez de hacerlo en el problema. Afirma que esta terapia de colaboración se basa en el concepto de que cuando surge un problema en la relación entre las partes cada una de ellas sufre porque su voz no es escuchada. También se pierde la conexión como pareja. Afirma, además, que los terapeutas también tienen un problema porque pierden su empatía con las partes.

Wile sostiene que la tarea del terapeuta es resolver el momento en vez de resolver el problema. Afirma que centrarse en el momento permite que las partes, individual y colectivamente, y el terapeuta se recuperen de dichas pérdidas. Y dice:

"Resolver el momento es una forma de terapia de colaboración para parejas para resolver el problema de la misma, ya que se crea un espíritu de colaboración que hace que las partes lleguen a cualquier solución práctica posible" (Wile, 2011).

El tercero

Wile asevera que la empatía del terapeuta es el punto que conecta al terapeuta con las partes. Sin embargo, hay una visión alternativa. Thomas H. Ogden (1994) sugiere que además del terapeuta y la parte o las partes hay otra entidad en la sala que está formada por una combinación de las tres anteriores. Se la ha considerado como una tercera área de experiencia a la que contribuyen el analista y las partes. Ogden mantiene que el área intermedia de la experiencia le pertenece a ambos y a ninguno de los dos.

En términos psicoanalíticos esta entidad se ha dado en llamar "el tercero analítico". Se ha llamado igualmente "intersubjetividad" (Ogden, 1994).También se puede entender como el espacio entre las partes o el campo que existe cuando las partes y el terapeuta están presentes juntos. El tercero o el campo se crean conjuntamente en la relación consciente o inconsciente entre las personas. Se disipa casi por completo cuando ya no están juntos en una ocasión determinada. Existe completamente en el momento que se comparte.

En el contexto de la mediación el "tercero analítico" o, en este caso, el "tercero mediador" (o debería ser el cuarto o quinto en función del número de partes en la mediación) es la creación de la interacción de tiempo, espacio e interrelación compartida que viven el mediador y las partes. Aunque cada una de las partes existe en su propia subjetividad, las partes, que están en una relación de mediación con otras personas, existen también en la experiencia intersubjetiva de dicha relación.

Las partes experimentan el "tercero mediador" en el contexto de su propio sistema de personalidad, historia personal y conformación psicológica. Pese a que el "tercero mediador" es creado conjuntamente por las tres partes no es idéntico para cada participante. Sin embargo, puesto que se trata de una experiencia compartida, todas las partes, incluso el mediador, le agregan o quitan a ella mediante sus pensamientos y acciones conscientes o inconscientes.

Para el mediador que esté totalmente en el momento y se despegue de sus propios recuerdos y deseos, el pensamiento intuitivo que le venga a la mente a partir de esa experiencia de relación compartida (intersubjetividad) puede ser extremadamente pertinente. El mediador puede hacer que el área de experiencia intersubjetiva creada conjuntamente le informe sobre lo que está ocurriendo en la mediación.

Esta conexión entre el mediador y las partes a través del "tercero" subraya la importancia de la máxima de Bion de liberarse de todo apego manifiesto a nuestros recuerdos, deseos y la necesidad de entender la idea de Freud sobre mantener una atención equilibradamente suspendida. En términos prácticos esto significa que los propios pensamientos negativos del mediador sobre las partes o el posible éxito de la mediación afecta directamente al "tercero" a nivel tanto

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

consciente como inconsciente. Del mismo modo, los pensamientos positivos sobre las partes o el éxito de la mediación se alimentan también del "tercero" colectivo.

Se sugiere así que en la sala hay una energía que es algo más que la suma de las partes individuales. El mediador forma parte fundamental de esa energía al igual que las partes. El sistema de personalidad del mediador, su historia personal y su configuración psicológica desempeñan un papel en el proceso de mediación igual al de las partes. Esto pone en tela de juicio algunos de los conceptos de mediación tradicionales de imparcialidad y neutralidad.

La presencia de este "tercero" se expresa a menudo en términos con connotaciones religiosas o espirituales como por ejemplo el concepto cristiano de "Espíritu Santo", o el Dao道,las diez mil cosas y el ser uno con el Tao.

Un ejemplo de la presencia "del tercero" se puede encontrar en los comentarios de M. J. Slattery Q.C. cuando habla de la conexión entre la participación y las reacciones humanas refiriéndose a su primera experiencia de abogado de una de las partes en una mediación:

"El paso crucial en la mediación es, en primer lugar, decir si a la idea. Solo el hecho de participar en el proceso se hace presente insidiosamente a lo largo del tiempo para suspender, y luego superar, el gran desapego de los abogados y el cinismo de sus clientes. Una vez que han pasado horas, días o incluso meses mediando en un entorno estructurado, las reacciones humanas intentan darle un propósito a toda esta actividad. Sólo entonces aparece la motivación para llegar a la solución". (Slattery, 1993).

b. Posponer la persuasión y resolución de problemas

En su libro "*Games, Fights and Debates"* Anatol Rapoport examina cómo aumentar la probabilidad de que la gente elija la cooperación en lugar del interés propio en un debate o conflicto. Su respuesta es reducir las amenazas para que las personas se sientan seguras y cooperen dejando de lado sus intereses personales. (Rapaport, 1960).

Sugiere que para hacer que el conflicto sea seguro las partes tienen que posponer, en primera instancia, la persuasión y resolución del problema hasta que cada persona pueda explicar la posición de la otra persona (los intereses y preocupaciones en la mediación hablan) hasta que esta persona esté satisfecha. El objetivo es crear sintonía y aumentar la colaboración. Gottman (2011) se refiere a los principios de Rapoport y sugiere que el objetivo primordial de la sintonía es reducir la amenaza para los participantes y evitar lo que llama desbordamiento para que se produzca el no estar a la defensiva, la comprensión y la empatía.

Gottman (2011) define el desbordamiento como una reacción en la que las personas bajo presión se convierten en un sentimiento negativo. Este implica, normalmente, una mezcla de emociones como el dolor y el odio. Cuando una persona está desbordada seguramente querría estar en cualquier otro lugar del planeta y no donde está en ese momento. Gottman mantiene que cuanto más desbordada esté una persona más decrece su capacidad de aceptar nueva información. Sugiere que el desbordamiento mina el nivel de confianza y las partes empiezan a actuar en base a sus propios intereses. Una persona desbordada pierde la capacidad de escuchar a la otra. Cuando se desencadena el desbordamiento las pulsaciones del corazón suben a más de 95 ppm y se necesitan al menos 20 minutos para recuperarse. También descubrió que los hombres se desbordan y se recuperan más rápido que las mujeres.

Gottman sugiere que en el desbordamiento hay tres partes:

"La primera parte es el shock de sentirse atacado, culpado y abandonado. La segunda partes es la concienciación de no poder calmarse. La tercera parte es el bloqueo emocional. Cuando estamos desbordados somos como una ciudad sitiada. El conflicto empieza entonces a convertirse en un estado absorbente... Sugiere que cuando las personas están desbordadas no pueden escuchar aunque lo quieran... y no pueden ser muy creativas" (Gottman, 2011, p. 209).

Gottman afirma que la armonización durante el conflicto tiene que ser recíproca. Por ello sugiere que cada una de las partes se turne para hablar y escuchar. El que escucha tiene que sintonizar con el que habla, tomar notas y repetir su posición (intereses y preocupaciones) hasta que éste esté satisfecho. Esto no sólo requiere resumir lo que ha dicho quien ha hablado sino también validar los sentimientos y necesidades del que habla. Sugiere que este trabajo hace que se pospongan la persuasión y resolución del problema para reducir el estar a la defensiva (Gottman, 2011).

Este enfoque que implica la creación de una sintonía recíproca imita el modelo de mediación facilitadora estándar en el que el mediador toma una frase dicha por cada una de las partes y la vuelve a leer de forma que no solamente se resume lo que cada uno ha dicho sino que también se reconocen y validan los sentimientos y necesidades de cada parte. Gottman indica que en la práctica es difícil que las partes dejen de expresar sentimientos negativos y de culparse. El modelo de mediación facilitadora intenta contrarrestar el problema haciendo que el mediador capte las palabras de las partes y las relea de forma que las quejas se conviertan en necesidades positivas. El objetivo es crear lo que Gottman denomina sintonía entre las partes.

c. La obligación de devolver los regalos

El antropólogo Marcel Mauss (Mauss, 1990) investigó el poder que tiene hacer un regalo en muchas sociedades. Sugiere que el poder inherente a un regalo es universal. Invoca el principio de reciprocidad (Coggiola, 2008) por el cual un regalo recibido ha de ser correspondido.

Sugiere que en teoría los regalos son algo voluntario, desinteresado y espontáneo pero de hecho son ofrecidos y recompensados por obligación e interés propio. Se pregunta, ¿qué fuerza obra en lo que se da que obliga al receptor a corresponder lo recibido?

Aunque parezca que un regalo se da generosamente es de hecho una forma de simulación o engaño social. En la cultura maorí el poder espiritual de quien hace un regalo sigue impreso en el mismo. Cuando se recibe el regalo la persona que lo recibe adquiere ese poder. A través del mismo el que lo da tiene poder sobre quien lo recibe. La única forma de expurgar ese poder y neutralizarlo es devolviendo otro regalo. Esta es la fuerza motivadora que impulsa la circulación obligatoria de riqueza, tributos y regalos en Samoa y Nueva Zelanda (Mauss, 1990).

La presión para corresponder cuando se ha recibido un regalo tiene implicaciones importantes para los mediadores y las partes. En ocasiones se puede romper un bloqueo con un sencillo regalo que una parte hace a la otra. Puede ser algo pequeño como un reconocimiento o la disponibilidad a hacer una concesión aunque se trate de algo muy pequeño. Esto invoca el principio de reciprocidad ejerciendo presión en la otra parte para que responda. Y puede ser también el inicio del movimiento hacia una resolución.

Uno de los puntos fuertes y una ventaja de trabajar en el momento en lugar de centrarse exclusivamente en el problema es que hay más oportunidades para que se intercambien regalos. Un regalo, por pequeño que sea, puede revitalizar una relación que se ha atrofiado. Los regalos se usan a menudo con buenos resultados en las negociaciones con rehenes como técnica para presionar a quienes han tomado rehenes y hacer que correspondan con algo.

d. Centrarse en los intereses y no en las posiciones

Muchos de los supuestos teóricos de la teoría de la negociación se aplican igualmente a la mediación. Las partes en un conflicto presentan en general el problema al mediador como un conglomerado de posiciones opuestas. Fisher, Ury y Patton (1981) en "Obtenga el *Sí*", su libro básico sobre negociación sugieren que por de bajo de estas posiciones hay una serie de intereses subyacentes.

Argumentan que el problema básico en una negociación no reside en las posiciones contrapuestas sino en el conflicto entre las necesidades, deseos, preocupaciones y miedos de cada una de las partes. Sugieren que los intereses motivan a las personas; son los motores silenciosos que están por detrás de las posiciones entrecruzadas. Sugieren igualmente que por detrás de las posiciones opuestas se encuentran intereses compatibles y compartidos, y también contrapuestos.

Cuando las partes llegan a la mediación sus posiciones se han hecho fijas e inmutables. Un mediador puede crear disonancia en el pensamiento de las partes centrándose en cada momento de la fase de consolidación de la relación según el modelo facilitador. El acto de posponer la persuasión durante el período de exploración da tiempo y espacio para que las partes se planteen la pregunta de por qué. ¿Por qué quieren lo que quieren? ¿Por qué quieren esa posición fija?

Las posiciones son lo que la gente quiere. Los intereses son el por qué lo quieren.

e. Separar las personas del problema

Fisher, Ury y Patton (1981) sugieren también que el hecho básico en las negociaciones es que se está tratando con seres humanos. Tienen emociones, valores arraigados y distinto bagaje y puntos de vista. Son impredecibles.

Estas emociones se expresan, en general, en el plano de las relaciones en vez de en el plano del problema definido. No poder tratar con otras personas sensiblemente como seres humanos susceptibles de reacciones humanas puede ser desastroso para una negociación.

Una consecuencia fundamental es que las relaciones entre las partes tienden a enredarse con sus discusiones sobre temas de relevancia. Por ello, es importante que los mediadores aborden tanto las cuestiones de la relación como estas cuestiones sustanciales. Fisher, Ury y Patton sugieren separar las personas del problema manteniendo una buena relación en la negociación cuando se aborden cuestiones sustantivas (Fisher Ury y Patton, 1981).

Esto pone de manifiesto una vez más la importancia de posponer la persuasión hasta que no se haya establecido una relación de negociación constructiva.

Conclusión

Los mediadores toman decisiones sobre cómo distribuyen el tiempo con las partes. Una opción es centrarse completamente en el problema de las partes desgranando sus posiciones hasta que cada una de ellas haga las concesiones suficientes para llegar a la resolución. Entablar una negociación antagonista inflexible (negociación de posiciones) puede tener la apariencia de una negociación sobre la base del poder y la fuerza. Aunque, paradójicamente, es una opción blanda comparada con los retos y dinámicas del trabajo con las partes sobre sus intereses y preocupaciones en el aquí y ahora del momento.

Decidir trabajar con las partes en el momento acarrea desafíos personales para el mediador experimentado pero, al mismo tiempo, podría acarrear grandes recompensas. Esto requiere un cierto nivel de experiencia. Esta experiencia está más relacionada con la capacidad de pensar del mediador, de forma en que se despegue de sus propias cuestiones y esté totalmente presente con las partes. Esto implica sentirse cómodo con la incertidumbre del momento y aceptarla. No

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

es algo que se deba practicar sólo antes del encuentro profesional. Es algo que se debe practicar a lo largo de toda la vida (Symington, 1996).

Referencias

- Bion, W.R. (1970). Attention and interpretation: a Scientific Approach to Insights in Psychoanalysis and Groups. London: Tavistock.
- Bion, W. R. (1981). Notes on Memory and Desire. En R. Langs (Ed.), Classics in Psycho-Analytic Technique. (pp. 243-245). Nueva York: Jason Aronson.
- Coggiola, D. (2008). Cialdini's Six in Mediation. ADR Bulletin, 10 (7), articulo 2. Recuperado de http://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1448&context=adr
- Fisher, R. Ury, W. L. y Patton, B. (1981). Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving. USA: Houghton Mifflin Company.
- Freud, S. (1981). "Recommendations to Physicians Practising Psycho-Analysis". En R. Langs (ed.) Classics in Psycho-Analytic Technique. Nueva York: Jason Aronson. (Trabajo orginal publicado en 1912).
- Gottman, J.M. (2011). The Science of Trust. New York: W.W. Norton & Company.
- Grotstein, J.S. (1997). Bion's "Transformation in 'O'" and the Concept of the "Transcendent Position". Recuperado de http://www.sicap.it/merciai/bion/papers/grots.htm
- Haynes, J. y Charlesworth, S. (1996). The Fundamentals of Family Mediation. Sydney: The Federation Press.
- Havens, L. (1989). A Safe Place. Cambridge: Harvard University Press.
- Kahneman, D. (2011). Thinking Fast and Slow. London: Allen Lane.
- Lempereur, A. (2003). Identifying some obstacles from intuition to a successful mediation process (No. DR 03005). ESSEC Research Center, ESSEC Business School.
- Lempereur, A.P. (2011) Identifying Some Obstacles to a Successful Mediation Process. Recuperado de http://ssrn.com/abstract=1949463 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1949463
- Mauss, M. (1990). The Gift: The Form and Reason for Exchange in Archaic Societies. New York: W.W. Norton & Company.
- Moore, T. (1994). Soul Mates.Honouring the Mysteries of Love and Relationship. Nueva York: Harper Perennial.
- Ogden, T. H. (1994). The Analytic Third: Working with Intersubjective Clinical Facts.The International Journal of Psychoanalysis, 75, 3-20.
- Pelled, E. (2007). Learning from experience: Bion's concept of reverie and Buddhist meditation. A comparative study. The International Journal of psychoanalysis, 88, 1507-1526.
- Rapoport, A. (1960). Fights, Games and Debates. Ann Arbor, MI: University of Michigan press.
- Riskin, L. L. (2009). Awareness and ethics in dispute resolution and law: Why mindfulness tends to foster ethical behaviour. South Texas Law Review, 50, 493-503.
- Rooney, G. (2008). The Use of Intuition in Mediation. Conflict Resolution Quarterly, 25, 239– 253.
- Rooney, G. (2011). Mediation as a Process for Healing. En P. Deleurant (ed.), Conflict Management in the Family Field and in other Close Relationships. Denmark: DJØF Publishing.
- Rudd, M., Aaker, J. y Vohs, K. (2012). Awe Expands People's Perception of Time, Alters Decision Making and Enhances Well Being. Journal of Psychological Science, 23, 1130-1136.
- Senge, P. Scharmer, C. O. Jaworski, J. y Flowers, B. S. (2005). Presence. Exploring Profound Change in People, Organizations and Society. Londres: Nicholas Brealey Publishing.
- Slattery, M. J. Q. C. (1993). Spedley Mediation from the Inside. New South Wales Bar News.
- Symington, J., and Symington, N. (1996). The Clinical thinking of Wilfred Bion. Nueva York: Routledge.
- The Concise Oxford Dictionary. (1964). Oxford: Oxford University Press.
- Wile, D. B. (2011). Collaborative Couple Therapy: Turning Fights into Intimate Conversations. Psychotherapy in Australia, 17(3), 52-59.
- Wilson, B. (2011). '(Naughty) Departures': Expertise, Orthodoxy and the Role of Theory in the Practice of Mediation. En P. Deleurant (ed.), Conflict Management in the Family Field and in other Close Relationships. Denmark: DJØF Publishing.

Mediation Workshop in Tuscany

A Five-Day Residential Workshop for Experienced Mediators at the 'Fattoria L'Ottavo' at Lucolena/Greve in Chianti

22 – 27 June 2014

In English

Join 14 experienced mediators from Australia, New Zealand and the UK in Italy this June.

Shifting the Focus from Mediating the Problem to Mediating the Moment.

Tuscany Workshop 2012

Tuscany Workshop 2013

To obtain a brochure, a paper giving an overview of the course and view photos of Tuscany 2012 and 2013 see:
https://www.dropbox.com/sh/fhf3scbxvb681fn/06O4gA1gqo
or via www.gregrooney.com.au

To express an interest or receive a Tuscany update newsletter
E-mail or phone Greg at gregrooney@bigpond.com (61) - 0405 612 789

With:

Barbara Wilson

Greg Rooney

Margaret Ross

Mediación en proyectos constructivos e industriales

Mediation in construction and industrial projects

Beatriz Rodríguez de la Flor de Marcos
Mediadora Mercantil - Fundadora de Gabinete de Mediación BDR&Med - Miembro del Ciarb - Especialista en Construcción - Experta en negociación y contratación - Arquitecto Técnico - Coach Ejecutivo - Profesora de Mediación Mercantil
beatriz@bdrandmed.com www.bdrandmed.com

Manuscrito recibido: 07/01/2014
Manuscrito aceptado: 03/02/2014

RESUMEN: El presente artículo versa sobre la aplicación de dos diferentes Métodos de Resolución de Conflictos. En primer lugar tratamos la mediación mercantil trabajando en todos los ámbitos del desarrollo empresarial de las compañías que operan en el sector industrial y de la construcción, y en segundo lugar describiremos las Mesas de Resolución de Conflictos en el ámbito exclusivo del desarrollo de los proyectos industriales y constructivos. Aportaremos la perspectiva de la experiencia de países pioneros en estos métodos como son el Reino Unido y estableceremos los ámbitos de aplicación basándonos en los casos tramitados por su Corte de tecnología y construcción, explicaremos la metodología de la mediación mercantil en el ámbito general, para posteriormente adentrarnos en el desarrollo de un ejemplo abreviado de proyecto constructivo para entender como es la aplicación directa de uno de los métodos de resolución de conflictos.

ABSTRACT: This article addresses the application of two different Conflict Resolution Methods. First, an explanation is given of "The Commercial Mediation" work in all the aspects of industrial and construction companies' developments. Second, there is an explanation of the "Conflict Resolution Boards", an exclusive arrangement of construction and industrials project developments. We show the perspective of pioneer countries like the United Kingdom, and we discuss their application based on the cases dealt with by the Technological and Construction Court in this country; we explain the commercial mediation methodology in general, and we give a short example of a construction project in order to have a better understanding of how these conflict resolution methods are applied.

Palabras clave: Mediación Mercantil, Mesas de resolución de conflictos, Mediación en la construcción, Mediación Industrial, Mediación en proyectos.

Key words: Commercial Mediation, Conflict Resolution Boards, Construction Mediation, Industrial Mediation, Project Mediation.

1. Introducción

Para introducirnos en el área de la mediación en el sector industrial y de la construcción, debemos considerar el contexto específico del ámbito especializado en proyectos de este tipo los cuales presentan determinadas características técnicas específicas que lo hacen particular en el desarrollo de sus trabajos y por lo tanto de sus conflictos.

Su ámbito de aplicación es casi inexistente en España, solo está ligeramente desarrollado en el País Vasco y en Cataluña, debido a la prontitud que estas comunidades implantaron el uso de la mediación en el ámbito general y por consiguiente en el desarrollo más temprano de las diferentes aplicaciones de la mediación en el área mercantil. Por lo que nos tenemos que remitir a prestigiosos estudios realizados en el Reino Unido como el dirigido por el King's College de Londres denominado "El uso de la mediación en conflictos de la Construcción" en el cual nos revelan los resultados de la implantación de la Mediación en este ámbito Industrial y de la construcción entre los años 1999 y 2009 (Gould et al., 2009).

Con este preámbulo solo queremos evidenciar que el trabajo que nos queda por desarrollar es muy amplio, pero que podemos acelerarlo si nos inspiramos en las experiencias acaecidas en el Reino Unido a este respecto, por lo que aunando mi experiencia en el ámbito de la construcción como gestor de contrataciones, negociando contratos en empresas nacionales e internacionales durante 20 años y mi experiencia y formación en resolución de conflictos como mediadora, pretendo conseguir una visión de futuro de lo que puede aportar la mediación en este sector repleto de proyectos tan interesantes como intensos.

2. La mediación en el ambito civil y mercantil

Vamos a comenzar haciendo una pequeña incursión en lo que es el ámbito de la mediación mercantil en su desarrollo general, pues aunque hablamos de la mediación en el sector industrial y de la construcción las empresas que lo componen funcionan como cualquier otra empresa en España.

La mediación en el ámbito mercantil cubre la gestión de los distintos conflictos que se pueden generar en su actividad cotidiana, desde la constitución de una sociedad mercantil, pasando por el desarrollo de su completa actividad, hasta su disolución.

En general las empresas industriales y de la construcción, tienen el mismo perfil que cualquier otra empresa del entramado socioeconómico, pueden ser grandes multinacionales, empresas nacionales, pero básicamente nos encontramos que en su mayoría son pymes, empresas familiares y autónomos desarrollando trabajos muy específicos vinculados con el sector de referencia.

Según datos del Directorio Central de Empresas (DIRCE) del Instituto Nacional de Estadística del año 2012: "El 90% de las empresas españolas son autónomos o microempresas: en 2011 el 36,8% de las empresas existentes en España son personas físicas. Si les añadimos sociedades, comunidades y cooperativas sin asalariados, detrás de las cuales hay en la gran mayoría de casos una persona dada de alta como autónoma, podemos estimar que los autónomos suponen el 52,3 del tejido empresarial. Junto a las microempresas (de 1 a 9 asalariados), en las que generalmente hay una persona física de alta como autónomo o una sociedad administrada por un empresario autónomo, el porcentaje sube hasta el 90% del tejido empresarial español."

Con ello queremos hacer notar que menos las grandes empresas industriales y de la construcción, el resto del entramado empresarial que comprende este sector está en manos de personas físicas que tienen que lidiar con el conflicto generado de su actividad de la mejor manera posible, y que se van a encontrar con que cuanto antes lo disuelvan antes podrán continuar con su actividad y evitar perder tiempo en su gestión o en su litigación.

3. Áreas de desarrollo del conflicto en empresas

Como hemos explicado del conocimiento básico que podemos deducir de cualquier empresa tipo, ya sea una gran empresa como una pyme, nos encontramos con dos grandes áreas en las que se puede desarrollar el conflicto:

- Conflictos intra-societarios:
  - Conflicto intra-societario entre socios/inversores
  - Conflicto intra-societario con los administradores de la sociedad
  - Conflicto intra-societarios con filiales/matrices
  - Conflictos en el área de RRHH con empleados.
- Conflictos con terceras partes:
  - Conflictos con acreedores
  - Conflictos con clientes
  - Conflictos con proveedores
  - Conflictos con competidores

Este sería de forma esquemática el ámbito de actuación general de la Mediación Mercantil, profundicemos ahora en cada concepto para ver de qué forma podemos llegar a ser más específicos en la definición de cada ámbito en particular.

Dentro del "Conflicto intra-societario entre socios/inversores" encontramos varias fuentes de conflicto: En el caso particular de la empresa familiar hayamos los protocolos de dichas empresas, los cuales generan infinidad de problemas tanto en su definición como en su revisión, por lo que la mediación puede servir de instrumento facilitador para la gestión de constitución o de cambio ya sean previstos en su inicio, o fruto de imprevistos por causas ajenas no contempladas en su origen.

Hemos arrancado con el caso de la empresa familiar por dos razones, la primera porque es el origen de mayores con-

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

flictos en empresas en comparación con otras formaciones empresariales, pues se combinan procesos empresariales con procesos familiares, los cuales bloquean en la mayoría de los casos el buen funcionamiento de cada una de las parcelas mencionadas, la relación familiar y la relación empresarial. En segundo lugar como hemos comentado anteriormente, en España nos encontramos con un inmenso número de empresas de perfil familiar.

En otro término empresas de otros tipos, también se enfrentan al diseño de sus estatutos o a la modificación de los mismos de forma continuada, por lo que tenemos el mismo entorno de aplicación de la mediación en dichos asuntos.

Igualmente podemos decir que si en los orígenes y trayectoria de las empresas la mediación puede ser facilitadora de su constitución y de su desarrollo, en la extinción de la misma la mediación vuelve a ser una herramienta válida de gestión del posible conflicto, por lo que volvemos a utilizar sus ventajas igualmente en las disoluciones, liquidaciones, extinciones y separación de socios.

Continuemos entonces con la segunda variante "Conflictos intra-societarios con los administradores de la sociedad", en este caso la casuística puede ser la propia derivada de la administración de cada empresa y dentro de ella seguimos considerando la mediación en caso de conflicto la herramienta capaz de hacer el proceso de resolución más sencillo y viable.

Los "Conflictos intra-societarios con filiales/matrices", Tanto desde la perspectiva de las empresas matrices como de las empresas filiales, se comienzan a generar actividades en otros entornos, con nuevas y diversas características, culturales, sociales, económicas, legales y de mercado. Dichas características producen en muchos de los casos una empresa con objetivos diferentes de la original generándose nuevas dinámicas necesarias para la sostenibilidad de las empresas filiales. Las citadas dinámicas, no siempre son aceptadas por las empresas matrices y por otro lado la restricción de las mismas por la empresa matriz, generan el desagrado de la filial, de lo que se deriva fácilmente el conflicto en uno o en otro sentido. En estos casos la mediación vuelve a otorgar un carácter neutralizador del conflicto permitiendo desde su perspectiva, aportar a las partes una apertura de opciones que les saquen de su bilateralidad de miras.

Los conflictos con empleados, parten de la base de la resolución de conflictos en el ámbito de la gestión de los Recursos Humanos (laborales) en estos casos podríamos considerar la mediación en su aspecto preventivo, que incluiría una formación interna de los responsables de los departamentos de RRHH, con el fin de que detecten el conflicto y soliciten la intervención de un mediador externo para solventar las discrepancias de la manera más rápida posible.

Pasamos a revisar los "Conflictos con terceros": acreedores, clientes, proveedores, y competidores.

Vamos a comentar de forma general las ventajas que aporta la mediación en todos los casos, para después puntualizar algunas ventajas específicas de cada uno de ellos.

3.1. Ventajas de la Mediación Mercantil para las empresas

En todos los casos encontramos una primera ventaja diferencial que es la del fortalecimiento o restauración de la relación entre las partes. Si hemos entrado en una relación "conflictuada" y no tenemos buenas relaciones con cada uno de los anteriormente mencionados, nuestra actividad empresarial se resiente profundamente, y no solo por el deterioro particular en uno de los ámbitos, sino porque la empresa es una organización plural, si uno de sus aspectos falla, repercute en el resto de forma inequívoca.

Si la actividad empresarial se encuentra "dañada" ya sea porque ha perdido la financiación de sus acreedores, la confianza de sus clientes, el apoyo de sus proveedores, o la motivación de sus empleados, el resto de los terceros vinculados a la empresa detectarán el conflicto, y de forma colateral pueden empezar a reflejarlo en sus relaciones con la empresa, por lo que podemos decir que el conflicto es contagioso y se expande al resto de las relaciones empresariales.

De esta forma nos encontramos con la siguiente ventaja común, que es la disminución de los tiempos en la resolución de los conflictos.

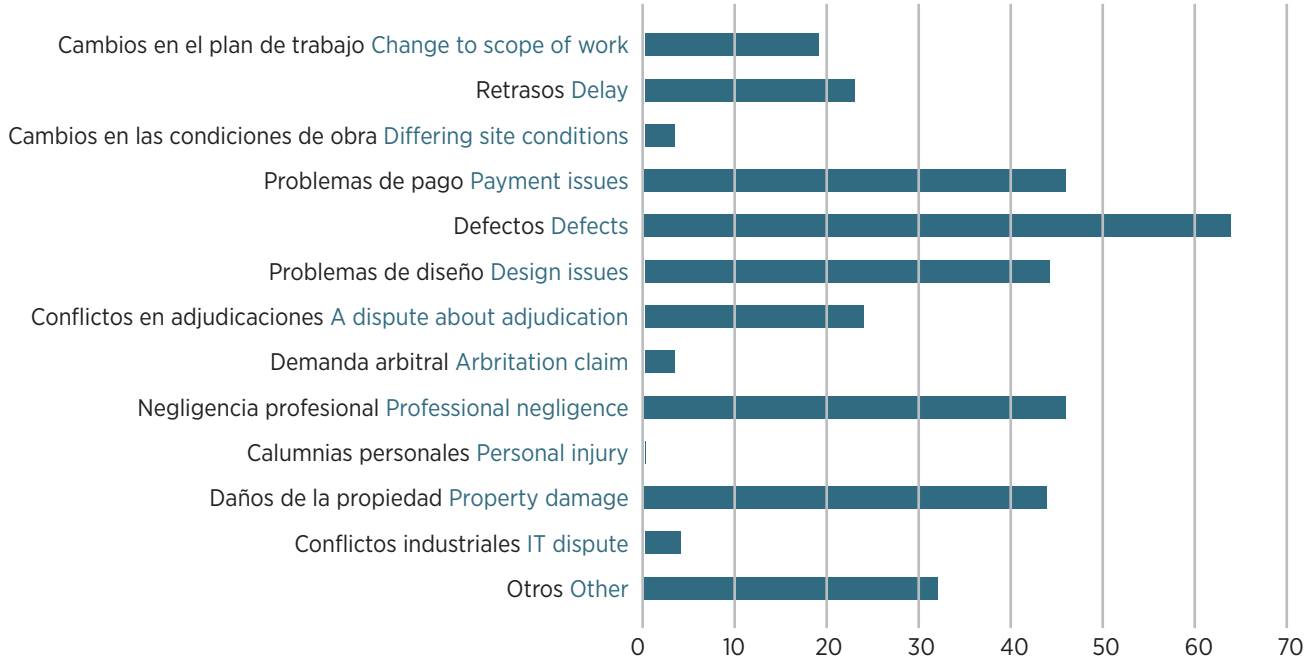
Como describíamos, el conflicto debe ser solventado de la forma más rápida posible, antes de que como la gangrena invada otros órganos vitales en la empresa, por lo que en este sentido a la mediación la podemos considerar el "antibiótico" del conflicto, el agente que aísla la infección que supone el conflicto en el entorno empresarial y que corta su expansión evitando así que otros órganos empresariales se infecten con el conflicto.

Finalmente enlazando con las anteriores ventajas, queremos destacar la importancia de la ventaja del ahorro de costes y de recursos, ya sean humanos o de cualquier otro tipo. Si conseguimos no detener la actividad de la empresa, no contagiar al resto de relaciones y solventar el conflicto en un tiempo record, estamos consiguiendo grandes ahorros de costes para las empresas en el conjunto de su actividad.

Comentar brevemente que el caso de conflictos entre competidores la mediación trabaja los aspectos relativos a la competencia desleal por acciones en el entorno de la propiedad intelectual/industrial.

Por último al llegar a una solución reconocida por las partes como justa y fruto del diálogo asistido por las técnicas de mediación, las partes consideran el acuerdo adaptado a la medida justa de sus necesidades lo que conlleva el fortalecimiento en el cumplimiento del mismo.

GRÁFICO 1. Distribución numérica en referencia al tipo de caso What was the nature of the case?



3.2. ¿Dónde aplicaríamos de forma general la mediación mercantil y en que fases?

Podemos recomendar una aplicación de la mediación en varias etapas, o con varios sesgos, la primera seria considerar una mediación preventiva en el ámbito interno de las empresas (intra-empresas) de esta forma podemos solventar los conflictos internos, conflictos interdepartamentales y conflictos en la gestión de los Recursos Humanos (laborales). Por otra parte se trabajarían las relaciones con los proveedores que básicamente se pueden desgranar en impagos, incumplimientos de contrato, ya sean en plazos, o en prescripciones, etc. Posteriormente, o a la par, se trabajan los conflictos con los clientes, los cuales se gestionan desde la perspectiva de que la empresa es igualmente proveedora para sus clientes de sus propios servicios. Y por último llegamos a la gestión de conflictos con acreedores, pero qué duda cabe, que llegados a este punto y habiendo solventado todos los conflictos anteriores, el conflicto con acreedores puede haberse diluido en gran medida, pues nuestra imagen como empresa no "conflictuada" aporta mayores garantías de solvencia. Por lo que concluimos con una de las últimas ventajas que les queremos mostrar: "una empresa con bajo conflicto, es una empresa con una imagen renovada y solvente", por lo que la mediación en último término va a proveer de solvencia a las empresas que la utilizan.

4. Naturaleza de los casos de conflicto en el sector industrial y de la construcción

La naturaleza de los casos aunque podríamos considerarla muy extensa pues sería la consecuencia de desgranar la multiplicidad de conflictos derivados de las dos áreas anteriormente descritas, en la realidad nos encontramos que existe una practicidad implícita en cuanto a la resolución de conflictos que las empresas desean gestionar con más asiduidad.

En nuestra experiencia, los asuntos que mayormente se desean solventar son los derivados de vicios constructivos, los problemas de diseño, los cambios en las condiciones del contrato, ya sea por temas derivados de cambios en las condiciones pactadas o nuevas condiciones no contempladas en el contrato, cambios en el plan de trabajo y problemas de pagos.

En la actualidad no podemos decir en qué medida un caso es más demandado que otro, pues no tenemos datos suficientes en España para hacer un estudio riguroso. Pero del conjunto de las consultas y de las mediaciones realizadas este puede ser un crisol valido de lo que estimamos como naturaleza de los casos.

Volviendo a hacer referencia al prestigioso estudio de King's College antes mencionado y tomando su experiencia y los datos aportados por el estudio, nos encontramos que la tipología de casos que les llega a la Corte de Tecnología y Construcción del Reino Unido es más amplio, pues su consulta versaba sobre los siguientes conceptos: Cambios en el plan de los trabajos, retrasos, cambios en las condiciones de la obra, problemas de pago, defectos (o vicios constructivos), problemas de diseño, conflicto en las adjudicaciones, demanda arbitral, negligencia profesional, calumnias personales, daños de la propiedad, conflictos industriales y otros.

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

Como se puede observar el mayor número de reclamaciones antes el citado tribunal es el relacionado con los defectos constructivos (o vicios constructivos) (18%), en segundo lugar con los problemas de pago (13%), las negligencias profesionales (13%), y los daños a la propiedad (13%) y en tercer lugar con los problemas de diseño (12%).

Por lo que vemos de manera intuitiva que los casos que en la actualidad se acercan a la mediación en el sector industrial y de la construcción en España son los casos en los que los conflictos tienen mayor incidencia en los tribunales del Reino Unido. Por lo que podemos deducir que la actividad en el sector mantiene unos mismos patrones independientemente del país en la que se desarrolle, si hablamos del sector dentro de la Comunidad Económica Europea, pues estos datos pueden variar mucho en países emergentes o subdesarrollados.

5. Tipología de metodos de resolución de conflictos recomendables (ADRs)

Hemos adoptado como propia la terminología anglosajona de denominar a los Métodos de resolución de Conflictos como "ADRs" (Alternative Dispute Resolution) expresándolo en español, pues tan extendida está su terminología que se está convirtiendo en un anglicismo.

Los ADRs (Alternative Dispute Resolution) engloban el ámbito de las diferentes técnicas que se pueden utilizar a la hora de resolver un conflicto sin optar por la judicialización del mismo, o mejor dicho por evitar los métodos heterocompositivos (juicio o arbitraje) en los que un tercero resuelve el conflicto dictando sentencia o laudo arbitral, y optando por métodos auto-compositivos en los que el tercero imparcial y neutral solo es un facilitador para que las partes resuelvan en conflicto a través de sus propios medios.

Los métodos auto-compositivos, favorecen notablemente la resolución de los acuerdos, por varias razones, la primera es la involucración de las partes en el proceso. Las partes no se sienten ajenas al mismo, los procesos de ADR invitan a que las partes tomen iniciativa en la resolución de los mismos, busquen y encuentren maneras de resolverlos explorando a fondo todas la oportunidades que ofrece una relación de mutuo acuerdo, promoviendo soluciones que los jueces o árbitros, no pueden proponer en un proceso, pues deben guiarse por estándares legales establecidos. En segundo lugar las partes al generar su acuerdo, son más proclives a cumplirlos, casi la totalidad de los acuerdos obtenidos en mediación se cumplen y la parte que no se cumple es por cuestiones sobrevenidas, frente al menor cumplimiento de sentencias establecidas por juzgados o arbitrajes. Por último los métodos de ADR, promueven una reparación de las relaciones y un fortalecimiento de las mismas pues el mediador como facilitador de la comunicación, introducirá nuevas fórmulas de resolución de conflictos, que al final de los procesos las partes adoptan como suyas, y por ello, consiguen renovar la relación deteriorada por el conflicto y además extender esos métodos aprendidos en sus futuras relaciones por lo que a la larga evitaran el conflicto de forma más eficiente.

Por ello como decimos los ADR son métodos diversos, todos fundamentados en los mismos conceptos auto-compositivos y con una misma meta: "Disolver los conflictos y potenciar la comunicación estructurada y proactiva con el fin de consensuar nuevos acuerdos"

Existen varios métodos de resolución de conflictos que nos parecen sumamente adecuados para trabajar dentro del sector industrial y de la construcción. El primero que es sobre el que versa este artículo principalmente es el uso de la mediación mercantil o "the commercial mediation" en el caso extrapolar el término al ámbito anglosajón y el segundo método serían las denominadas "Dispute Resolution Boards – DRB" o Mesas de Resolución de Conflictos – MRC.

6. Metodología de la mediación en proyectos constructivos e industriales

La metodología incorporada a esta especialidad de la mediación mercantil es muy específica de este sector, el cual está regulado por la Ley Orgánica de la Edificación (Ley 38/1999), mediante la que se estipula cuáles son los agentes que intervienen en el proceso de edificación, con el fin de fomentar la calidad incidiendo en los requisitos básicos y en las obligaciones de los distintos agentes que se encargan de desarrollar las actividades del proceso de la edificación.

Al considerar las responsabilidades de cada uno de los agentes que intervienen, ya sea la propiedad, como el promotor, el proyectista, el constructor, el director de obra, el director de ejecución, los suministradores, las entidades de control, todos ellos están llamados a cumplir con la regulación que la citada Ley marca, por lo que sus relaciones y el producto de su trabajo están vinculados de manera encadenada de forma que generan un producto final que debe haber sido fruto de su buena ejecución individual y conjunta, por lo que podemos concebir el proceso de la edificación o proceso constructivo como una acción encadenada de procesos individuales que en su fin último convergen en la creación de un elemento que sin dicha acción colaborativa no existiría.

Como hemos comentado en párrafos anteriores, el área de la mediación mercantil, puede afectar a la parte organizativa, estatutaria o intra-societaria y la parte de su relación con terceras partes. En la parte intra-societaria la metodología seria idéntica a cualquier otra empresa independientemente de si pertenece al sector industrial o constructivo, la diferencia estriba en la metodología de la mediación de las empresas de este sector con terceros, pues como hemos visto su actividad está fuertemente vinculada con el resto de los agentes que intervienen en el proceso constructivo.

Para poner un ejemplo clarificador imaginemos que el conflicto es de una empresa constructora con un agente externo a su organización como puede ser la dirección de obra, pero que a su vez es agente interno del proyecto con el que está vinculado. En este caso la constructora no podría trabajar en mediación exclusivamente con el Arquitecto director de la obra, debería tener en cuenta los vínculos que su relación en el proyecto tienen de influencia con su actividad empresarial.

En definitiva quiero concretar que el procedimiento que utilizamos dentro de nuestra metodología en esta especialización debe tener en cuenta este concepto que solo se da en proyectos de este ámbito. Por lo que el inicio del proceso es comenzar diseñando como constituir la mesa de mediación multipartes (González-Capitel, 2001).

7. Mesas de mediación multipartes

Las mesas de mediación, como hemos explicado son por lo tanto son el origen del proceso, pero todos los procesos de mediación se deben constituir, la constitución parte de la solicitud voluntaria de las partes de la adhesión al mismo, en general en la actualidad nos encontramos escasos contratos redactados con cláusulas de sumisión a la mediación, pero esta podría ser la primera vía con la que las partes solicitaran el servicio de mediación. Actualmente la solicitud viene derivada de una sola de las partes y es el mediador o la institución de mediación la que invita a la otra parte a la sesión informativa con el fin de iniciar el proceso. En nuestra metodología, la solicitud de la mediación debe llevar implícito un estudio exhaustivo de la problemática del conflicto, como hemos comentado son múltiples los agentes que están implicados en el proceso constructivo, por lo que serán múltiples los agentes que estén implicados en el proceso, con lo que la mesa de mediación debe ir tomando forma y estructura desde el momento que hace la consulta una de las partes.

Después de estimar cuales son los agentes implicados en el conflicto, nos encontramos con que la mediación en los proyectos constructivos es una mediación multipartes[1], el conflicto seguramente está afectado de la acción de más de dos agentes, y por ello todas las partes implicadas deben ser partícipes de la misma, pues de lo contrario la resolución del mismo será inviable.

7.1. Mediación escalonada

Por otro lado existe otra condición peculiar en estos proyectos y es la existencia de una planificación de los trabajos muy exhaustiva y penalizada económicamente con grandes sumas de dinero si de alguna manera el trabajo de alguno de los agentes paraliza la planificación del proyecto. Por lo que la mediación debe tener muy en cuenta estos conceptos pues los tiempos deben estar muy adaptados a una rápida consecución de acuerdos o considerar mediaciones escalonadas para ir alcanzando acuerdos parciales que no interrumpan la planificación del proyecto

7.2. Reactivación de la mediación

En tercer lugar existe un último concepto diferenciador que está vinculado con los anteriores y es el de considerar que la mediación nunca finaliza del todo hasta que el proyecto no finalice, pues en general es usual hacer un seguimiento de los acuerdos por parte de los mediadores para chequear que los acuerdos se cumplen. En este caso y con la casuística particular que estamos comentando la mediación puede escalonarse de manera que se adapte a la consecución de los hitos que marca la planificación del proyecto, aun resolviendo el conflicto en uno de los últimos escalones, debemos considerar la última fase de seguimiento que hemos comentado, por lo que dada la complejidad de los proyectos y la vinculación de los agentes que lo componen será muy habitual que de alguna manera la mediación se pueda reactivar en otro punto del proyecto o por la interacción de otros de los agentes implicados. En conclusión, como vamos a ver en siguiente apartado, otra opción es la de considerar las Mesas de Resolución de Conflictos dentro de los proyectos de forma que a través de una Mediación Preventiva, y continuada el proyecto se sienta acompañado de la mediación que diluya los conflictos inherente en todo su desarrollo.

8. Las mesas de resolución de conflictos (MRC)

Las mesas de resolución de conflictos son una herramienta empleada en grandes proyectos constructivos con el fin de anticiparse al conflicto. Básicamente podemos definirla como un método de resolución de conflictos que basa su actuación en la intervención temprana y preventiva del conflicto, para ello utiliza distintas herramientas para anticiparse al mismo y en segundo lugar para evitar su escalada.

Este método ha sido empleado fructíferamente en el proyecto constructivo de las Olimpiadas 2012 de Londres, El Responsable del Área de Governance de la Autoridad Olímpica ODA, Don Marc Bryant y Don Murray Armes Director Ejecutivo de SSL, encargado del desarrollo de las mesa de resolución de conflictos del citado proyecto, nos comentaban[2]

1 Tomando referencia de la practica en "Círculos de Dialogo" que se trabajaron en la clase de Maria Mumme impartida en el Máster de Mediación de la Universidad Carlos III de Madrid. **2** Notas extraídas de la conferencia organizada por El Club Español de Arbitraje en Mayo de 2013, con el fin de divulgar el éxito de la utilización de las Mesas de Resolución de Conflictos en el desarrollo del proyecto de los Juegos Olímpicos de 2010 en Londres.

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

su éxito pues consiguieron minimizar al máximo las controversias inherentes a dicho proyecto tan complejo.

Partiendo de la perspectiva de lo que supone el desarrollo completo de un proyecto de las dimensiones de cualquiera de las localizaciones de los pasados juegos Olímpicos, nos encontramos con proyectos en los que la presión del tiempo y la multiplicidad de agentes que deben intervenir, ya no solo en su ejecución sino en los anteriores y ulteriores preparativos para la celebración del evento nos llevan a imaginar dichos proyectos con la sombra del conflicto en cada uno de los minutos de su desarrollo y ejecución.

Con dichos antecedentes casi podemos pensar, –"¿cómo es posible la ejecución de todos los proyectos que no empleaban las MRC en su gestión?"– Principalmente porque el conflicto existe, pero también la necesidad de finalizar el proyecto con éxito, por lo que los intervinientes intentaran solventar los conflictos de la mejor manera posible con la intención de seguir trabajando, pero ¿qué pasa muchas veces con "la mejor manera posible" de resolver conflictos? Pues principalmente diríamos que no es "la mejor", es la que a diario "tenemos disponible", nos tenemos a nosotros mismos, y nos embarcamos en lo que llamamos "la negociación del conflicto bi-parte" pues son las dos partes las que negocian desde su posición el conflicto. Entonces ¿qué diferencia existe entre la citada negociación biparte y las MRC? Fundamentalmente, que las MRC son ajenas al conflicto, son el tercero que rompe el binomio entre las partes, que aporta la perspectiva externa neutral y diseñada para la resolución del mismo, la parte que procura las herramientas que ayudan a las partes a entender la posición del otro y a buscar las medidas necesarias para el entendimiento. En conclusión que su trabajo es evitar el conflicto o disolverlo antes de que escale, mientras que el trabajo de las partes es realizar las tareas contratadas para que el proyecto tenga el fin oportuno.

Muchas veces olvidamos la cantidad de recursos que pierden las empresas en disolver los conflictos que se les presentan constantemente, y no valoramos que si no se resuelven en el momento oportuno el conflicto escala y el recurso para su reparación se triplica o cuadriplica, lo que entorpece además las futuras relaciones entre partes y la buena consecución del proyecto. El conflicto ajeno repercute enormemente en el resto de los agentes del proyecto, de forma que se transmite al resto de los participantes de forma encadenada, pudiendo contagiar el proyecto en su totalidad. Por lo que podríamos decir que el conflicto de unos pocos, es el conflicto de todos los participantes del proyecto en el presente y en el futuro.

8.1. ¿Qué sucede con dichos escenarios, en los que se nos presenta el reto del desarrollo de un proyecto constructivo de mediana o gran dimensión?

Ante un proyecto constructivo de las citadas características nos encontramos en origen la figura del inversor o propietario de la idea, en el caso de los juegos Olímpicos o de otros proyectos de carácter urbano, de infraestructuras o energéticos, la propiedad es el Estado del país que los promueve, pero en muchos otros casos la propiedad de grandes proyectos es privada. Una vez que el proyecto tiene la financiación adecuada se saca a concurso su diseño, para ello se invita a participar a los grandes estudios de arquitectura o en el caso de infraestructuras a los estudios de ingeniería. Establecida la adjudicación de la autoría del proyecto se pasa a elaborar el proyecto básico y de ejecución con el que sacar a concurso la realización del mismo por la empresa constructora o empresas en el caso de haber considerado una UTE para su realización. Después de su adjudicación la constructora procederá a su vez a la subcontratación de todas las unidades de obra para su consecución según la planificación establecida.

Esta es de forma sintetizada el proceso natural de cualquier proyecto constructivo, podemos revisar lo comentado y tomar consciencia de la cantidad de agentes que puede incluir un proyecto de grandes dimensiones, pues consideremos que cada empresa mencionada aportara un equipo de personas especializadas para desarrollar cada una de sus fases. Por lo que nos podemos encontrar con cientos de empresas implicadas en un mismo proyecto. Propiedad, Equipo de Project Manager, Estudio de Arquitectura, Dirección de obra, Ejecución de obra, Empresas subcontratistas. Todos ellos formados por Jefes de obra, asistencia técnica y equipos de ejecución. En muchos casos son miles de personas las que pueden pasar por cada uno de estos proyectos, por lo que podemos imaginar la cantidad de conflictos que se pueden generar, solo por la coexistencia de todas estas personas en un mismo lugar y con un mismo objetivo, pero no con una misma opinión (o con discrepancias).

8.2. ¿Cuáles es el origen del conflicto en los proyectos constructivos?

En términos globales el conflicto surge de la diferencia de opinión (o discrepancia) de un mismo concepto en el que están implicadas dos o más personas. Si consideramos cada uno de los miles de conceptos que hay que discutir en un proyecto, podemos concluir que van a existir distintas opiniones sobre la mayoría de ellos. En general la opinión se solventa con la sumisión a lo diseñado, pero mucha veces lo diseñado adolece de toda la previsión posible, pues las obras toman vida propia y no siempre podemos prever lo imprevisible, o no de la manera que nos hubiera gustado hacerlo.

Los conflictos pueden originarse por razones climatológicas, políticas, indefiniciones de diseño, gestión de la contratación, geotecnia imprevista, por falta de una buena gestión del proyecto, por dificultades en la comunicación entre todos los intervinientes, por diferencias culturales, por disfuncionalidad de los equipos de trabajo, y finalmen-

te por una alta incertidumbre provocada por cualquiera de los aspectos comentados anteriormente, lo que desencadena la aparición de la desconfianza y de la baja evaluación de los riesgos.

En este punto, podemos imaginar lo útiles que pueden ser las MRC, para ir limando las asperezas lógicas de cualquier proyecto de las citadas dimensiones. Si desde el origen implicamos a un grupo de profesionales que con su experiencia acompañan a los generadores del proyecto y se van integrando en la consecución del mismo, nos encontramos que las diferencias de opinión se pueden gestionar de forma eficiente si el trabajo del tercero neutral es efectivo. Si se va avanzando en el desarrollo de los diferentes trabajos y se evita que los problemas crezcan o se expandan el proyecto puede fluir de manera efectiva.

8.3. ¿Cómo implantar las MRC en un proyecto?

Las MRC se deben implantar desde las fases más tempranas del proyecto, si consideramos que desde las fases iniciales del diseño ya pueden aparecer las primeras discrepancias al respecto y además unimos que los posibles futuros conflictos pueden estar fraguándose en dichas fases, debemos ir instaurando una gestión preventiva que considere escenarios imprevistos, que aplique medidas realistas respecto a la aparición del conflicto, que promueva los altos estándares de calidad en diseño, que trabaje con precios realistas y que establezca una gestión colaborativa en todos sus estadios. Si avanzamos con estos estándares y nos introducimos en el resto de las fases antes mencionadas, se promoverá las auditorias previas a las contrataciones del resto de los agentes implicados, se propondrá una activa monitorización de los progresos y de los costes. Finalmente se promueve los métodos de no-escalada de conflictos en los que se promueve la negociación asistida entre miembros del equipo, entre directores de áreas o empresas participantes, procurando encontrar nuevas soluciones generadas fuera de los ámbitos del contrato establecido y ayudados por la intervención de los profesionales encargados de las MRC

8.4. ¿Cómo funcionan las MRC?

Las MRC estarán formadas por un equipo de profesionales que se irá adaptando a las necesidades del proyecto, en principio la MRC contara con un equipo base que permanecerá en todas las fases de proyecto y se completara con profesionales especializados que intervendrán en sus distintas fases y que proveerán con su experiencia de las herramientas necesarias para las actividades anteriormente descritas, por lo que en general serán técnicos formados en habilidades de ADR (Alternative Dispute Resolution) o Resolución de Conflictos (Mediación, MRC, Mesas de diálogo, etc.)

En su aspecto económico las MRC suponen un gasto para el proyecto estimado en 0.05/0.26% del precio de construcción[3].

Podríamos considerarlas como un "seguro obligatorio de resolución de conflictos" para todos los participantes del proyecto, pues todos deben suscribirse a ella en su contrato y pueden hacer uso de su servicio en caso de necesidad propia o por invitación de otro miembro del proyecto.

Como ejemplo podríamos considerar un posible conflicto en el que una empresa constructora descubre que pueden existir riesgos de contradicción geotécnica del proyecto respecto a la solución tomada en el diseño de la cimentación. En este caso la constructora determina solicitar un estudio geotécnico más amplio y propone un cambio considerable en la solución adoptada para la cimentación. En este caso existe el riesgo de paralizar la obra por grave error de diseño del proyecto. Así mismo la propiedad según los consejos del arquitecto duda de la necesidad del cambio que sugiere la constructora y que implica un aumento considerable de la partida dedicada a la cimentación. En este caso, un proyecto con el mencionado conflicto y sin MRC optaría por tener reuniones de negociación en las cuales cada parte proporcionaría sus informes geotécnicos y de calculo que solventan su opinión sobre la mejor solución para la cimentación, como podemos imaginar, las reuniones y negociaciones van a ser importantes y prolongadas, lo que puede hacer que el proyecto sufra una paralización en su planificación de proyecto. Finalmente se puede llegar a una u otra solución pero en muchos casos y en su vertiente más extrema puede incluso que la constructora abandone la ejecución del proyecto si considera que no quiere arriesgar su ejecución a futuros fallos o colapsos de la estructura por la mala ejecución de la cimentación.

8.5. ¿Qué sucedería en el caso de la existencia de la MRC en el proyecto?

El proceder seria idéntico, pues en cuanto la constructora detectara la discrepancia acudiría a la MRC para gestionar el conflicto, quizás durante la intervención de la MRC las partes consideraran solicitar un estudio geotécnico independiente, para tener una tercera visión de la discrepancia, se promovería entre las partes el entendimiento y la búsqueda de nuevas soluciones planteadas fuera de los límites de su contrato, se plantearían cuestiones del tipo: ¿es un problema con otro trasfondo? ¿Es un problema monetario? ¿De imagen? ¿De

3 Según datos aportados por Don Murray Armes Director Ejecutivo de SSL, encargado del desarrollo de las mesa de resolución de conflictos del Proyecto Constructivo de las Olimpiadas Londres 2010, durante la conferencia organizada por El Club Español de Arbitraje en Mayo de 2013. La DRBF Conference NY de Octubre 2012 consideran un gasto medio del 0,1% del importe de ejecución total del proyecto

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

tiempos? ¿De responsabilidades? ¿Qué consecuencias a corto y largo plazo conlleva?... y se plantearían cuestiones fuera del entorno exclusivo del proyecto ¿En qué manera les afecta individualmente paralizar la obra? ¿De qué forma les afectaría la publicidad derivada del conflicto?

Bajo mi experiencia como Gestor de Proyectos, Director de Compras y Contratación en el sector de la construcción en proyectos Nacionales e Internacionales, el conflicto es inherente al proyecto, sabemos que va a ocurrir y muchas veces dejamos que ocurra, pues no existe tiempo material de gestionarlo hasta que es irremediable. Las MRC van a proporcionar a los intervinientes una herramienta que evita la postergación de la resolución temprana de las discrepancias y que activa todo un mecanismo de ayuda para que las partes puedan seguir con su trabajo y la discrepancia se solvente de la mejor manera posible y sobre todo la más rápida y económica.

8.6. Metodología de las Mesas de Resolución de Conflictos

La Metodología de las Mesas de Resolución de Conflictos en el ámbito industrial y de la construcción, se desarrolla de la misma manera que proceso anteriormente explicado para la Mediación en proyectos constructivos e industriales, pues como comentábamos anteriormente las características de los citados proyectos, generan la necesidad de diseñar desde el origen mesas de mediación, en las que según sea la necesidad del conflicto que se plantea, la mesa necesitara incluir a los agentes necesarios para que se resuelva.

La diferencia estriba en que la mediación es preventiva y acordada por todas las partes, por lo que todos los agentes implicados pueden solicitar el servicio de mediación en cualquier momento del desarrollo natural del proyecto, lo que dará lugar a una estructuración natural de las mesas de mediación, pues las partes de forma implícita invitaran a la mediación a los agentes que ellos consideran pueden resolver el conflicto, en este caso el mediador juega con ventaja, pues cuando en el proyecto se ha generado una dinámica de resolución de conflictos, todos los agentes están predispuestos a la colaboración, pues se crea una sinergia grupal de actuación, pues una de las normas pactadas por todos los implicados es la de sumisión a la mediación. Los grupos emocionalmente inteligentes reconocen que forman parte de un sistema social más amplio y trabajan para desarrollar relaciones que puedan facilitar su efectividad (Cherniss y Goleman, 2005).

Como comenta Daniel Goleman en referencia a los métodos que utiliza la escuela Self Sience sobre entrenamiento emocional en resolución de conflictos, el objetivo no es evitar los conflictos, es resolver los desacuerdos antes de que estos escalen a un nivel de batalla (8)

Básicamente seria promover un entrenamiento del equipo que desarrolla el proyecto en resolución de conflictos, mientras realizan sus labores técnicas. Se establece que una de las normas a las que se someten todos de forma voluntaria es la mediación en caso de controversia y se les provee de las herramientas necesarias para que lo puedan poner en práctica de forma coordinada.

En conjunto operaríamos con la misma metodología, pero mantenida en el tiempo y a lo largo de todo el proyecto, generaríamos las mesas de mediación cuando cada agente lo solicitara, haríamos una mediación escalonada con los agentes implicados, procederíamos con acuerdos parciales si fuera el caso y procederíamos siempre con un seguimiento de los acuerdos, todo ello, concatenaría la resolución de las diferentes discrepancias, pues es habitual que en estos casos como hemos comentado los desacuerdos estén encadenados o interrelacionados, pues todo el proyecto está profundamente conexionado.

Las MRC son una realidad en el Reino Unido y en Estados Unidos que lleva funcionando más de 20 años con muy buenos resultados, es hora de que las empresas españolas puedan apoyarse en estas herramientas para la mejora en el desarrollo de sus proyectos a la vez que las fortalece en sus relaciones empresariales y les ahorra una considerable cantidad de recursos, económicos y de tiempo.

9. Conclusiones

Quiero concluir comentando que lo referido al desarrollo de las MRC es aplicable completamente a la Mediación Mercantil, pues los proyectos industriales y constructivos siempre guardan las mismas características en su desarrollo independientemente de la magnitud del mismo. Por lo que un pequeño proyecto de construcción de viviendas adolece de la misma complejidad de relaciones contractuales, solo que estás son menores en número y complejidad, pero las unidades de obra que la componen y los intervinientes a nivel de diseño y ejecución siempre son los mismos. La visión aportada en referencia a la descripción de un proyecto y la aplicación de cualquier Método de Resolución de Conflictos ya sea Mediación Mercantil o MRC es común en todos los proyectos de este ámbito.

Por ello refuerzo mi discurso concluyendo que cualquier tipo de Método de Resolución de Conflictos es imprescindible en cualquier proyecto industrial y constructivo, pues es casi imposible pensar que ninguno de ellos no va a pasar por una etapa conflictuada, por lo que deseo y espero que en un futuro no muy lejano, y con una debida difusión, los "Métodos de Resolución de Conflictos" se establezcan como parte de cualquier servicio necesario en las empresas españolas, sea cual sea el sector en el que desarrollen su actividad.

EXTENDED SUMMARY

Mediation in construction and industrial projects

Beatriz Rodríguez de la Flor de Marcos
Commercial Mediator - Founder of BDR&Med Mediation Firm–Ciarb Member - Construction Specialist - Negotiation and Contract Expert - Architect- Executive Coach - Commercial Mediation Professor.
beatriz@bdrandmed.com - www.bdrandmed.com
Received: 07/01/2014
Accepted: 03/02/2014

ABSTRACT: This article addresses the application of two different Conflict Resolution Methods. First, an explanation is given of "The Commercial Mediation" work in all the aspects of industrial and construction companies' developments. Second, there is an explanation of the "Conflict Resolution Boards", an exclusive arrangement of construction and industrials project developments. We show the perspective of pioneer countries like the United Kingdom, and we discuss their application based on the cases dealt with by the Technological and Construction Court in this country; we explain the commercial mediation methodology in general, and we give a short example of a construction project in order to have a better understanding of how these conflict resolution methods are applied.
Key words: Commercial Mediation, Conflict Resolution Boards, Construction Mediation, Industrial Mediation, Project Mediation.

1. Introduction

In order to introduce mediation in the industrial and construction sector, it is necessary to consider the specific context of this specialised kind of projects that have certain specific technical characteristics that make it special in how works are developed, which might lead, therefore, to conflicts.

2. Nature of Conflict Cases in the Industrial and Construction Sector

Even if the nature of these cases could be considered too large as a whole range of conflicts should be explained concerning the abovementioned fields, reality shows that there is an implicit practice in conflict resolution that companies wish to manage more often.

According to our experience, the issues companies mostly wish to solve are those deriving from construction errors, design problems, changes in contract conditions due to changes in agreements reached or to new conditions that were not envisaged by contracts, changes in work plans and payment problems.

Currently, we cannot state to what extent some of the cases are more challenged than others as there are not data enough in Spain to conduct a thorough inquiry. However, the consultation and the mediations carried out can be a valuable foundation of what we believe to be the nature of these cases.

A prestigious study conducted by the King's College of London[1] called "The Use of Mediation in Construction Conflicts" shows the results of mediation implementation in the industry and construction field between 1999 and 2009. Using its expertise and the data provided by it, three are the kind of cases the Court of Technology and Construction of the United Kingdom knows of are as follows:

- As indicated above, the highest number of cases brought to the before mentioned Court is related to construction defects (or construction vices), 18%, followed by payment issues, 13%, and property damages, 13%, and then design issues, 12%.
- Intuitively, we could say that the cases that use mediation in the industrial and construction sector in Spain are those cases in which conflicts have higher relevance for the UK's Courts.

3. Mediation's Methodology in Construction and Industrial Projects

The methodology used by this mediation specialisation is very specific to the sector, and is regulated by the Construction Organic Law[2], which stipulates the agents in the construction process in order to encourage quality and focusing on the basic requirements and obligations of these agents in the construction process.

The Law considers the responsibilities of all the actors involved in the building process: the owner, developer, project designer, constructor, works manager, implementation director, supplies, control bodies; all actors must comply with the Law, and their relations are linked so that they can create a final product as a result of their individual good action. For this reason, the construction process is a chain process of individual processes that converge in a final element that would hardly exist without them.

A clarifying example: imagine a conflict in a construction company with an external actor such as the work manage-

1 Research Study: "The Use of Mediation in Construction Conflicts" 2009 conducted by the Centre for Construction Conflicts Rights and Resolutions of King`s College of London and the Court of Technology and Construction of the United Kingdom. **2** Building Organic Law 38/1999 of November 5 published by the Spanish Official Gazette on November 6, 1999 whereby building processes are regulated, updating and completing the legal configuration of the actors involved in this building process.

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

ment team, which is, in its turn, the internal actor the project is related to. In this case, the construction company could not work exclusively in mediation with the leading architect of the work, as it should be considered how his relation to the project might affect his business activity.

The procedure used in this special methodology is only used in this kind of projects. Therefore, from the beginning of the process, a multiparty mediation board should be set up[3].

Multiparty mediation boards

Multiparty Mediation Boards are, therefore, the starting point of the process, and all the mediation processes should include them. Setting them up is initiated at the voluntary request of the parties; currently there are few written contracts including mediation clauses, although this should be the first track the parties take to request a mediation service. Nowadays, the request is submitted by one of the parties and it is either the mediator or the institutions who invites the other party to the informative session to start the process. According to our methodology, the mediation request should implicitly entail a thorough study of the problem in the conflict; as stated above there are several actors involved in the construction process, therefore there will be several actors in entire the process and the mediation board must be shaped and structured from the moment one of the parties makes the consultation.

After estimating how many agents are involved in the conflict, it is worth noting that mediation in constructive projects is a multiparty mediation[4]. The conflict is surely affected by the action of more than two actors; therefore all the parties involved must participate in it, otherwise the solution will not be feasible.

Step-by-step mediation

Also, these projects have another specific condition, which is the existence of a very comprehensive planning of works that is subject to heavy economic penalties in the event the work of one actor stops the project planning as a whole. Mediation must take these concepts into account as timing should be adapted to quickly comply with agreements or step-by-step mediation should be considered to reach partial agreements that do not interrupt the project's planning.

Renovation of mediation

Third, there is a last differentiating concept linked to the previous ones: consider that mediation never totally ends until the project is completed, as in general an agreement follow-up process is done by the mediators to verify that agreements are complied with. In this case, and according to the specific nature of these cases, mediation can be phased so that it adapts to the fulfilment of the milestones established by the project's planning; even if the conflict is solved at one of the last steps, it is necessary to think about the last follow-up phase we mentioned above, so, considering how complex these projects are and how the actors that participate in them are linked to each other, usually mediation is restarted at a given moment.

Hence, and as we will see in the next sections, considering Conflict Resolution Boards within the projects is another option so that through Preventive ongoing Mediation the project matches a mediation process that would dilute inherent conflicts throughout the project.

4. Conflict Resolution Boards

Conflict Resolution Boards are a tool used by large construction projects in order to anticipate to conflict. It can be basically defined as a conflict resolution method based on early preventive intervention, which uses different tools to anticipate to the conflict and to avoid escalation.

4.1 What happens when facing a scenario in which a medium or large construction project is presented?

When facing a medium or large construction project, the figure of the investor or the owner of the idea appears; in the case of urban, infrastructure or energy projects ownership belongs to the State of the country promoting the project; however, ownership of big projects is, in many cases, private. Once the project has been granted the appropriate funding, its design is put out for tender and relevant architecture firms are invited to the call, or infrastructure companies in the case of engineering studies. Once the ownership of the project is established, the basic and implementation project is made and a call for tender is proposed for the construction itself by the construction company or companies if temporary joint-ventures have been established. After the grant, the construction company will proceed, in its turn, to contracting all the work units so that it is completed according to the plan established.

This is the summarised natural process of any construction process; if we look at it again we can see the great number of actors involved in a huge project, as we need to know that each company will provide a team of specialised people to develop each phase. Therefore, we might encounter hundreds of companies involved in one project: Ownership, Project Management team, Architecture Firm, Work Management, Work Implementation, and Contractors. All of them include Heads of Work, technical assistance people and implementation teams. In many cases there are thousands of people in each project,

3 "Manual de Mediación" by Celia González-Capitel Editorial Atelier Barcelona 2001 Chapter IV "Diferentes tipos de Mediación", Section "Mediación Multipartes", Pages 138 and following. **4** The reference is the "Dialogue Circles" practice worked out during a course given by Maria Mumme in the Madrid's Carlos III University Mediation Master's Degree

so imagine how many conflicts might arise only due to the co-existence of all these people at the same place, with the same goal in mind, but with different opinions (or discrepancies).

4.2 What is the origin of conflicts in construction projects?

In general, conflicts arise when there are differences of opinion (or discrepancies) about the same concept in which two or more people are involved. If we consider each one of the thousands of concepts to be discussed in a project, we can assume that there will be different opinions about most of them. Mostly, differences of opinions are sorted out by resorting to the design, but often the design is not accurate enough as work have their own life and it is not always easy to foresee the unpredictable, or to do things we would have liked them to be.

Conflicts can be originated by many reasons including: climate, politics, unclear design, contracting management, unexpected geotechnics, lack of a good project management, difficulties related to the communication between participants, cultural differences, dysfunction of the working teams, and also due to high uncertainty caused by any the before mentioned aspects, which triggers mistrust and low evaluation of risks.

At this point, we can imagine how useful Conflict Resolution Boards can be to bridge the logical differences of any medium or large project. If a number of professionals are involved from the beginning to accompany the project's managers and integrate in the implementation of the project we see that differences of opinion can be managed in an efficient way provided that the work of the third neutral party is effective. If the different works progress and if it is avoided that problem grow or expand the project can flow in an efficient way.

4.3 How are Conflict Resolution Boards implemented?

Conflict Resolution Boards must be implemented from the earlier phases of the project, if we consider that in the initial phases of design the first discrepancies can arise, and also, future potential conflicts can be forged in these first phases, so preventive management must be established considering unforeseen scenarios, applying realistic measures concerning the disappearance of the conflict, promoting high quality standards in terms of design, working with realistic prices and establishing collaborative management at all levels. If we make progress with these standards and introduce them in all in the remaining phases mentioned above, audits prior to contracting can be promoted, and an active monitoring of progress and costs can be proposed. Finally, non-escalation of conflicts methods are promoted in which assisted negotiation between the team members is promoted and also among area directors and participating companies, trying to find new solutions outside the scope of the established contract, helped by the intervention of the professionals in charge of the Conflict Resolution Boards.

4.4 How do Conflict Resolution Boards work?

Conflict Resolution Boards are formed by a team of professionals that adapt to the needs of the project; typically, Conflict Resolution Boards have a basic team, kept throughout all the phases of the project, and this team can be completed by specialised professionals who will intervene in the different phases and provide expertise with the necessary tools for the before mentioned activities; in general, these technicians will be trained in ADR (Alternative Dispute Resolution) abilities or in Conflict Resolution Techniques (Mediation, Conflict Resolution Boards, Dialogue Tables, etc.)

Concerning their financial aspect, Conflict Resolution Boards imply an estimate expense for the project accounting for 0.05/0.26% of the construction price[5].

We could consider them as a "compulsory insurance to conflict resolution" as all the participants in the project have to respect the contract and can use them if need be or upon invitation of another project's member.

Conclusions

In my experience as Project Manager and Purchasing and Contracts Manager in the construction sector for national and international projects, conflicts are inherent to projects; we know a conflict is going to occur as there is no material time to manage it until it is unavoidable. Conflict Resolution Boards provide the participants with a tool that prevents from procrastinating early resolution of discrepancies, and a tool that activates the entire help mechanism the parties have to continue working the best way possible and, above all, in the fastest and less expensive manner.

Referencias bibliográficas

- Cherniss, C. y Goleman D. (2005). Desarrollar inteligencia emocional grupal. En Autor (ed.), Inteligencia Emocional en el Trabajo (pp. 225-227). Barcelona: Editorial Kairos.
- Goleman, D. (1996). Detener la Escala de hostilidad. En Autor (ed.), Inteligencia Emocional. (pp. 401-402). Barcelona: Editorial Kairos.
- González-Capitel, C. (2001). Diferentes tipos de mediación. En Autor (ed.) Manual de Madiación (pp. 129-183). Barcelona: Editorial Atelier Libros.
- Gould, N., King, C., Hudson-Tyreman, A., Betancourt, J. C., Ceron, P., Lugar, C. Li, M. Y. (2009). The use of Mediation in Construction Disputes. London: King's College London. University of London.

5 According to date of the DRBF Conference in NY held in October 2012, the average cost of the Project accounts for 0.1% of the total amount of the Project

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

Mediación en empresa familiar: más allá del protocolo familiar

Mediation in family businesses: beyond the family protocol

Nuria Susana Lasheras Mayoral
Mediadora Especialista Empresa Familiar. Terapeuta Familiar. Abogada y economista.
nuria.lasheras@mediarteweb.com

Manuscrito recibido: 14/01/2014
Manuscrito aceptado: 03/02/2014

RESUMEN: La idiosincrasia de la empresa familiar la conforma el tejido de emociones y valores que sustentan el compromiso de los familiares que en ella trabajan. La multiplicidad de roles y la alta emocionalidad dificultan la gestión constructiva de los conflictos. La mediación es una herramienta poderosa al alcance de la empresa familiar, que puede contribuir a que sea capaz de afrontar los retos que se presentan en el área de profesionalización. Se defiende que la empresa familiar acuda al mediador con la naturalidad con la que recurre a otros profesionales de apoyo en su día a día como el abogado, al gestor o al especialista en sistemas informáticos. Además estos profesionales tienen un papel importante a la hora de derivar a mediación a las empresas familiares cuando tengan conocimiento de que lo necesitan. La experiencia norteamericana en mediación en empresa familiar así lo avala.

ABSTRACT: The idiosyncrasy of family businesses is made by the fabric of emotions and values that support the commitment of the family members who work in a family company. The multiplicity of roles and the high emotionality involved might hinder a constructive management of conflicts. Mediation is a powerful tool available for family businesses, and it can help the people to be able to face the challenges that might rise in the area of professionalization. It is advocated here that family businesses should use mediators as naturally as they rely on other professionals on a daily basis such as lawyers, managers of IT experts. Moreover, these professionals play an important role when it comes to refer family businesses to mediation whenever they know it is needed. The North-American experience in family business mediation is a support of the above.

Palabras clave: Empresa familiar, mediación, conflicto, sucesión, profesionalización.

Key words: Family Business, mediation, conflict, succession, professionalization.

1. Introducción

La idiosincrasia de la empresa familiar la conforma el tejido de emociones y valores que sustentan el compromiso de los familiares que en ella trabajan. Y puede ser una gran fortaleza o bien una debilidad, puesto que si surgen conflictos que los familiares no saben cómo atajar, lastran el compromiso y liberan una alta carga emocional, a la vez que debilitan el entorno empresarial y familiar.

La Mediación es una herramienta poderosa y novedosa, que ofrece una alternativa cuando las personas implicadas en el conflicto son incapaces de llegar a un acuerdo. En cualquier tipo de conflicto y sea quienes sean los intervinientes, y dando cabida a la multiplicidad de roles que cada sujeto en la empresa familiar acumula.

Titulo mi artículo "Más allá del protocolo familiar" porque defiendo que la Mediación sea una herramienta cotidiana que las empresas familiares utilicen igual que la consultoría experta en sistemas informáticos o en contratación de personal, o bien el asesor legal o el abogado de empresa. El factor tiempo, además, es vital a la hora de afrontar el conflicto.

Coincido con otros autores en que la mediación es vital a la hora de redactar un protocolo familiar, y que éste es muy útil a la hora de prevenir conflictos. Pero la realidad nos indica que sólo la mitad de las empresas familiares se han planteado abiertamente el momento sucesorio, y tan sólo 1 de cada 5 de estas tiene protocolo familiar según recoge el informe de La Empresa Familiar en la Comunidad de Madrid[1].

2. Empresa Familiar versus Familia Empresaria

Los parámetros en base a los cuales gira la casuística propia de la empresa familiar o familia empresaria son analizados en el artículo "La Familia Empresaria en la terapia de Familia y Pareja" escrito por quien suscribe este artículo (Lasheras, 2008).

La relación entre la familia y la empresa a la que está ligada es un tema objeto de estudio en el campo de la teoría de las organizaciones y de la empresa. Esto es, como el ser familia empresaria influye en la empresa, y cómo las decisiones empresariales y la interrelación de los miembros de la familia en el seno de la empresa influye en la familia.

Estas son algunos aspectos más gráficos:

- La familia empresaria comparte un legado y origen común; esto es, comparten el control y gobierno de una empresa que, a su vez, es parte esencial de su identidad. En la familia empresaria existe un deseo y voluntad de continuidad en la empresa que se manifiesta en la vocación de transmisión de la empresa y su cultura a través de las generaciones.
- La empresa familiar es un sistema social complejo en el que se interrelacionan tres subsistemas: familia, empresa y propiedad.
- La principal fuente de estrés de la empresa familiar entre los miembros de la familia que trabajan en la misma es la relación familiar propiamente dicha; esto es, el carácter de relación personal que comparten los miembros de la familia. De hecho, los roles familiares o los celos entre hermanos se transfieren también al trabajo.
- La íntima interconexión entre familia y empresa provoca que, con frecuencia, se deban cuidar y solventar los problemas derivados de los siguientes aspectos:
  - Solidaridad familiar: Se manifiesta en que con frecuencia se toman decisiones en la empresa que benefician a la familia aunque no sean las más adecuadas para la empresa. Por ejemplo, en las decisiones relativas a la contratación de familiares en la compañía
  - Defectos en la comunicación: Si en la familia hay poco diálogo es probable que en la empresa también haya escasez de comunicación de la familia con respecto a los temas de organización o propiedad de la compañía.
  - Existencia de secretos: Es frecuente considerar los temas de la empresa como una prolongación de los de la familia, los cuales no deben ser aireados en público. En consecuencia, no se discute suficientemente sobre los problemas y necesidades de la empresa puesto que son equiparados en el seno de la empresa con los secretos familiares.

La investigación que se detalla en el artículo tiene como objetivo demostrar que la existencia de la empresa familiar en el seno de una familia nutre y retroalimenta aspectos tan importantes de la misma como la propia historia familiar, la relación entre los miembros de la familia y su propio sistema de valores.

Esta hipótesis de partida se ve corroborada en los aspectos que encontramos en las familias empresarias analizadas fruto de la investigación, teniendo en cuenta que todas se encontraban en segunda generación en el momento del estudio.

- El fundador de la compañía constituye la empresa contando con su mujer; esto es, los dos son propietarios de la misma y en muchos casos ambos trabajan en la compañía.
- Los fundadores transmiten el amor por el negocio a sus hijos. Éstos crecen conociéndolo, relacionándose con

1 CEIM Confederación Empresarial de Madrid – CEOE y la Cámara Oficial de Comercio e Industria y Madrid con el patrocinio de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid "La Empresa Familiar en la Comunidad de Madrid", 2010.

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

personas del entorno laboral (trabajadores, clientes, proveedores) y en muchos casos siendo partícipes en las consultas de decisiones estratégicas del negocio, tengan o no formación o experiencia empresarial.
- Cuando se comparten relaciones laborales y familiares existe el riesgo de que malas relaciones laborales desemboquen en malas relaciones familiares; esto es, que existan conflictos que enturbien las relaciones familiares.
- En el seno de la familia empresaria la cuestión de la sucesión en la dirección de la misma es vital. Cuando los fundadores se acercan a la edad de jubilación suelen recurrir en primer lugar a miembros de la familia, lo cual genera cambios y expectativas cumplidas o frustradas según los casos.

Son negocios hechos a la medida del fundador que los creó por lo que todos los hijos que continúan al frente del negocio son comparados con la forma de ser y de trabajar de su padre. El éxito de la sucesión consiste en asegurar unos mismos valores de base, al tiempo que los hijos consiguen diferenciarse de su progenitor haciéndose respetar en su individualidad.
- La continuidad de la empresa familiar se asocia a la continuidad de los valores con que la misma se fundó, que se afianzaron como cultura de la empresa, y que son los valores propios de la familia. Este aspecto genera confianza en los clientes, proveedores y empleados.
- Las decisiones de peso de la empresa se toman contando con la familia.
- La relación que mantienen los miembros de la familia que trabajan juntos ha cambiado desde que comparten también ámbito laboral.
- Se manifiesta confianza entre los miembros de la familia que trabajan juntos. Confianza en que la otra persona actuará de forma ética pensando en el buen fin del negocio. Y confianza en cuanto a cercanía y apoyo en el trato personal.

3. La empresa familiar en la economía española

En España aproximadamente el 80% de las empresas son familiares, y representan el 70% del PIB. Dentro de la Comunidad de Madrid se estima que la cifra de empresas familiares es de 63%, y que generan la mitad del empleo privado.

Me hago eco en este apartado de la reflexión que lleva a cabo Juan Corona (2012), director académico del Instituto de Empresa Familiar.

"La significación de las empresas familiares como elemento dinamizador de la economía se sustenta no sólo en su importancia cuantitativa sino por los elementos cualitativos que caracterizan a este tipo de empresas, tales como:
- Potencial innovador
- Gran capacidad de creación de empleo ya que suponen más del 70% del empleo de la Unión Europea y una de las mayores contribuciones a la producción económica
- Motor de desarrollo económico y regional. Sus inversiones a largo plazo aportan estabilidad y permanencia a las regiones ya que los propietarios familiares de negocios no acostumbran a cambiar su lugar de residencia, luego el domicilio de la empresa acostumbra a ser el mismo
- Estimulan el afán emprendedor ya que proporcionan un campo de entrenamiento para los empresarios del futuro. Tienen una fuerte ética de empresa, estrategia empresarial a largo plazo y conciencia de responsabilidad social y ambiental.
- Percepción de calidad por parte de clientes, proveedores y trabajadores basada en su buena reputación.
- Responsabilidad social corporativa ya que transmiten valores familiares con un alto sentido de responsabilidad social.
- Estrategia a largo plazo ya que tienen una estructura de capital estable normalmente respaldada por las finanzas familiares y con una estructura, estrategia actuación sostenible a largo plazo." (Corona, 2012, pp. 9-10).

De hecho las empresas familiares se distinguen por el compromiso y dedicación de los integrantes de la familia propietaria con el negocio, por lo que en tiempos de crisis se resisten a ajustar la plantilla. Consecuentemente, sobre todo en primera y segunda generación son compañías muy capitalizadas con una buena cuenta de reservas ya que no suelen repartir dividendos.

Como contrapartida, es frecuente que carezcan de órganos de gobierno autónomos y eficaces ya que éstos sólo existen sobre el papel y que los puestos de responsabilidad pueden estar ocupados por personas que son de la familia y que por ello los méritos se dan solo supuestos. Estos dos hechos son denominados con frecuencia como falta de profesionalización de la empresa familiar.

4. La empresa familiar en la Comunidad de Madrid

El informe de La Empresa Familiar en la Comunidad de Madrid (CEIM, Cámara de Comercio y Comunicad de Madrid, 2010) describe la realidad de la empresa familiar identificando oportunidades y áreas de mejora.

Los aspectos más destacados en cuanto a situación generacional y estructura organizativa son los siguientes:
- Concentración de la propiedad de la empresa en manos de una sola familia en un 96% de los casos
- Mayoritariamente se encuentra en primera y/o segunda generación, y su antigüedad media se sitúa entre los 20 y 30 años.

- El liderazgo es ejercido por los hombres mayoritariamente y la edad del máximo ejecutivo supera los 50 años en más de la mitad de los casos.
- Más de la mitad de las empresas cuentan con un plan de sucesión o piensan elaborarlo, si bien sólo una de cada cinco tiene un protocolo familiar escrito; mientras que el resto de empresas estudiadas manifiestan desconocer este instrumento.
- El máximo directivo de la empresa coincide en la mayor parte de los casos con el máximo accionista, aunque es también frecuente que el directivo principal sea un familiar accionista no mayoritario.
- La dirección de la empresa familiar se compone en exclusiva por miembros de la familia propietaria o bien con la participación de profesionales externos.

5. Oportunidades para la empresa familiar

El informe identifica ventajas competitivas propias de la empresa familiar así como problemas específicos que conviene abordar.

Las ventajas competitivas son fruto de la flexibilidad de su estructura, reflejada en términos de una mayor comunicación y de una línea de mando más corta, que permite una mayor orientación al cliente, la capacidad de fidelizar a clientes y proveedores, la transmisión generacional de valores, la apuesta por invertir en fondo patrimonial dentro de la empresa así como la credibilidad del mercado.

Los problemas específicos que se detectan proceden de la combinación de factores familiares y empresariales tales como:

- La sucesión, siendo más frecuentes los conflictos en el paso de la segunda a la tercera generación familiar
- La estructura de la propiedad, ya que se caracterizan por ser mono-negocio y cuentan con una única familia propietaria mientras que los modelos que funcionan tienden a la progresiva diversificación de la actividad.
- La profesionalización de la gestión ya que el nivel de cualificación de directivos y empleados limita la incorporación de nuevas mecánicas de trabajo que midan resultados y que mejoren la información necesaria para la toma de decisiones.

6. Áreas de mejora en la empresa familiar

El informe concluye identificando las iniciativas de impulso más adecuadas para este tipo de empresas.

De todas las medidas propuestas aquí recogemos aquellas que pueden desarrollarse con intervención de la mediación como herramienta de trabajo que contribuya a lograr estos objetivos. Todas ellas se encuentran dentro del eje de actuación de profesionalización.

- *Gestionar la organización de los recursos humanos con una visión más orientada hacia el medio-largo plazo*, que además debe completar medidas que estimulen la permanencia de los empleados y la evolución de sus perfiles profesionales.
- *Documentar un plan de sucesión generacional ordenada*, ya que es relevante para garantizar su supervivencia y la continuación de la actividad.
  - Buscar apoyo para llevar a cabo tal planificación
  - Tener en cuenta las tres realidades que confluyen en la sucesión de la empresa familiar: transmisión de la propiedad, transmisión de la gestión y evolución de la propia familia.
- *Dotarse de órganos efectivos de gobierno* para formalizar la estructura y la toma de decisiones. Esto facilita que las decisiones en su seno sean fruto del consenso y de una valoración previa por los diferentes agentes.

7. Retos para la empresa familiar

Recursos Humanos: Gestión del Compromiso del Talento

Las empresas familiares tienden a instaurar una férrea cultura corporativa basada en el compromiso como activo valioso. Sin embargo, el informe detecta que puede mejorarse la atracción y retención del talento en dichas organizaciones.

Identificar y gestionar con eficacia la insatisfacción de los empleados permite incrementar la cohesión interna, mejorar el clima laboral y reforzar la confianza de los empleados; aspectos determinantes para mejorar el rendimiento y la competitividad en las organizaciones

Un análisis transversal de las variables de reputación interna de Merco Personas, realizado por Villafañe & Asociados en su informe "La Reputación de la Empresa Familiar" en 2012, refleja que universitarios, empleados y directores de recursos humanos, coinciden en que los aspectos más importantes para atraer y retener talento. Son:

- la relación con mandos intermedios
- la calidad laboral
- las condiciones de trabajo

Estos tres aspectos, desde mi punto de vista, son idóneos para ser trabajados desde la mediación laboral puesto que se trata de aspectos no acotados en extremo por la norma laboral.

Es en el campo de la prevención y gestión del conflicto donde la mediación puede ser una eficaz herramienta de gestión de talento puesto que evita que las pequeñas fricciones habituales en cualquier relación laboral vayan tensando la cuerda de la relación laboral, que al final puede romperse.

Planificar la Sucesión

Los expertos coinciden en que la sucesión o relevo generacional es el momento más importante en la vida de una empresa familiar puesto que es vital para la armonía familiar y

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

el éxito empresarial. Se considera un momento crítico puesto que es cuando pueden aparecer más conflictos.

De hecho el informe de la Empresa Familiar en la Comunidad de Madrid (CEIM et al., 2010) indica que sólo algo más de un tercio de las empresas familiares llega a la segunda generación, y sólo alrededor del 10% o 15% de las mismas llega a tercera generación.

Con frecuencia el empresario familiar siente la necesidad de planificar el cambio generacional, pero el conflicto que intuye puede surgir hace que aplace definitivamente la situación.

Para motivar al empresario familiar considero que es positivo:

- Que perciba el cambio generacional como una oportunidad más que una amenaza. Puede ser una ocasión única para conseguir unir a la familia, utilizando a la empresa como elemento aglutinante y renovar la empresa para prepararla de cara a su futura gestión por la siguiente generación.
- Que se apoye en la gestión del proceso en los Mediadores expertos en las técnicas de Mediación, que guíen a la familia empresaria en el arte de alcanzar un acuerdo consensuado.

Así mismo considero que en cualquier conflicto relevante que la familia empresaria tenga que gestionar la mediación, pueden aportar mucho valor en la gestión operativa de la compañía y emocional de la familia.

Un conflicto bien gestionado puede tener una función dinamizadora de la familia y la empresa, ya que fomenta la creatividad, el compromiso, la cohesión del grupo ante los retos. Además permite la comunicación abierta y la atención a todos los intereses.

Órganos de gobierno

La existencia de órganos de gobierno efectivos en una sociedad favorece la gestión positiva de los intereses contrapuestos de los miembros de la misma en cada uno de los diferentes ámbitos que coexisten en la organización empresarial.

En la empresa familiar permite coordinar dos realidades, familia y empresa, que deben gestionarse por separado, mediante la instauración de un buen gobierno familiar y un buen gobierno corporativo. Esta separación permite evitar que la gestión empresarial se vea condicionada por los aspectos emocionales negativos que puede conllevar la familiar.

La Mediación, desde mi punto de vista, encuentra su espacio en dos ámbitos:

- En la gestión constructiva de los conflictos que surgen en la creación y modificación de los órganos de gobierno.
- En el apoyo a la Asamblea Familiar y el Consejo de Familia en la gestión constructiva de los conflictos que puedan surgir.

Gobierno Corporativo

Consejo de Administración

En la empresa familiar es frecuente, sobre todo en las primeras etapas, que el órgano de administración de la sociedad sea el propio fundador de la empresa, o uno de sus accionistas, como administrador único.

Lo más positivo para la empresa familiar es que dicho órgano de administración derive en un Consejo de Administración como órgano activo, informado e independiente.

La función del Consejo de Administración es entender la misión que la familia le confiere, traducirla en un plan estratégico y velar porque la dirección lo ejecute, controlando al equipo directivo. Así mismo debe servir de enlace con la Junta de Accionistas y el Consejo de Familia,

Junta General de Accionistas

Es el máximo órgano de gobierno de la sociedad, en ella todos los accionistas, familiares y no familiares, deliberan y votan sobre los puntos del orden del día.

- Los asuntos que deben ser votados en Junta son:
- Modificaciones de los estatutos sociales
- Nombramientos, renovaciones y ceses de los consejeros
- Política de retribuciones de consejeros y alta dirección
- Aprobación de las Cuentas Anuales, reparto de dividendos y variaciones de capital
- Fusiones o escisiones de la sociedad

El Consejo de Administración es responsable de presentar una información financiera completa y comprensible, que facilite la toma de decisiones en el seno de la Junta General de Accionistas.

Gobierno Familiar

La Asamblea Familiar

En la Asamblea Familiar se reúnen los descendientes del matrimonio fundador de la empresa para promover la unidad de la familia empresaria y el conocimiento de la empresa, tratando temas que conciernen a la relación familia-empresa como asuntos exclusivos de la familia.

La Asamblea Familiar es útil en segunda generación y siguientes; esto es, cuando la familia alcanza un determinado tamaño.

- Las funciones de la Asamblea Familiar son las siguientes:
- Formular los valores de la familia y la visión de la empresa
- Debatir su papel en la sociedad participando en la vida política y cultural
- Informar a los familiares sobre la evolución de la empresa
- Promover el entendimiento entre los miembros de la familia
- Apoyar a los miembros de la familia empresaria ante eventuales problemas que puedan surgir
- Asistir a las nuevas generaciones en su formación sobre la empresa

- Transmitir a la empresa puntos de vista sobre la familia
- Posiciones a adoptar en el Consejo de Administración

El Consejo de Familia

El Consejo de Familia se crea cuando el tamaño de la Asamblea familiar hace poco operativo su funcionamiento. Cuenta al menos con cinco miembros, y máximo diez, elegidos entre las ramas familiares y generaciones, debido a su capacidad y conocimientos.

8. Función del mediador de empresa familiar

De acuerdo con Hayne y Usdin (1997), el mediador de conflictos en empresa familiar debe ser neutral y externo a la familia y a la empresa y persigue modificar el enfoque desde el cual cada parte plantea la negociación para generar reglas de juego de colaboración, en que todos ganen.

En Estados Unidos, donde la mediación lleva treinta años instaurada, la experiencia de los mediadores que trabajan con empresas familiares es que el 75% u 85% de las personas que acuden a mediación consiguen acuerdo.

Explican que la Mediación es de utilidad a la hora de gestionar constructivamente cualquier tipo de conflicto que afecte a la empresa familiar. Como ejemplo se enumeran diversos aspectos: sucesión, dirección, luchas de poder, decisiones de pago de dividendos o reinversión, problemas causados por el divorcio de uno de los familiares o decisiones estratégicas de la compañía.

Estos profesionales indican que la mediación es de mucha utilidad en el contexto de la empresa familiar porque es un método de resolución de conflictos bajo el cual subyace la siguiente filosofía:

- Los conflictos merece la pena afrontarlos en cuanto suceden, para que el coste emocional y económico sea menor
- Alcanzar un acuerdo mediante mediación ahorra tiempo, dinero, y coste emocional.
- Las personas que son protagonistas del conflicto son los más capaces de consensuar una alternativa que satisfaga sus necesidades
- El hecho de que algún miembro de la familia empresaria acuda a los tribunales para ventilar sus diferencias daña irreversiblemente la relación familiar
- Cuando los miembros de una familia están inmersos en un conflicto, la intensidad de sus emociones les dificulta su habilidad para comunicarse y resolver sus problemas. La intervención de un tercero mediador facilita que puedan ver el conflicto desde otra perspectiva y consensuar un acuerdo que beneficie a todos.

9. Colaboración con otros profesionales de apoyo de la empresa familiar

Considero necesario que los profesionales que colaboran con la empresa familiar desde diferentes ámbitos deriven a mediación a las empresas familiares en las que detecten conflictos que sean difíciles de gestionar constructivamente.

Entre los distintos profesionales que asesoran a la empresa familiar se encuentran:

- Abogados
- Consultores o gestores
- Especialistas en finanzas, contabilidad, fiscal, recursos humanos y otras materias
- Mediadores

En la experiencia de Ann Lee Begler es de mucha utilidad para los diferentes colaboradores de la empresa familiar referir a la familia empresaria a mediación cuando tiene un conflicto, y una opción muy constructiva. (Haynes y Usdin, 1997, pp. 122-126).

Esto es debido a que a los consultores o abogados de empresa familiar tienen una relación con los miembros de la misma de confianza, con lo que con frecuencia estos profesionales se ven involucrados personalmente en el conflicto. Esto puede generarles un conflicto de intereses ya si toman partido por unos o por otros su relación profesional con la familia empresaria se deteriora porque una parte se puede sentir traicionada.

Es necesaria una estrecha colaboración entre el mediador profesional y los asesores de la empresa, donde cada uno desarrolla su rol a la vez que complementan sus tareas. El mediador guiará que las partes en conflicto lleguen a acuerdos que serán revisados y formalizados por los asesores de la empresa en las distintas materias.

Según Ann Lee Begler, las ventajas de referir a la familia a mediación para resolver dicho conflicto puntual son las siguientes:

- La familia puede interpretarlo como que al abogado no le interesa los posibles honorarios de un juicio sino el bien de la familia
- Como el abogado o consultor con frecuencia es percibido como una extensión de la familia ejemplifica que es positivo que cada cual respete su rol y límite, así como que es positivo buscar ayuda fuera de la familia cuando se necesita
- El abogado o consultor se mantiene fuera del conflicto y cumple con su obligación de trabajar por el bien del conjunto de la empresa familiar. De hecho, cada especialista encuentra su campo de actuación específico.
  - El abogado colaborará en el proceso de mediación desde su propio rol, con el objetivo de proveer información legal que ayude a cada parte a situarse en el proceso; así mismo puede revisar el acuerdo de mediación antes de su firma.
  - El consultor y el resto de especialistas específicos de las áreas de la empresa encuentran su lugar también en el proceso colaborando cuando se requiere su co-

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

nocimiento objetivo y específico relativo a la materia de que se trate.

- Que las familias terminen dirimiendo sus diferencias en el Juzgado es muy negativo para la continuidad del proyecto empresarial. E incluso si el abogado culmina teniendo una buena relación con una parte de la familia, ya no será de confianza para toda la familia. El abogado es mejor que pueda mantener una relación productiva con toda la familia que le haga posible continuar colaborando con la compañía como asesor legal.

Russ Alan Price (1990) en también considera que "la Mediación se ve cada vez más como la mejor forma de afrontar la resolución o mitigación de los conflictos interpersonales de las empresas familiares. Revisando la forma de actuación de dieciocho firmas legales cuyos clientes son empresas familiares de tamaño medio se observa la tendencia a acudir a Mediación más frecuentemente que a los tribunales para la resolución de conflictos."

"La Mediación une a la familia y con frecuencia fortalece los negocios. Al mismo tiempo la mediación puede ser más beneficiosa para las firmas de abogacía. Litigar en los tribunales puede generar ingresos sustanciosos pero con ello resulta la pérdida de la compañía como cliente. En el otro lado, la mediación mantiene la integridad del negocio por lo que continúa existiendo una beneficiosa relación comercial."

"Muchos proveedores de servicios financieros y contables también comienzan a recomendar la Mediación en conflictos para algunos de sus clientes. Como las firmas legales estos consultores ven los beneficios financieros de largo plazo que tiene que la empresa familiar perviva, y son capaces de reconocer los clientes que pueden beneficiarse de la Mediación"

10. Conclusiones

La idiosincrasia de la empresa familiar lo conforma el tejido de emociones y valores que sustentan el compromiso de los familiares que en ella trabajan; es su fortaleza y su debilidad, puesto que si surgen conflictos que los familiares no saben cómo atajar, éstos lastran el compromiso y liberan una alta carga emocional, a la vez que debilitan el entorno empresarial y familiar.

La Mediación es una herramienta poderosa y vital para gestionar constructivamente los conflictos que ocurren en el seno de la empresa familiar. La experiencia norteamericana lo avala.

Los profesionales de apoyo a la empresa familiar como abogados, consultores o asesores de diferentes ramas tienen un papel importante a la hora de derivar a mediación a las empresas familiares cuando éstas tienen un conflicto que no son capaces de gestionar constructivamente.

Para estos profesionales la derivación tiene consecuencias muy positivas puesto que se mantienen fuera del conflicto, sin verse obligados a tomar partido por una u otra facción, y aportan valor añadido a la familia empresaria al derivarles a profesionales especializados.

EXTENDED SUMMARY

Mediation in family businesses: beyond the family protocol

Nuria Susana Lasheras Mayoral
Mediator specialised in Family Business. Family Therapist. Lawyer and economist.
nuria.lasheras@mediarteweb.com
Received: 14/01/2014
Accepted: 03/02/2014

ABSTRACT: The idiosyncrasy of family businesses is made by the fabric of emotions and values that support the commitment of the family members who work in a family company. The multiplicity of roles and the high emotionality involved might hinder a constructive management of conflicts. Mediation is a powerful tool available for family businesses, and it can help the people to be able to face the challenges that might rise in the area of professionalization. It is advocated here that family businesses should use mediators as naturally as they rely on other professionals on a daily basis such as lawyers, managers of IT experts. Moreover, these professionals play an important role when it comes to refer family businesses to mediation whenever they know it is needed. The North-American experience in family business mediation is a support of the above.
Key words: Family Business, mediation, conflict, succession, professionalization.

Introduction

The idiosyncrasy of family business is constituted by the fabric of emotions and values that sustain the commitment of the family members working in the company. And it may be a great strength or it might be a weakness as if conflicts that cannot be managed by the family member arise, the commitment is burdened and high emotionality is released, weakening, in turn, the business and family environment.

Mediation is a powerful novelty tool offering an alternative when the persons involved in the conflict are unable to reach an agreement. And this occurs in any kind of conflict, and regardless of the people involved, which encompasses a multiplicity of roles each member of the family business has.

The article's title is "Beyond family protocol" because I stand for Mediation as a day-to-day tool that family businesses might use as they use expert consultants for IT issues or staff recruiting, or the legal advisor or lawyer of the company. Moreover, the time factor is crucial to face conflicts.

I agree with the other authors in that mediation is vital when it comes to writing a family protocol, which is very useful to prevent conflicts from happening. However, reality shows that only half of family businesses have seriously thought about the succession moment, and that only 1 out of 5 of these companies have written a family protocol, according to the report on Family Mediation of the Autonomous Region of Madrid (CEIM et al., 2010).

Family Business versus Business Family

According to the analysis carried out and explained in "*La Familia Empresaria en la terapia de Familia y Pareja*" (Lasheras, 2008, pp. 195-219) it is considered that behind a family business there is a family, which entails that:

The family business shares a legacy and a common origin; that is, they share both the control and the governance of a company that, in turn, is an essential part of their identity. In a business family there is the wish and the will to continue being part of the company which manifests in a call to pass the company and its culture on to generations to come.

The family business is a complex social system in which three subsystems are intertwined: family, company and property.

The main source of stress for a family business among family members working in it is the very same family relationship.

The detailed research of this articles shows that existence of a family business within a family nourishes and feedback very important aspects related to the family as, for instance, the family history, the relationship between the family members, and its own value system.

Family Businesses in Spanish Economy

In Spain, some 80% of companies are family businesses, which accounts for 70% of the GDP. It is estimated that in the Autonomous Region of Madrid the number of family businesses reaches 63%, and that they provide half of the private employment.

This item echoes the reflection of Juan Corona (2012), Academic Director of the Family Business Institute.

"The significance of family businesses as a boosting element of economy is not only based on their quantitative importance but on the qualitative elements that characterise this kind of companies, such as:

Their great capability of job creation account for over 70% of the employment in the European Union and are among the major contributors to economic productions,

Being an engine for the economic and regional development. Their long term investments provide stability and sustainment to the regions as family businesses' owners are not used to changing their residence place, therefore, the company's address tends to be the same for long,

Stimulating entrepreneurship as they provide a training field for future entrepreneurs. They have strong business

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

ethics, a long term business strategy and awareness of the social and environmental responsibility.

Long term strategy as they have a stable capital structure that is normally backed by family finances and a structure, strategy and action that is sustained in the long run" (Corona, 2012, pp. 9-10).

Challenges for Family Businesses

The Report on Family Businesses of the Autonomous Region of Madrid concludes with an identification of the stimulus initiatives that are the most appropriate for this kind of businesses. Three of them are identified as those in which Mediation can be very useful.

Human Resources: Talent Commitment Management

Managing the organisation of human resources with a mid-long term oriented vision, which must be completed, moreover, with measures to stimulate the presence of the staff and the evolution of their careers.

Mediation can be the most efficient tool of any talent management position as it prevents usual petty frictions from happening in any labour relation that might have tightened the thumbscrews of the relation to the point of making it eventually break.

Planning Succession

Documenting an ordered generation succession, as this is important to guarantee its survival and the continuation of activities. This usually implies the need to rely on a constructive management of conflicts.

The abovementioned report indicates that slightly above one third of family businesses reaches the second generation, and only 10 to 15% reaches the third generation.

Management bodies

Providing themselves with effective management bodies is important to formalise the structure and decision making. This facilitates that the decisions made within businesses be the result of consensus and of a prior assessment by the stakeholders.

Family businesses allow to coordinate two realities, family and business, which must be managed separately, through the establishment of good family governance and good corporate governance. This separation prevents business management from being conditioned by the negative emotional aspects family can entail.

Mediation, in my opinion, finds its space in the support provided to the Family Assembly and the Family Council concerning the constructive management of the conflicts that might arise.

Role of the Mediator in Family Businesses

In the United States (Haynes y Usdin, 1997, pp. 115-117), where mediation has been implemented for thirty years, according to the experience of mediators working with family businesses, 75-85% of the people using mediation reach an agreement.

Mediation is useful to manage all kinds of conflicts: succession, management, fights for power, decisions, pay out or reinvestment decisions, problems as a result of divorce of one of the family members, or strategic decisions of the company.

Mediation in the context of family business is the ideal solution as the following philosophy underlies:

- Conflicts should be faced as soon as they rise, so that the emotional and economic cost is lower.
- Reaching an agreement through mediation saves times, money and emotional cost.
- The people who are the protagonists of the conflict are the most capable to reach a consensus on an alternative that should satisfy their needs.
- The fact that any member of the business family might go to Court to reveal his/her differences irreversibly harms the family relationship.
- When the members are immersed in a conflict, the intensity of emotions hinders their ability to communicate and solve problems. The intervention of third party, the mediator, makes it easier for them to see the conflict from another perspective and reach a consensus that benefits all.

Collaboration with Other Professionals Supporting the Family Business

It is considered necessary for the professionals who collaborate with a family business like lawyers, consultants, advisors from different fields to refer family businesses where hard to constructively manage difficult conflicts are detected to mediation.

According to Ann Lee Begler's experience (Bergler, 1997, 122-126) is very useful for the different collaborators of a family business to refer the business family to mediation whenever there is a conflict, and this is a very constructive option as the lawyer of consultant stays out of the conflict and fulfils his/her obligation to work for the good of the family business as a whole.

Thus, each specialist finds a specific field of action.

- The lawyer will collaborate in the mediation process from his own role, in order to provide legal information and help the parties to have its place in the process; likewise, he/she can review the mediation agreement before signing it.
- The consultant and the rest of specific specialists in the different areas of the business also find their place in the

process and they collaborate whenever their objective and specific knowledge is required in relation to the concerned issue.

- Russ Alan Price (1990) also considers that "Mediation is increasingly considered the best way to face interpersonal conflict resolution or mitigation in family companies. After reviewing the way eighteen legal firms acted with their mid-size family business clients the trend was observed to use Mediation more frequently than Courts for conflict resolution".

"Many financial services providers and accountants also recommend the use of Mediation for solve the conflicts of some of their clients. Like legal firms these consultants see the long term financial benefits of the family business persisting, and they are able to recognise what clients might benefit from Mediation".

Referencias Bibliográficas

- CEIM, Cámara de Comercio y Comunidad de Madrid (2010). La Empresa Familiar en la Comunidad de Madrid. Madrid: Autor.
- Corona, J. (2012). Manual de la Empresa Familiar. En Villafañe & Asociados (coords.) La Reputación de la Empresa Familiar. Madrid: Villafañe & Asociados.
- Haynes, J. y Usdin, T. M. (1997). Resolving Family Business Disputes Through Mediation. Family Business Review, 10, 115-134.
- Lasheras, N. (2008). La Familia Empresaria en la terapia Familiar y de Pareja. Cuadernos de Terapia Familiar, 70, 195-219.
- Prince, R. A. (1990). Family Business Mediation: a Conflict Resolution Model. Family Business Review, 3, 209-223.
- Villafañe y Asociados (coord.). (2012). La Reputación de la Empresa Familiar. Madrid: Autor.
- Bermejo, M. (2008). Hacia la empresa familiar líder. Madrid: Prentice-Hall.
- Gersick, K.F., Davis J.A., Hampton M.M. y Lansberg I., (1997). Empresas Familiares. Generación a generación. México: McGraw-Hill.
- Ortemberg, O.D. (2006). Mediación en empresas familiares. Barcelona: GEDISA.
- Sánchez-Crespo, A. J. (2009). El Protocolo Familiar. Madrid: Ed. Sánchez-Crespo Abogados y Consultores.
- Viola, I. (2011). La mediación en la empresa familiar. En H. Soleto (dir.) Mediación y Resolución de conflictos: técnicas y árbitros (pp. 429-435). Madrid: Tecnos.

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

La mediación en el pre-concurso

Mediation in pre-insolvency proceedings

Lorenzo Prats Albentosa
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Barcelona
lorenzo.prats@uab.es

Manuscrito recibido: 16/02/2014
Manuscrito aceptado: 02/03/2014

RESUMEN: La Ley concursal ha introducido el Acuerdo Extrajudicial de Pagos (AEP) como mecanismo para la restructuración de la insolvencia y para evitar la apertura del concurso de acreedores. Su éxito depende de la actuación de un mediador, quedeberá redactar el Plan de pagos de los créditos pendientes, acompañado de un "plan de viabilidad"y un "plan de continuación" de la actividad profesional o empresarial del deudor, e incluirá una "propuesta de negociación" de las condiciones de los préstamos y créditos del deudor. Si el Plan se aprueba –requiere el voto favorable de los acreedores titulares de, al menos, el 60% del pasivo; y del 75% cuando el Plan consista en la cesión de bienes del deudor en pago de sus deudas– deberá elevarse a escritura pública y se publicará en el BOE y en el Registro público concursal.

ABSTRACT: The Insolvency Procedure Act introduced the Out-of-court Settlement as a mechanism to restructure insolvency and to avoid the start of an Insolvency Procedure. Its success depends on the action of a mediator who has to prepare a Settlement Plan for credits, together with a "Feasibility Plan" and a "Continuation Plan" of the professional or business activities of the debtor, including a "Negotiation Proposal" of the debtor's loans and credits. Should the Plan be approved – it requires the favourable vote of the creditors of at least 60% of the liabilities, and 75% if the Plan consists in having the debtor transfer his assets as a payment for his debts–it must be converted into a public deed and published by the BOE (Spain Official Gazette) and registered at the Insolvency Procedure Registry.

Palabras clave: Mediación, Acuerdo Extrajudicial de Pagos, preconcursal, concurso, administrador concursal.

Key words: Mediation, Out-of-court Settlement, Pre-insolvency Proceedings, Insolvency Procedure, Insolvency Administrators.

1. La Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, aborda un amplio número de materias, con las que se pretende dar amparo y tutela a los denominados "emprendedores". Por estos se entiende a todas aquellas personas, naturales o jurídicas, que realizan una actividad económica. Un concepto que, por tanto, supera al comerciante y al empresario y abraca al profesional e, incluso, al denominado fiscalmente como "autónomo".
   El propósito último del legislador es promover la actividad económica, desde todos aquellos ángulos que ha sido capaz de imaginar. Y para ello establece una serie de incentivos en múltiples ámbitos para que, quien tenga el propósito de emprender una actividad de tal tipo, lo haga al amparo de la red que esta ley teje.
   Una de las líneas de acción la constituye la creación de una nueva pieza dentro del ámbito de la pre-concursalidad (o de la desjudicialización de la solución de la situación de insolvencia). Esta nueva pieza se denomina "Acuerdo Extrajuicial de Pagos" (AEP, en adelante), y su éxito pivota sobre la actividad del que se denomina, inexactamente, "Mediador concursal", inexactitud que induce a una innecesaria confusión, pues este mediador tan sólo prestará sus servicios con carácter previo a la declaración del concurso y, en ningún caso, durante el mismo.
   Desde luego, en la mente del legislador ha estado presente, de un lado, la constatación de que el temor al concurso, y a sus efectos sobre el deudor (entre los cuales no son menores sus devastadoras consecuencias económicas sobre el maltrecho patrimonio del concursado), disuade a no pocas personas de iniciarse en esa aventura que ahora se denomina emprender. Pero, de otro lado, también ha estado presente la constatación empírica de que la rigidez del proceso concursal –y sus nada desdeñables costes– está constituyendo, en sí mismo, un lastre de gran importancia para la superación de la crisis en nuestro país.
   En este sentido se ha pronunciado recientemente el Fondo Monetario Internacional, al solicitar una reforma de la legislación concursal a fin de que nuestras empresas "se deshagan de la pesada losa de su deuda."[1]
   De este modo la útil y versátil herramienta de la mediación se convierte en una técnica que, sin duda, aportará inteligencia a las partes para facilitar, en un buen número de casos, la superación de la situación de insolvencia y sobre todo el mantenimiento en el tráfico de un emprendedor "vivo" –en términos económicos– antes que patrimonialmente "muerto".
2. La Ley, como se ha dicho, persigue desplegar sus efectos tuitivos sobre la actividad del denominado "emprendedor-persona natural" –aunque no solo–, perfeccionando el catálogo de recursos y remedios pre–concursales.
   A este objeto, en primer lugar, se incluye en el concepto emprendedor tanto al comerciante, como a quien realice actividades profesionales, como, además y en general, a los trabajadores autónomos. Con ello persigue, de un parte, ampliar la base subjetiva de protección (profundizando en la discriminación, por trato desigual, con el deudor persona natural "no emprendedor" o consumidor). Y, de otra parte, implica, como se verá a continuación, la atribución de mayores competencias al Registro Mercantilsobre personas respecto de las que hasta ahora no las tenía, lo que no es más que una deriva de la estrategia de política legislativa –que quedará como marca del Legislador de la presente legislatura– de "registralizar" nuestra vida.
   Y, en segundo lugar, se modifica la Ley Concursal mediante la creación de un nuevo Título X (Arts. 231 a 241), para introducir, como se ha indicado anteriormente, la regulación del que se denomina "Acuerdo extrajudicial de pagos", y crear la figura del "mediador concursal", a quien, incluso, se faculta para que pueda solicitar la declaración de concursoconsecutivo.
3. El reciente Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, ha introducido ciertas modificaciones en la regulación del AEP,referidas tangencialmente a la intervenciónpreconcursal del mediador, a las que se hará referencia en su momento.
4. El AEP lo podrá solicitar aquel emprendedor persona natural que o bien se encuentre en estado de insolvencia, según el Art. 2 LConc, o bien prevea que no podrá cumplir regularmente sus obligaciones. La solicitud se podrá realizar siempre que su pasivo no supere los cinco millones de euros, cosa que deberá demostrar aportando junto con la solicitud el correspondiente balance.

1 AAVV.*Jobs and Growth: Supporting the European Recover*. International Monetary Found, January, 2014. [http://www.imf.org/external/np/seminars/eng/2014/EURbook/index.htm] En particular en el capítulo II, "Growth and the importance of Sequencing Debt Reductions across Sectors", redactado por Bornhorst, F. y Ruiz Arranz, M. (en especial pág. 31 y ss.)[http://www.imf.org/external/np/seminars/eng/2014/EURbook/pdf/2.pdf], en el que tras señalar que la deuda de las empresas españolas constituye el gran reto para la recuperación económica, subraya que los dos hándicap de nuestra economía son tanto la inflación, como el débil crecimiento económico, por lo que en consecuencia sostienen que la superación de la crisis pasa por unas quitas generalizadas o, al menos, por introducir mayor flexibilidad en los calendarios de pagos, facilitando una salida limpia, preferiblemente ajena a los tribunales, para sus compañías endeudadas pero viables, y una rápida liquidación de las empresas inviables". En este mismo sentido también se ha pronunciado la Comisión Europea el pasado 28 de enero 2014 en el acto de presentación del citado libro del FMI.

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

Además, se contempla la posibilidad de que también puedan acogerse a este procedimiento, y que, por tanto, también puedan solicitar la negociación de un AEP,"personas jurídicas, sean o no sociedades de capital" (por tanto, también sociedades personalistas, civiles, asociaciones y fundaciones) que estén en estado de insolvencia.

No obstante, se exige que concurran, además, otros requisitos, aparte del subjetivo. Así, se precisa queel deudor solicitante demuestre al notario o registrador mercantil que,en el caso en el que se le declarase en concurso, este no tendría"especial complejidad", por concurrencia de alguna de las tres circunstancias contempladas por el Art. 190 Lconc[2], que, además, demuestre que dispone de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos propios del AEP, y que su patrimonio y sus ingresos previsibles permitirán lograr "con posibilidades de éxito" el acuerdo de pago.

5. La norma delimita negativamente los sujetos que no podrán solicitar acogerse a un AEP y, por tanto, tampoco a una mediación pre-concursal, tal y como se contempla en la ley.

   Así, establece que no podrá pretender un acuerdo de esta naturaleza el emprendedor que haya sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, el orden socioeconómico, la Hacienda, la Seguridad Social o los derechos de los trabajadores.

   En segundo lugar; tampoco podrá solicitarlo aquella persona que, estando obligada a inscribirse en el Registro Mercantil, no lo hubiera hecho con antelación a la solicitud del AEP (una medida de estímulo a la inscripción en tal Registro, propia de la ya referida línea de política legislativa).

   En tercer lugar, tampoco podrán intentar este Acuerdo quienes hayan incumplido su deber de llevar contabilidad en los tres ejercicios inmediatamente anteriores a la solicitud de acuerdo, o incumplido su deber de presentar en el Registro mercantil las cuentas anuales en alguno de tales ejercicios.

   En cuarto lugar, la norma impide que puedan solicitar el inicio de un AEP quienes, en los tres años anteriores a la solicitud, hubiesen llegado a un acuerdo extrajudicial con sus acreedores, u obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación, de los contemplados en la Disp. Adicional IV Lconc,o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores. Ni, tampoco, aquellos deudores que estén negociando un acuerdo de refinanciación, o respecto de los que se haya admitido a trámite su solicitud de declaración de concurso.

   Por último, el notario o el registrador mercantil no podrá admitir el inicio de un expediente para llegar aunAEP cuando en el momento en el que el deudor solicite su inicio cualquiera de los acreedores, que deba verse afectado por el acuerdo, hubiera sido declarado en concurso. De otra parte, se impide a las entidades aseguradoras y reaseguradoras que puedan ser parte en un acuerdo de esta naturaleza.

6. Asimismo, la norma procede a delimitar, también negativamente, el objeto del acuerdo, de modo que el mismo no podrá afectar a los créditos de derecho público.

   Por lo que se refiere a los derechos de crédito con garantía real –prenda, hipoteca, anticresis, y derecho de retención en Cataluña–, sus titulares podrán abstenerse de participar en el AEP. En consecuenciasólo se incorporarán al mismo, y, por tanto, quedarán vinculados a sus estipulaciones, si así lo deciden, y comunican su decisión expresamente al mediador concursal.

7. El procedimiento para la negociación y ulterior perfección del AEP se iniciará con una instancia del deudor, en la que el deudor solicitará el inicio del expediente para alcanzar un acuerdo de este tipo, así como el nombramiento de un "mediador concursal" (Arts. 231.1. y 232. 1 LConc).

   Esta solicitud se dirigirá por el deudor empresario (comerciante/profesional) persona natural, sociedad civil, asociación o fundación a un Notario de su domicilio. No obstante, si el deudor es un empresario o persona jurídica de las que deba inscribirse en el Registro Mercantil, la solicitud se dirigirá mediante instancia al registrador mercantil correspondiente al domicilio del deudor. En el caso en el que el solicitante no esté inscrito en el Registro mercantil, cuando debería estarlo, el registrador procederá a la apertura de la hoja correspondiente.

   El deudor, además, hará constar en la instancia o solicitud en la que pidael inicio del expediente, el dinero ylos activos líquidos con los que cuenta, sus bienes y derechos, así como los ingresos regulares previstos. A este listado acompañará una relación de sus acreedores, en la que referirá la cuantía y los vencimientos de sus créditos, e indicará aquellos acreedores que sean titulares de créditos con garantía real o créditos de derecho público. Además, incluirá una relación con los contratos vigentes y, otra más, que contenga los gastos mensuales previstos.

   Cuando el deudor sea persona casada en régimen de gananciales, de participación o de comunidad, se identificará a su cónyuge, así como su régimen económico matrimonial. Este deber de identificar al cónyuge del deudor

2 Estas son: "1.º Que la lista presentada por el deudor incluya menos de cincuenta acreedores. 2.º Que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros. 3.º Que la valoración de los bienes y derechos no alcance los cinco millones de euros."

no deberá cumplirse cuando el régimen económico del matrimonio sea el de separación de bienes.

En el caso en el que el deudor estuviese obligado a la llevanza de contabilidad, deberá acompañar a la solicitud las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios.

8. El Notario o el Registrador mercantil deberá designar mediador concursal a aquella persona natural o jurídica que le corresponda según el orden previsto en el listado oficial de mediadores concursales que se publicará en el portal correspondiente del BOE,y que deberá ser elaborado por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia. Los mediadores que se incluirán en este listado deberán reunir los requisitos para ser mediador previstos en la Ley 5/2012, de Mediación, así como en los Arts. 27 y 233 LConc.

8.1. El Título III de la Ley de Mediación (LM), Artículos 11 y siguientes, contiene el denominado Estatuto –jurídico– del Mediador, que, ciertamente, determina la regulación legal básica de la profesión de mediador.

Los preceptoscontenidos en este Título son desarrollo de la competencia exclusiva que le corresponde a las Cortes Generales, de acuerdo con los títulos octavo y trigésimo del Art. 149CE (D.F Vª). Su objetoes la determinación de los requisitos para ejercer como mediador (Art. 11), sus deberes de conducta profesional (Art. 13 y 15), así como su responsabilidad civil (Art. 14).Deberes que, en todo caso, se integrarán en aquel contrato que se celebre entre el mediador y su cliente, siempre y cuando la ley aplicable al mismo sea la Ley española de Mediación (Arts. 1.091, 1.104, 1.258 CC).

Una de las particularidades de la LM reside en el establecimiento en estos preceptos de un singular sistema público de regulación del ejercicio de la actividad profesional del mediador. De acuerdo con este sistema, el legislador no ha optado por el establecimiento de un deber de colegiación obligatoria de los mediadores previo a la prestación del servicio, semejante al existente para otras profesiones (p.e. Abogados o Procuradores de los Tribunales), sino que ha propiciado la creaciónpor el Ministerio de Justicia del Registro público de Mediadores e Instituciones de Mediación,de incorporación voluntaria, como un mero "instrumento" para la verificación por la Administración del "cumplimiento de los requisitos exigidos por esta Ley a los mediadores y a las instituciones de mediación, así como de su publicidad" (así, la Disposición Final Octava Desarrollo reglamentario del control del cumplimiento de los requisitos de le mediación exigidos en la Ley)[3].

Realmente, este Registro ha sido creado por el Art. 8º del RD 980/2013, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012 (RLM, en adelante) de mediación en asuntos civiles y mercantiles. En el referido precepto se atribuye a este Registro la finalidad de "facilitar el acceso de los ciudadanos a este medio de solución de controversias a través de la publicidad de los mediadores profesionales y las instituciones de mediación."

En consecuencia, ni en la Ley, ni en el Reglamento se impone a los mediadores el deber de inscribirse en el Registro con carácter previo al ejercicio de la profesión, pues, tal y como se dispone en el Art. 11. 1 RLM, la inscripción en el mismo es voluntaria. Por tanto, con carácter general, ha de afirmarse que la prestación de los servicios profesionales propios del mediador puede realizarse sin estar inscrito en tal Registro. Pero también ha de subrayarse que, en todo caso, los mediadores quedan obligados frente a sus clientes al cumplimiento de los deberes que la Ley de Mediación les impone, pues estos se integran en el contrato (Art. 1.258CC).

No obstante lo anterior, el mediador que voluntariamente desee incorporarse al Registro deberá aportar al Responsable del mismo (el Director General de los Registros y del Notariado, Art. 10.2 RLM) los documentos a que se refiere el Art. 14 RLM, así como también deberá acreditar ante él que está en posesión de un título oficial universitario o de formación profesional de grado superior, y que cuenta con la formación específica para ejercer la mediación (Arts. 3, 5 y 6 RLM) y, por último, que ha suscrito un contrato de seguro o garantía equivalente para la cobertura de su responsabilidad civil.

La falta de acreditación de los anteriores extremos determinará que el Encargado del Registro no pueda proceder a la inscripción del mediador, tal y como se dispone en el Art. 15. 2, 2 RLM, y dicte, en consecuencia, una resolución por la que rechace la solicitud de inscripción.

8.2. Ha de tenerse en consideración, sin embargo, que si bien la inscripción en el Registro se contempla como voluntaria respecto de los mediadores en general (Art. 11.1, 1RLM), en el caso de los mediadores concursales su inscripción en el Registro es obligatoria; además de estar sujeta a otros requisitos específicos,que se suman a aquellos que, con carácter general, se exigen para la inscripción de todos los mediadores (Art. 233. 1 LConc y Art. 11.1, 2 y Arts. 18 y 19 RLM).

En consecuencia, y por lo que se refiere al mediador concursal, la Ley concursal le exige que demuestre al Encargado del Registro que en él concurren los requisitos que precisa la Ley de Mediación para actuar como mediador, así como que,o bien tiene la condición de abogado en ejercicio, con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, y acredite formación especializada en Derecho concursal, o bien que sea economista, o titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional y con especializa-

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

ción demostrable en el ámbito concursal (Arts. 27.1 y 233 LConc).

Todos estos requerimientos y condiciones han de ser acreditadospor la persona natural o jurídica que solicite su inscripción como mediador concursal en el Registro de Mediadores. La comprobación de su cumplimiento por parte del Encargado del Registro determinará su incorporación a la sección segunda del mismo (Art. 13, b) RLM). Una vez incorporado, el Registro suministrará al Boletín Oficial del Estado el listado oficial de mediadoresconcursales, y, a partir de tal momento, podrá ser designado como tal (Art. 233, 1 LConc), por el Notario o el Registrador mercantil, de acuerdo con el procedimiento que se analizará a continuación (sub 8).

Debe observarse cómoestas disposiciones determinan que el ejercicio de la profesión de mediador concursalse presente como un ejercicio altamente regulado, que no libre. Y ello pues la prestación de este servicio profesional depende, en primer término, de una resolución administrativa, cual es aquella emitida por el Director General de los Registros y del Notariado por la que se autoriza la inscripción del profesional en la sección segunda del Registro de Mediadores. Pero, en segundo término, depende de la comunicación que se realice por el Encargado del Registro al portal del BOE de la incorporación del nuevo mediador a la lista oficial, de acuerdo con el modo de proceder que se determine reglamentariamente. En consecuencia, mientras el mediador no se encuentre incorporado a esa lista oficial, y esta modificación de la lista no se publique en el portal del BOE, el nuevo mediador no podrá ser nombrado.

Este modo de regular el acceso al ejercicio de la profesión de mediador concursal plantea dudas de fondo referidas a su adecuación con lo dispuesto en los Arts. 9 y 10.2 de la Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior. Pues este régimen de autorización determina que no pueda ejercerse la profesión de mediador concursal sin su inscripción en el Registro, su incorporación a la lista oficial publicada en la Agencia del BOE, y sin que sea designado por el Notario o Registrador mercantil competente. En concreto, las dudas se plantean, sobre si este régimen de autorización para la prestación del servicio de mediador concursal está justificado por una "razón imperiosa de interés general", o si el objetivo perseguido no puede conseguirse "mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz".

8.3. Los Arts. 11 y ss. LM han sido objeto de desarrollo por el Reglamento de la Ley de Mediación (RLM) a fin de permitir su control por el Encargado del Registro, con ocasión de la solicitud de inscripción en el mismo por los mediadores interesados. Además, ha de señalarse que estas determinaciones han sido objeto de mayor concreción por lo que respecta a la inscripción de los mediadores concursales, tal y como resulta de los Arts. 233, 1 LConc. y los Arts. 18 y 19 RLM.

Así, por lo que se refiere al seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente de los mediadores o instituciones de mediación, han de ser tenidos en consideración los Arts. 26 (Obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil profesional del mediador), Art. 27 (Cobertura del seguro de responsabilidad civil o de la garantía equivalente), Art. 28 (suma asegurada), y el Art. 29 (Obligación de aseguramiento de las Instituciones de mediación).

Además, ha de tenerse en consideración que la Disposición transitoria segunda contiene la previsión de que sean elaboradas listas de mediadores concursales, que tendrán una eficacia provisional desde la entrada en vigor del RLM (27 de marzo de 2014), y hasta la entrada en funcionamiento del Registro de mediadores e Instituciones de mediación. De acuerdo con esta previsión "la relación de mediadores concursales que se comunicará a la Agencia del BOE se confeccionará a partir de las listas de administradores concursales que cumplan los requisitos del Art. 18 de este Real Decreto".

Lo que, en consecuencia, implica que mientas dure este período transitorio, el Director General de los Registros y del Notariado, en tanto que Encargado del Registro de Mediadores, podrá recibir solicitud de aquellos administradores concursales que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos por el apartado 1 del Art. 233 LConc a fin de que sean incluidos en la relación provisional de mediadores concursales que deberá remitirse a la Agencia del BOE para su publicación y eventual nombramiento.

8.4. A lo anterior ha de añadirse que el Art. 233,1 LConc, contempla la posibilidad de que una persona jurídica sea mediadora concursal, si bien, en este caso, la mediación se realizará por los mediadores que ella designe.

El Art. 18.2,3 RLM dispone que estas Instituciones podrán solicitar su inscripción en el Registro aportando tanto sus datos identificativos, como los de aquellas personas naturales que, por figurar inscritas en las secciones primera o segunda del Registro, puedan desarrollar la actividad de mediación en representación de la persona jurídica[4]. Además, la Institución deberá acreditar que en ella está integrado, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, o bien un titulado mercantil o un auditor de cuentas, asimismo deberá garantizar la independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administrador

concursal, tal y como se exigen por el último párrafo del apartado 1 del Art. 27 L Conc.

9. Una vez se publique el listado oficial de mediadores concursales en el portal electrónico dela Agencia del BOE podrá procederse a su nombramiento. La competencia para su nombramiento se atribuye a los Notarios o a los Registradores mercantiles, y lo harán en favor del mediador que le corresponda, de acuerdo con el orden en que se encuentren en el listado oficial publicado en el referido portal del BOE.

   El Notario o el Registrador deberá comunicar el nombramiento al mediador, que deberá aceptar el cargo. La certificación o copia del acto de la aceptación será remitida a los registros públicos de bienes, para que lo hagan constar mediante anotación preventiva en el folio registral correspondiente. También se remitirá al Registro civil, así como "a los demás registros públicos que corresponda".

   Además, el Notario o el Registrador comunicarán de oficio al Juez competente para la declaración del concurso la apertura de negociaciones (Art. 5 bis 1, 2 LConc), si bien antes de que venza el plazo establecido en el Art. 5 L Conc, a fin de que quede inhibido el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario. El Secretario Judicial, una vez recibida la anterior comunicación, ordenará su publicación en el "Registro Público concursal"[5].

   Asimismo, esta comunicación se dirigirá telemáticamente a la Agencia Tributaria y a la Tesorería de la Seguridad Social en la que, además, se indicará, a parte de los datos identificativos del deudor, los del mediador y la fecha en la que aceptó el cargo. Cuando haya representación de los trabadores, también se le comunicará, y se le ofrecerá personarse en el procedimiento.

10. El mediador, en los diez días siguientes a la aceptación del cargo, deberá comprobar la existencia y la cuantía de los créditos. En los dos meses siguientes convocará por conducto notarial a una reunión, al deudor, así como a los acreedores que pudieran quedar afectados por el acuerdo; esta reuniónque se celebrará en el lugar del domicilio del deudor.

    En la convocatoria, se hará constar que la finalidad de la reunión es alcanzar un acuerdo de pago, además de expresar la cuantía del crédito de cada acreedor, y las fechas de concesión y vencimiento y las garantías constituidas.

    Los titulares de créditos garantizados con prenda, hipoteca o anticresis podrán comunicar expresamente al mediador, dentro del mes siguiente a la recepción de la convocatoria, su voluntad de intervenir en el acuerdo.

11. La iniciación del expediente no impedirá que el deudor continúe con su actividad (Art. 235.1 LConc). No obstante, su capacidad quedará restringida, y ellos pues "se abstendrá" de solicitar la concesión de préstamos o créditos, y deberá devolver las tarjetas de crédito de las que sea titular y, asimismo, "se abstendrá" de utilizar ningún medio electrónico de pago.

    De otra parte, mientras duren las negociaciones del acuerdo, el deudor no podrá ser declarado en concurso, salvo que concurran las circunstancias previstas en el Art. 5 bis LConc (Art, 235.6 LConc).

12. Desde la presentación de la comunicación por parte del Notario o, en su caso, del Registrador al Juzgado y hasta que se adopte el AEP, dentro del plazo máximo de los tres meses siguientes (Art. 5 bis, 5 LConc), los acreedores afectados por el AEP no podrán iniciar o continuar[6] ninguna ejecución judicial de bienes que resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, y ello pues, durante tal plazo se estará negociando el AEP. Además, las ejecuciones que se estén siguiendo sobre tales bienes quedarán suspendidas con la presentación de la resolución del Secretario judicial en la que se de constancia de la comunicación (Art. 5 bis, 4 Lconc).

    Además, durante este mismo período, los acreedores deberán abstenerse de realizar cualquier acto que esté dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto del su deudor.

    De la anterior regla quedan exceptuados los acreedores cuyo crédito esté garantizado con garantía real, quienes podrán decidir si inician o, en su caso, continúan con la ejecución de su garantía, a pesar de la publicación de la apertura del expediente. Cuando decidan iniciar o continuar la ejecución no podrán participar en el acuerdo extrajudicial.

    Uno de los efectos legales de la anotación de la apertura del expediente en los registros públicos en los que se encuentren inscritos los bienes del deudor,es el cierre de estos registros respecto de embargos o secuestros posteriorescon efectos retroactivos a la presentación de la solicitud del nombramiento de mediador concursal.

4 Nótese cómo, en este caso, al mediador que actúe por la Institución no se le exige que acredite la concurrencia de los requisitos para ser mediador concursal, pues basta que esté inscrito en la sección primera del Registro del Mediadores, que esté incorporado a la Institución de mediación registrada, y así lo haya comunicado al Registro al solicitar su inscripción, y que esta Institución, en tanto quenombrada como mediadora concursal, le haya designado como mediador. **5** El Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, regula este Registro público. Tras un período de vacatiolegis de tres meses, entró en vigor el 3 de marzo de 2014. **6** De este modo la comunicación de la apertura del expediente se convierte en causa de suspensión de las ejecuciones iniciadas sobre el patrimonio del deudor, salvo que sean como consecuencia de créditos de la Hacienda Pública o la Seguridad Social o de la ejecución de garantías reales cuyo titular se haya abstenido de participar en expediente de negociación del AEP.

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

De la anterior regla se exceptúan los embargos o secuestros acordados en el curso de procesos instados por los acreedores de derecho público del deudor, así como por los acreedores con garantías reales que se hayan abstenido de participar en el acuerdo extrajudicial de pagos.

13. El mediador concursal, al menos veinte días naturales antes de la celebración de la reunión, remitirá a los acreedores, con el consentimiento previo del deudor, un Plan de pagos de los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud. Si en este Plan se contempla una mora o espera, esta no podrá superar los tres años, y si se propone una quita, esta no podrá superar el 25% del importe de los créditos.

    A este Plan se acompañará un "plan de viabilidad", que contendrá una propuesta de cumplimiento de las nuevas obligaciones, en el que se incluirá la determinación de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia, y de un "plan de continuación" de su actividad profesional o empresarial.

    Asimismo, deberá incluir una "propuesta de negociación" de las condiciones de los préstamos y créditos del deudor. En esta propuesta podrá plantearse a los acreedores la cesión de bienes en pago de deudas, y contendrá o una copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de las fechas de pago de los mismos, en el caso en el que se prevea su pago en sus plazos de vencimiento.

    Los acreedores podrán presentar propuestas alternativas o de modificación de la propuesta del acuerdo, y podrán expresar su aprobación o rechazo, total o parcial, de la propuesta. A continuación, el mediador remitirá a los acreedores el plan de pagos y de viabilidad final aceptado por el deudor.

    En el caso en el que los acreedores, que representen la mayoría del pasivo que resultaría afectado por el acuerdo, decidieran no continuar con las negociaciones, el mediador deberá solicitar "de inmediato" la declaración de concursoconsecutivo.

    En la reunión de los acreedores con el mediador y el deudor se tratará de las propuestas alternativas, o de modificación, del Plan, así como de los motivos de oposición alegados. No obstante, cuando algún acreedor haya aceptado el Plan en los diez días anteriores a la celebración de la reunión y, finalmente, no asista a esta, no podrán alterarse las condiciones de pago aceptadas por tal acreedor.

    Los créditos de los acreedores que, convocados, no asistan a la reunión, y que con antelación a su celebración no se hubiesen opuesto al Plan, si fracasa la negociación, y se declara el concurso del deudor común, se calificarán como subordinados.

    Asimismo, en la reunión se tratará la aprobación del Plan. Para que esto suceda se necesitará el voto favorable de los acreedores que sean titulares de, al menos, el 60% del pasivo. No obstante, será preciso el voto favorable del 75% del pasivo, en el caso en el que el Plan consista en la cesión de bienes del deudor en pago de sus deudas.

14. Si el Plan se aprueba deberá elevarse a escritura pública ante el Notario que, en su caso, se inició el expediente. En los casos en que el expediente se hubiera iniciado ante el Registrador mercantil, se le presentará copia de la escritura en la que se haya otorgado el Acuerdo y, por tanto, contenga la aprobación del Plan, a fin de que cierre el expediente.

    El cierre del expediente será comunicado por el Notario o por el Registrador al Juzgado que, en su caso, debería tramitar el concurso, y, asimismo, a los registros públicos de bienes, a fin de que procedan a la cancelación de las anotaciones que se hubiesen practicado.

    El AEP se publicará en el BOE, así como en el Registro público concursal por medio de un anuncio, en el que se indicará que el expediente está a disposición de los acreedores interesados en la Notaría o Registro mercantil en el que se inició.

15. La aprobación del AEP tendrá por efecto que ningún acreedor podrá iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la publicación de la apertura del expediente. Además, los créditos quedarán aplazados o perdonados de acuerdo con lo pactado. Cuando se hayan cedido a los acreedores bienes en pago de deudas, estas se considerarán extinguidas en la proporción correspondiente.

    Por su parte, el deudor podrá solicitar la cancelación de los embargos que se hubiesen acordado y, en su caso, anotado.

16. Cuando el Plan no llegue a aprobarse, y el deudor continúe en estado de insolvencia, el mediador solicitará al Juez competente su declaración en concurso "consecutivo" (Art. 242 Lconc), quien –según dice la Ley– "deberá acordarla de forma inmediata". El mediador también podrá instar del Juez la conclusión de concurso por insuficiencia de masa activa (Art. 238.3 Lconc).

    Acordado por el juez el concurso consecutivo del deudor, se procederá a la apertura de la fase de liquidación –salvo, lógicamente, en el caso de falta de masa activa– y se designará como administrador del concurso a quien actuó como mediador, salvo que el juez, motivadamente, aprecie la concurrencia de justa causa para no designarlo.

    El mediador convertido en administrador del concurso no podrá percibir por el desempeño de este cometido una retribución superior de la que le hubiera sido fijada en el

expediente de AEP. No obstante, el juez podrá acordar que se supere tal límite retributivo en atención a la concurrencia de circunstancias excepcionales.

Los gastos causados por la tramitación del expediente para la perfección del AEPtendrá la consideración de créditos contra la masa. De este mismo modo serán calificados los gastos generados durante la tramitación del expediente extrajudicial que no hubieran sido satisfechos.

El cómputo del plazo de dos años para la determinación de los actos rescindibles se contarán desde la fecha de la solicitud del deudor al notario o registrador mercantil de inicio del AEP.

Por último, los titulares de créditos que hubieran firmado el AEP no necesitarán solicitar su reconocimiento.

17. El AEP adoptado tan solo podrá ser objeto de impugnación judicial por las causas que reconoce la ley tasadamente. Así, en primer lugar, por la falta de concurrencia de las mayorías exigidas para su válida adopción del acuerdo, teniendo en cuenta, en su caso, a los acreedores no convocados, En segundo lugar, porque se hubieran superado los límites establecidos por el Art. 236.1 Lconc –vistos anteriormente sub nº 12-. Y, en tercer lugar, en la desproporción de la quita o moratorias exigidas.

    La legitimación activa para la impugnación del AEP se encuentra restringida a los acreedores que o no hubieran sido convocados en forma, o se hubieren opuesto, o no hubiesen votado a favor dentro de los diez días siguientes a su publicación.

    No obstante, la impugnación no suspenderá la ejecución del acuerdo. En el caso en el que se planteen varias impugnaciones al AEP, todas ellas se tramitarán conjuntamente siguiendo el cauce procesal del incidente concursal. La sentencia firme que anule el acuerdo se publicará en el BOE y, como consecuencia, dará lugar a la sustanciación del concurso consecutivo previsto en el Art. 242 Lconc.

18. Tras la publicación del acuerdo y durante la fase de ejecución del mismo, se impone al mediador concursal el deber de supervisar su cumplimiento. En el caso de cumplimiento íntegro del mismo el mediador otorgará acta notarial en tal sentido, que se publicará tanto en el BOE como en el Registro Público Concursal.

    Cuando se incumpla el AEP, el mediador deberá instar el concurso consecutivo y, en este caso, se considerará que el deudor se encuentra en estado de insolvencia.

19. La norma ha procedido a una detallada regulación del procedimiento para la perfección del AEP, y ello en tanto que posee estrechas relaciones con el concurso de acreedores y la tutela de los intereses superiores que en él se atienden.

Esta minuciosa regulación ensombrece la actividad propia del mediador, y en ello cabe encontrar una razón a que la introducción de la figura del mediador sea objeto de crítica, cuando no de desprecio, por considerar que es un sucedáneo de administrador del concurso, cuando no un "intruso" en su esfera de influencia.

Sin embargo, considero que –cuestiones procedimentales y concursales a un lado– la norma reserva al mediador un amplio y muy importante ámbito para que despliegue sus particulares habilidades profesionales durante las sesiones a celebrar entre el deudor y sus acreedores, a fin de afrontar con éxito la superación del problema.

Desde luego, la norma aboca directamente la intervención mediadora a la perfección del AEP, y de los diversos acuerdos y planes que en él se contienen. En cada conversación o reunión, el mediador tendrá la oportunidad de aplicar su técnica, bien diferente a la del administrador del concurso, en tanto que orientada, siempre y en todo caso, a que las partes, por sí mismas, sean capaces de hallar la mejor solución posible para la solución del conflicto, es decir, para la satisfacción de los intereses, tanto de los acreedores como los del deudor, ante el cambio sustancial del patrimonio de este respecto del momento de nacimiento de los créditos, creando una regla, adoptando unos compromisos que puedan ser asumidos por todos, y que propicien, como indicaba al inicio de este estudio, que de la mediación –y del consiguiente AEP– resulte un deudor patrimonialmente "vivo", con capacidad para reincorporarse con celeridad a la actividad comercial y financiera, ideas que subyacen a la investigación del FMI referidasub nota 1.

Es por ello que la inserción de la mediación entre los medios para la evitación del concurso de acreedores debe ser celebrada y respaldada. En sí pretende provocar un cambio importante en la idiosincrasia de quienes se califican de "concursalistas", o expertos en el proceso concursal y sus vericuetos y en la administración del concurso, a fin de que aborden la crítica situación patrimonial del deudor, en primer término, desde la posible solución pactada, antes que desde el rigor del proceso.

Pero también en la de los deudores, que presentarán su solicitud de AEP, no bajo el estigma histórico de ser unos presuntos defraudadores por no poder atender al pago de sus deudas a la espera de un castigo divino, sino como alguien que se encuentra en una situación, en ningún caso, querida, propia del riesgo de la actividad emprendida, de la que pretende salir (sin provocar mayor lesión a sus acreedores, ni que estos –o el proceso, bienintencionadamente– se la provoquen a él) con rapidez y con la dignidad de haber llegado a tejer una "buena" solución, la solución óptima para todos ante la situación patrimonial del deudor.

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

EXTENDED SUMMARY

Mediation in pre-insolvency proceedings

Lorenzo Prats Albentosa
Professor of Civil Law
Autonomous University of Barcelona
lorenzo.prats@uab.es
Received: 16/02/2014
Accepted: 02/03/2014

ABSTRACT: The Insolvency Procedure Act introduced the Out-of-court Settlement as a mechanism to restructure insolvency and to avoid the start of an Insolvency Procedure. Its success depends on the action of a mediator who has to prepare a Settlement Plan for credits, together with a "Feasibility Plan" and a "Continuation Plan" of the professional or business activities of the debtor, including a "Negotiation Proposal" of the debtor's loans and credits. Should the Plan be approved – it requires the favourable vote of the creditors of at least 60% of the liabilities, and 75% if the Plan consists in having the debtor transfer his assets as a payment for his debts–it must be converted into a public deed and published by theBOE (Spain Official Gazette) and registered at the Insolvency Procedure Registry.
Key words: Mediation, Out-of-court Settlement, Pre-insolvency Proceedings, Insolvency Procedure, Insolvency Administrators.

Act 14/2013, on Entrepreneurship, introduced the Out-of-court Settlement as in the Insolvency Procedure Act as a new mechanism to reinforce how pre-insolvency situations are dealt with. The success of this mechanism depends on the intervention of the so-called "insolvency" mediator. The professional activity of this mediator is well governed by an administrative authorisation, which is the resolution issued by the Head of the Mediators Registry and the Mediators Institutions of the Ministry of Justice whereby it is incorporated to Section Two of this Registry as it is considered that the requirements have been fulfilled as stipulated by the Mediation Act, its Rules and Regulations, as well as the Insolvency Act [Act 5/2012 on Mediation, Arts. 27; 233.1, Insolvency Act Arts. 11.1 and 2,and Arts. 18 and 19 of the Rules and Regulations of Mediation].

Moreover, the actual possibility of practicing this profession relies on two more administrative acts: the incorporation of mediators who are registered at the official roster of mediators, and its communication by the Head of the Registry to the BOE (Spanish Official Gazette) for publication on its website. This way of regulating access to practice for insolvency mediators poses some serious doubts concerning how this is in accordance with what is stipulated in Arts. 9 and 10.2 of Directive 2006/123/CE of December 12, on services in the domestic market. Once his/her incorporation is made public, the mediator can be appointed to practice as an insolvency mediator.

The Act established what debtors can request an Out-of-the-court Settlement. These are: an entrepreneur, natural person, that either faces an insolvency situation, under Art. 2 of the Insolvency Act, or foresees non-compliance with his/her obligations on a regular basis. The request can be done if liabilities do not exceed five million Euros, which should be demonstrated by providing the corresponding Balance Sheet with the Request Form. Also, "a legal person, be it a venture capital enterprise or not" (therefore, sole owner or civil companies, associations and foundations) that faces an insolvency situation.

Moreover, the following requirement must exist: the requesting debtor shows before a Notary or the Commercial Registrar that in the event the insolvency procedure is started, it should not have a "special complexity" nature given that any of the following circumstances occur: 1. The list produced by the debtor includes at least fifty creditors. 2. The initial estimate of the liabilities does not exceed five million euros. 3.The valuation of goods and rights does not reach five million euros" (Art. 190 Insolvency Act); the requesting debtor proves also to have liquid assets enough to service the expenses derived from the Settlement, and that his equity and foreseeable income allow him to "likely successfully" achieve the payment agreement.

The procedure to negotiate and further perfect the Payment Settlement is initiated at the request of the debtor requiring to file the case in order to reach this kind of agreement, and the appointment of an "insolvency mediator" (Arts. 231.1. and 232. 1 of the Insolvency Act).The request is submitted to a Notary's address. However, if the debtor is an entrepreneur or a legal person that must be registered at the Commercial Registry, the request is submitted to the Commercial Registrar corresponding to the address of the debtor.

Moreover, the debtor must indicate in the form or request used to file the case, the money and the liquid assets in his possession, his goods and rights, and the forecast regular income. This list should be accompanied by a list of creditors including the amounts and the due dates for the credits, and the creditors holding secured or public loans. In addition, a list of contracts in force should be added and another list containing forecast monthly expenses. Lastly, when the debtor is obliged to keep accountability books, the request must include the annual accounts of the previous three years.

Following, the Notary or the Commercial Registrar must appoint as "insolvency"mediator the corresponding natural or legal person, according to the order of the official "insolvency" mediators' lists that is published in the corresponding section of the BOE (Spain Official Gazette) website, which is prepared by the Registry of Mediators and Mediation Institutions of the Ministry of Justice.

A specificity envisaged by Art. 233.1 of the Insolvency Act is the probability that a legal person becomes an insolvency mediator. In this case, the mediation is conducted by the mediators appointed by it.

The mediator appointed by a Notary or the Commercial Registrar needs to verify the existence and the amount of debts within ten days after accepting the position. Within the two following months, he/she has to summon the debtor and the creditors that might be affected by the agreement. The summoning must be conducted through the Notary and the meeting should be held at the debtor's domicile. In the summon, the following items have to be included: a) that the goal of the meeting is to reach a payment settlement, b) the amount owed to each creditor, and c) the date when the loans were agreed and when they are due, and the guarantees established.

The holders of loans secured by a pledge, mortgage or antichresis might expressly communicate to the mediator, within one month of the summon reception, their will to act in the agreement. Silence is interpreted as exercising their right to restrain from participating at the out-of-the-court agreement.

Filing a case does not prevent debtors to continue their activity (Art. 235.1 Insolvency Act). However, their capacity to act is restricted. On the other hand, while negotiations of the agreement are in progress, the debtor cannot be declared insolvent, unless the circumstances under Art. 5bis of the Insolvency Act (Art, 235.6 Insolvency Act) occur.

After the publication of the mediation case file start, and for a maximum period of three months after publication, the creditors affected by the out-of-the-court agreement are not able to start or continue any execution on the debtor's equity, as the negation of said agreement is under way. Moreover, during the same period creditors must restrain from conducting any act to improve the situation they face concerning the debtor. Creditors whose loan is secured by a security right are excluded from the previous rule.

One of the legal effects of the annotation of the out-of-the-court agreement negotiation file at public registries where the debtor's goods are registered is the closing of these registries for foreclosures or further seizures with retroactive effect to the presentation of the request to appoint an insolvency mediator.

Seizures or confiscations agreed during processes at the request of public right creditors of the debtors are excluded from the previous rule, as well as those started by creditors with collateralised guarantees that had to restrain from participating in the out-of-the-court agreement.

Insolvencymediators, at least twenty calendar days before the meeting, have to submit the to the creditors, with the previous consent of the debtor, a payment Plan of the amount due to the date of the request.If arrears or a waiting period is considered, this could not be longer than three years, and if a haircut is proposed, it could not be of more than 25% of the total amount due. The Plan should be accompanied by a "Feasibility Plan" containing a proposal to meet all the new obligations, and an amount is also included as food for the debtor and his family, and a "continuation plan" of his professional or business activity. Likewise, a "negotiation proposal" must be done dealing with the conditions of the debtor's credits and loans. Creditors can present alternative or modification proposals to the agreement proposal, and can express their total or partial approval or rejection of the proposal. Then, the mediator submits the payment plan and final feasibility plan approved by the debtor to the creditor. When the creditors who represent most of the liabilities that would be affected by the agreement decide to stop negotiations, the mediator has to "immediately" request a consecutive insolvency procedure.

At the meeting between the creditors and the mediator and the debtor, all alternative or modification of the Plan proposals will be dealt with as well as the reasons to oppose to it. However, when some of the creditor accepts the Plan within 10 days before the meeting, and if the creditor does not attend the meeting, the payment conditions accepted by this creditor cannot be altered.

Likewise, during the meeting, the approval of the Plan is addressed. For this to occur, the favourable vote of the creditors holding at least 15% of the liabilities is required when the Plan does not consist in transferring the goods of the debtor to service his debts.

If the Plan is approvedit must be notarised in a Public Deed. When the file has been started before the Commercial Registrar, a copy of the Deed containing the Settlement has to be presented, containing also the approval of the Plan, for the Registrar to close the file.

The closing of the case file is communicated by the Notary or by the Registrar to the Court that would have processed it, and also, to the Registries of Public Goods so that they can proceed to cancel all the annotations they might have done.

The Out-of-the-court Agreementis then published at the BOE (Spain Official Gazette) as well as at the Insolvency Public Registry.

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

Bibliografía

- Berges, I. (18 de diciembre, 2013). El Acuerdo extrajudicial de pagos en la Ley de Apoyo a los Emprendedores. Diario La Ley, Nº 8214, Año XXXIV.
- Cabanas, R. (3 de abril, 2014). Algunas cuestiones notariales y registrales del acuerdo extrajudicial de pagos. Diario La Ley, Nº 8285, Año XXXV.
- De la Vega-Justribó, B. (2012). Mediación civil y mercantil: la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre mediación. Cuestiones de la mediación concursal. Revista crítica de derecho inmobiliario, 733, 2972-2999.
- Fernández-Seijo, J. M. (2011). La mediación en los procedimientos concursales: experiencia en los juzgados mercantiles de Barcelona. Estudios jurídicos, 2011.
- Gallego, E. (2014). La mediación concursal. Anuario de derecho concursal, 31, 11-63.
- Llorente, M. (9 de enero, 2014). La mediación mercantil. Especial referencia a la mediación en el marco concursal. Diario La Ley, 8225, Año XXXV. Ref. D-9.
- Martín, M. F. (20 de noviembre, 2013). La relación entre el concurso de acreedores y la mediación. Diario La Ley, 8195, Año XXXIV. Ref. D-400.
- Miranda, L. M. (21 de marzo, 2014). ¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores relativas al emprendedor de responsabilidad limitada y al concurso de la persona física? Diario La Ley, 8276, Año XXXV.
- Muñoz, A. (16 de enero, 2014). El concurso de acreedores del Emprendedor de Responsabilidad Limitada. Incongruencias normativas I. Diario La Ley, 8230. Año XXXV Ref. D-19.
- Muñoz, A. (4 de febrero, 2014). El concurso de acreedores del Emprendedor de Responsabilidad Limitada. Incongruencias normativas II. Diario La Ley, 8243, Año XXXV.
- Ortiz, A. (2013). Concurso de acreedores de persona física, freshstart y mediación concursal. La rehabilitación del deudor. Diario La Ley, 8172, Año XXXIV. Ref. D-353.
- Ortiz, A. (2013). La mediación en el concurso de acreedores: reflexiones y estrategias. Diario La Ley, 8111.
- Pulgar, J. (14 de marzo, 2014). Refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y reforma concursal (Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo), Diario La Ley, 8271.
- Pulgar, J. (2013). Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad. Diario La Ley, 8141, Año XXXIV. Ref. D-294.
- Rodríguez-Achútegui, E. (2013). Limitación de responsabilidad, remisión de deudas y acuerdo extrajudicial de pagos en el Proyecto de Ley de apoyo a los emprendedores. Revista Aranzadi Doctrinal, 5, 11-12.
- Rodríguez-Conde, C. (2013). El Acuerdo extrajudicial de pagos y la mediación concursal aprobados por la Ley de emprendedores de 2013. Revista jurídica de Catalunya, 112, 919-953.
- Ruiz-García, M. J. (24 de julio, 2013). El encaje de la mediación en los procedimientos declarativos conforme a la Ley 5/2012 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Diario La Ley, 8133, Año XXXIV, Ref. D-279.
- Sanjuán y Muñoz, E. (16 de enero, 2014). La naturaleza jurídica del mediador concursal: sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia. Diario La Ley, 8230, Año XXXV.
- Sanjuán y Muñoz, E. (21 de noviembre, 2013). Acuerdos selectivos extrajudiciales de pagos (ASEP). Diario La Ley, 8196, Año XXXIV, Ref. D-402.
- Sanz-Acosta, L. (2013). El acuerdo extrajudicial de pagos de la Ley de Emprendedores. Actualidad civil, 12.
- Senés, M. C. (2014). El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores? Revista de Derecho Civil, 1(1), 49-68.

Requisitos de Publicación

1. REVISTA DE MEDIACIÓN acepta trabajos referidos al campo profesional de la mediación, principalmente en su vertiente aplicada y profesional. Los trabajos publicados podrán abordar cualquiera de las siguientes cuestiones::
- Estudios experimentales e implicaciones prácticas de investigaciones empíricas y del ejercicio profesional.
- Desarrollo de aspectos teóricos, revisiones teóricas, y cuestionamiento y desarrollo de modelos teóricos.
- Investigación, Desarrollo e Innovación: buenas prácticas novedosas en áreas específicas.
- Evaluaciones y estudios estadísticos, análisis y crítica de tendencias emergentes, desde la perspectiva de su aplicación práctica.
- Revisiones, comunicaciones, estados de la cuestión, actualizaciones y meta-análisis de temáticas de la Mediación.
- Explicación y/o Aplicación de cuestiones generalmente ignoradas por los investigadores.
- Exposición de experiencias profesionales y casos de mediación
- Espacio de debate sobre políticas profesionales, opiniones, teorías y demás cuestiones de relevancia.
- Evaluación y análisis de las leyes referidas a la Mediación y/o de otras temáticas sociales a tener en cuenta por los profesionales de la Mediación.
- Entrevistas a profesionales de relevancia relacionados con la Mediación

2. Los trabajos habrán de ser inéditos (incluido en formato digital) en lengua castellana y, una vez aceptados, pertenecerán a Revista de Mediación los derechos de impresión y de reproducción por cualquier forma y medio, aunque se atenderá cualquier petición razonable por parte del autor para obtener el permiso de reproducción de sus contribuciones.
3. Se aceptan artículos originales en inglés y en francés que no hayan sido previamente publicados en castellano. Serán traducidos por el Equipo de Traducción de Revista de Mediación.
4. La Dirección de Revista de Mediación se reserva el derecho de encargar trabajos específicos a autores reconocidos o proponer números especiales monográficos.
5. Los trabajos tendrán una extensión de alrededor de 4000 palabras, sin incluir en el conteo los siguientes temas:
- Título del artículo en castellano e inglés. Revista de Mediación cuenta con traductor de inglés y francés propio, por el que facilitamos a los autores la posibilidad, sin coste alguno, de que envíen sólo en castellano todo lo solicitado y será el traductor de Revista quien realice la traducción. En tal caso, el/los autor/es aceptan la traducción realizada por Revista de Mediación.
- Nombres y Apellidos de los autores, profesión y entidad (centro de trabajo, Institución, Universidad...), breve curriculum de cada autor y correo/s electrónico/s que deseen que figuren en la publicación. Esta información no irá en el documento del artículo, sino recogida en la Carta de Presentación de Artículos que deberá enviarse junto al artículo.
- Resumen o Abstract de no más de 120 palabras, en castellano y en inglés.
- Palabras clave (key words): 5 palabras, también en ambos idiomas.
- Extended Summary (en inglés, si bien remitimos a la nota al pie nº 1): 1500-2000 palabras.
- Referencias Bibliográficas y/o Bibliografía (ver punto 10 sobre formato).
- Referencias Bibliográficas y/o Bibliografía (ver punto 10 sobre formato).

6. Los trabajos se enviarán para su valoración inicial por correo electrónico a la dirección revistademediacion@imotiva.es en formato WORD, junto con la Carta de Presentación y la Autorización de Publicación (firmada por todos los autores), documentos que pueden encontrarse en la sección de Revista de Mediación de nuestra web: revistademediacion.com
7. En un plazo máximo de 75 días Revista de Mediación contestará acerca de la aceptación o no de dicho trabajo para su publicación.
8. Revista de Mediación utiliza un proceso de revisión anónima externa por pares. Los manuscritos no deben contener información que permita identificar a los autores; información que debe adjuntarse en la Carta de Presentación de Artículos, y que la Dirección de Revista de Mediación no hará llegar a los "evaluadores ciegos". Los revisores externos cualificados emitirán un informe para el equipo directivo, tras el cual, se le comunicará al autor o autores si su trabajo es rechazado o aceptado, y si deben hacerse modificaciones para su publicación final.
9. Todos los trabajos recibidos serán evaluados previamente a su publicación por el Equipo de Revista de Mediación y por los evaluadores externos para garantizar la calidad científica y el rigor de los mismos, así como su interés para los lectores, reservándose el derecho de aceptarlos o rechazarlos. El Equipo directivo se reserva el derecho de aceptar o rechazar manuscritos en función del grado de ajuste a los tópicos de la revista. Podrían no ser aceptados aquellos trabajos que no se ajusten al amplio espectro de los temas antes mencionados o aquellos cuyos requisitos o cuya redacción no estuviera a la altura de la calidad exigida. Igualmente, Revista de Mediación se reserva el derecho de solicitar las mejoras, correcciones, aclaraciones o modificaciones que considere pertinentes, y de realizar las correcciones de estilo que estime oportunas.
10. La revista ha adoptado las normas y estilo del APA Publication. Manual publicado por la American Psychological Association, Washington, DC, USA. http://www.apa.org/journals/authors/manuscript_check.html
11. Las citas bibliográficas seguirán las normas APA (6ª Edición). Como guía breve: irán alfabéticamente ordenadas al final del artículo siguiendo los siguientes criterios:
- Para libros: Apellido, Inicial. (Año). *Título completo*. Ciudad: Editorial.
- Para revistas: Apellido, Inicial. (Año). Título del artículo. *Nombre de la revista*, Volumen (número), pp. página inicial-final.
- Para capítulos de libros colectivos: Apellido, Inicial. (Año). Título del capítulo. En Inicial., Apellido (director, editor compilador). *Título del libro* (pp. página inicial-final del capítulo citado). Ciudad: Editorial.
- En caso de varios autores, se separan con coma y antes del último con una "y".

12. Las opiniones y valoraciones expresadas por los autores en los trabajos son de su exclusiva responsabilidad y no comprometen la opinión de la revista.
13. Revista de Mediación se reserva el derecho de publicación de artículos que considere oportunos por su relevancia o interés, aunque no se ajusten estrictamente a estos criterios.

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

APERTURAS OPENNESS

Entrevista motivacional en mediación

Motivational interviewing in mediation

Santiago Madrid Liras
Psicólogo y Mediador.
Profesor de Mediación Familiar en la Universidad Camilo José Cela de Madrid.
Director del Curso Especialista en Mediación y Resolución de Conflictos del Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid.
Presidente del Instituto Motivacional Estratégico – IMOTIVA
santiagomadrid@imotiva.es

Manuscrito recibido: 10/01/2014
Manuscrito aceptado: 09/03/2014

RESUMEN: La Entrevista Motivacional, con más de 30 años, de 25000 artículos publicados y de 200 ensayos clínicos aleatorios que han mostrado su eficacia (Miller y Rollnick, 2013) ofrece una herramienta desde el respeto y la confianza en las capacidades de las personas para facilitar y aumentar la motivación para el cambio. En mediación, las personas en conflicto, sobrepasadas por sus emociones de ensimismamiento, confrontación, angustia y cerrazón, necesitan del profesional para superar tales estados emocionales y salir así del conflicto en el que están inmersas. La Entrevista Motivacional, como se muestra en este artículo, aporta estrategias concretas de intervención para ayudar a los mediados a superar estancamientos y reencontrar el camino de salida del atrincheramiento y la confrontación hacia la colaboración, con el fin de que puedan resolver entre ellos su conflicto, con plenas capacidades.

ABSTRACT: Motivational Interviewing, started more than 30 years ago, with over 25,000 articles published on the subject and more than 200 randomized clinical trials conducted that have shown their efficiency (Miller & Rollnick, 2013), provides us with a tool based on the respect and trust in the people to facilitate and increase motivation to change. When in a mediation process, people in a conflict are overwhelmed by their emotions of self-absorption, confrontation, anguish and closeness, and they need a professional to overcome these emotional states and be out of the conflict they are immersed in. Motivational Interviewing, as shown in this article, offers concrete strategies to act and help those in a mediation to overcome stagnations and find a way out of the entrenchment and confrontation position to collaboration, and resolve their conflict together using their abilities to the fullest.

Palabras clave: Entrevista Motivacional, diálogo de cambio, diálogo posicional, compromiso, focalización, evocación.

Key Words: Motivational Interviewing, change talk, sustain talk, engaging, focusing, evoking.

1. Origen y evolución de la entrevista motivacional

Aunque los inicios de la Entrevista Motivacional –en adelante EM– se remontan a los años 80 (Miller, 1983), no será hasta 1991 cuando se inicie la masiva difusión de una nueva forma de entender y trabajar las adicciones y la relación con el cliente gracias al primer manual de Entrevista Motivacional (Miller y Rollnick, 1991; en 1999 se realizó la edición en castellano). Pero las posibilidades que ofrece la EM superan desde su nacimiento, como defienden los propios autores (Miller y Rollnick, 2013), el ámbito de las adicciones y pronto son muchos los estudios que la emplean para abordar tanto distintas dificultades personales y problemas psicológicos (Arkowitz, Westra, Miller y Rollnick, 2008), como actuaciones de otras disciplinas, tales como el trabajo social, la enfermería, el *counselling*, la prevención y la educación (Herman, Reinke, Frey & Shepard, 2014; Rollnick, Miller & Butler, 2008; Wahab, 2005), y en general todas aquellas que se centran y requieren que sus clientes, usuarios, pacientes, alumnos, etcétera, y en este caso, los mediados o partes[1], lleven a cabo ciertos cambios para salir de una situación desagradable o dañina o para no entrar en ella. La evolución del modelo inicial de 1991 puede seguirse con la lectura de las dos ediciones posteriores: 2ª edición, 2008 y 3ª edición, 2013.

La EM aparece dando respuestas a las cuestiones planteadas por el modelo transteórico del cambio (Prochaska y DiClemente, 1982, 1983; Prochaska, Norcross y DiClemente, 1994), que cuestionaba ciertas prácticas de la psicología clínica, sobre todo de corte cognitivo-conductual, muy arraigadas en los años 80, por las que los terapeutas marcaban cambios conductuales y cognitivos a los pacientes en forma de tareas que en muchas ocasiones éstos no llevaban a cabo. El "fracaso" en el cumplimiento de las tareas e indicaciones del profesional era interpretado como falta de fuerza de voluntad (motivación como rasgo del carácter del paciente) y como resistencia al cambio, por lo que los profesionales se quitaban la responsabilidad de dicho fracaso, aunque limitaban sus propias capacidades como profesionales de ayuda a ciertos pacientes "poco motivados"[2]. Esto ocurría en mayor medida en los casos de adicciones, de donde nacen las dos teorías aquí mencionadas, aunque ambas superarán, por la fuerza de sus propuestas, este espacio limitado. En respuesta a ello, James Prochaska y Carlo DiClemente (1982, 1983) plantean que la motivación no es un rasgo de personalidad sino un estado y que, por tanto, la actuación profesional debe adaptarse al momento en que la motivación se encuentre, es decir, es el profesional el que debe adaptarse al paciente y trabajar desde y en base a la etapa motivacional en la que se encuentre. De ahí surge el planteamiento de "la rueda de la motivación", que presentamos en la Figura 1.

FIGURA 1. Rueda de Motivación

Observemos que las actuaciones que se llevaban a cabo ocurrían dando por hecho que los pacientes estaban en fase de acción o como mucho de determinación, esperando el sabio consejo experto del psicólogo para que los guiaran en qué tenían que hacer. Tal error se detecta al entender que éstos podían encontrarse en fases motivacionales previas: precontemplación, donde no hay concepción de problema (aún está fuera de la rueda y la labor es incorporar al paciente a ella); contemplación, momento en el que sí se asume que hay un problema que depende de mí, pero no hay fuerza, percepción de capacidad o un deseo suficientemente consistente para llevar a cabo el esfuerzo del cambio; y determinación, donde la persona quiere y siente que puede llevar a cabo el cambio, pero no sabe cómo hacerlo, cómo empezar, falta definición de objetivos y planificación de la acción.

1 Aunque es tradicional el uso del término "partes" para referirse a las personas protagonistas de la mediación y del conflicto, consideramos que tal terminología no hace sino reforzar el diálogo de conflicto, en vez del de colaboración que queremos reforzar en mediación. Así, al encontrarnos en el marco de la mediación, entendemos que igual que al profesional le llamamos mediador, ¿por qué no llamar mediados a las personas –clientes, usuarios– que participan en el proceso? Por ello, a lo largo de todo el texto nos referiremos a ellos como mediados y no como partes.
2 Actitud con la que estamos familiarizados en mediación: los psicólogos justificábamos nuestros fracasos traspasando la responsabilidad a los pacientes en una narrativa cerrada que nos colocaba en el papel de víctimas y a los pacientes "resistentes" en el papel de responsables; pero al hacerlo, perdíamos nuestra capacidad de actuar para resolver el problema. Estas dos teorías prácticas, la de Prochaska y DiClemente y la de Miller y Rollnick, nos abrieron a una historia alternativa nueva en la que pudimos aceptar nuestra responsabilidad y cambiar nuestras actuaciones, ahora ya con mucho más éxito profesional gracias a estos autores.

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

Sigamos con el origen y la evolución de la EM. Por un lado la EM da respuesta a los problemas que ciertas intervenciones están teniendo en los casos de adicciones por no considerar la fase motivacional en la que los pacientes se encuentran; pero por otro lado, la EM profundiza en lo que debe y puede ser una relación terapéutica de ayuda, y estudia diferentes estilos de aproximación a los pacientes para detectar cuál es el más eficaz para lograr la adhesión a la terapia y el alcance a corto y largo plazo de los objetivos de cambio. Para ello, contrapone al estilo directivo clásico y al rol de experto del modelo cognitivo-conductual orientaciones más humanistas de influencia rogeriana; la psicoterapia centrada en el cliente (Rogers, 1981). Según ésta, es el cliente –no ya paciente porque se le da el papel más activo y lleva el peso de la terapia– quien, dentro del marco de una relación de autenticidad, empatía, respeto y aceptación incondicional del terapeuta hacia él y de creencia en sus capacidades para el cambio, marcará la dirección a seguir en la terapia y en su vida. Desde el punto de vista de la técnica, la escucha activa, la empatía, la aceptación incondicional y el reflejo son muestras, incorporadas a la EM, de este cambio de relación terapéutica.

La EM, sin embargo, no asume totalmente los postulados rogerianos, sino que, teniendo en cuenta estudios que apoyan la eficacia de una relación terapéutica más humanista, defiende que el profesional puede conseguir cambios más eficaces desde una relación comprometida y respetuosa con el cliente, del que extraer y reforzar sus motivaciones para el cambio (Miller y Rollnick, 2013). El profesional no proporciona soluciones al cliente sino que obtiene de él, desde una relación más igualada, las suyas propias.

2. Qué es la entrevista motivacional y qué aporta a la mediación

En primer lugar, es necesario entender que la EM no es un método de persuasión con el fin de que los clientes hagan algo en contra de sus deseos, sino, todo lo contrario, una forma de relacionarse con las personas, estableciendo una relación de ayuda profesional para facilitar que salgan de ellas sus potencialidades de cambio, desde una plena confianza en sus capacidades, lo que le asemeja en muchos aspectos a los objetivos planteados por el modelo de mediación transformativa (Bush y Folger, 1996; Folger, 2008; Bush y Pope, 2008). Partiendo de un respeto y de una confianza plena en la inteligencia, la capacidad, el conocimiento y la habilidad de los mediados para tomar decisiones adecuadas para su propia vida, la EM plantea devolverles la responsabilidad de tomar tales decisiones, ayudándoles a explorar, descubrir y entender sus motivaciones, dirigiendo su atención a los cambios que pueden ser de utilidad para salir del conflicto y extrayendo de los mediados sus propias soluciones para lograrlo.

No es la tarea del entrevistador –mediador, en adelante– motivar a los clientes –los mediados–, ni decirles qué tienen que hacer, ni resolver sus problemas, ni aportarles las soluciones que le parezcan válidas al profesional (Matulich, 2013). De hecho, esta actitud directiva es cuestionada y criticada por este modelo, que plantea al profesional la auto-tarea de limitar y controlar lo que ellos llaman el reflejo de hacer las cosas correctamente (*righting réflex* o reflejo de corrección) que incluye la tendencia a decir al cliente qué es lo que tiene que hacer – muy común entre psicólogos, abogados y trabajadores sociales, porcentaje elevado de las profesiones de origen de los mediadores. Este principio de limitar el reflejo de corrección es compartido con la mediación, donde se insta a evitar decir a los mediados qué acuerdo tienen que aceptar o qué soluciones de las que planteen son las válidas o cómo tienen que comportarse en una mediación (especialmente en la visión más transformativa de la mediación, aunque generalmente aceptada por el común de los mediadores al margen de la escuela seguida), por considerar que deben siempre primar las soluciones de los mediados.

La EM considera unos principios básicos respecto a cómo el profesional debe relacionarse y atender a sus clientes, que quedan bien reflejados en el acrónimo inglés RULE (Rollnick, Miller & Butler, 2008; Rosengren, 2009), que significa regla, y marca 4 reglas básicas a este respecto:

- R – Resist the righting réflex -> resistir el reflejo de corrección (ya explicado)
- U – Understand your client's motivation -> entender las motivaciones de tu cliente
- L – Listen to your client -> escuchar a tu cliente
- E – Empower to your client -> empoderar a tu cliente.

Cuatro principios que, como vemos, refuerzan una relación de atención sincera y de proximidad del mediador hacia los mediados.

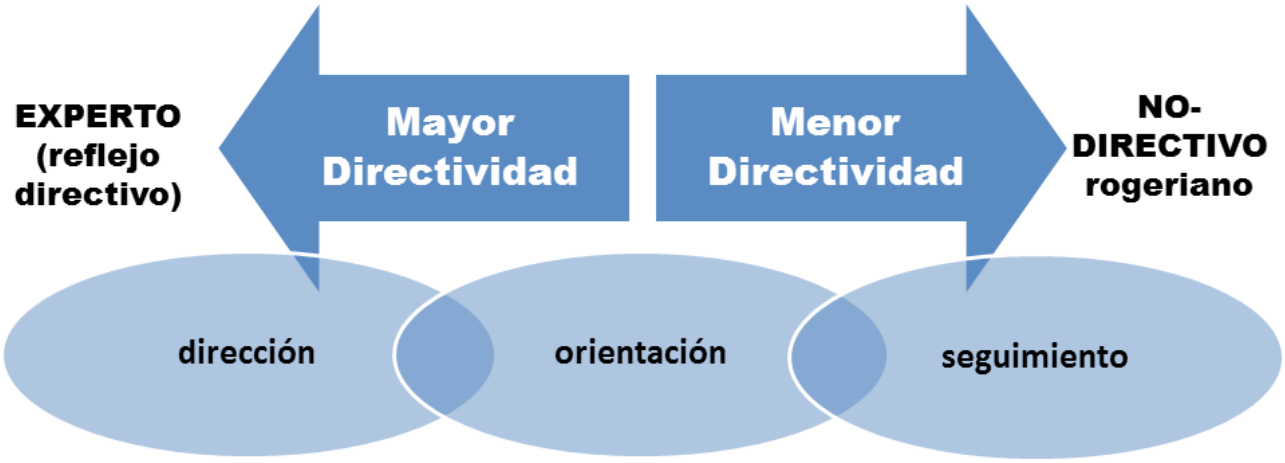
De todo lo expresado hasta el momento podemos concluir, teniendo en cuenta a Miller y Rollnick (2013), que la actitud que la EM propone respecto al rol del entrevistador – en este caso mediador (ver Figura 2) – es un papel intermedio entre la directividad y la no directividad, tal y como los propios autores de la EM recogen en la última revisión de su obra.

Como podemos ver, a un lado del continuo estaría la directividad del rol de experto (reflejo de corrección); en el otro lado la no directividad típicamente rogeriana, y posiblemente en un punto intermedio podríamos situar el lugar en el que se colocaría la EM, la orientación, a la que podríamos colocar entre la conducción del mediado en ciertos momentos, y el acompañamiento en otros.

Podríamos considerarlo como una relación de colaboración de expertos:

- los clientes o mediados son expertos en sus vidas, en sus emociones, en su conflicto, en su malestar, pero también

FIGURA 2. Rol del mediador



en sus soluciones intentadas, exitosas o fracasadas, en sus anhelos, deseos, motivaciones, intereses y necesidades;

- y el profesional o mediador es experto en su materia, la solución de conflictos y la motivación al cambio, pero consciente de sus limitaciones sobre todos los otros aspectos en los que destacarían los mediados.

Para resolver el conflicto, mediados y mediador se unen y suman sus fuerzas y conocimientos con ese mismo objetivo.

Podríamos hacer una semejanza respecto a este continuo con las actitudes del mediador defendidas por las tres escuelas clásicas de mediación. En tal caso, encontraríamos el modelo de Harvard (Fisher, Ury y Patton, 2011; Fisher y Shapiro, 2005; Ury, 1997) como aquel más escorado hacia lo directivo, el transformativo más próximo a lo no directivo, y posiblemente el circular-narrativo en posiciones más intermedias.

En cualquier caso, la EM no se presenta como un modelo de intervención –de mediación en este artículo– sino como una forma de relacionarse con los mediados y de intervenir conjuntamente con ellos a través de estrategias altamente eficaces para alcanzar los cambios oportunos que todos ellos –sean dos o más los mediados según cada caso concreto– necesitan realizar para superar el conflicto.

3. Afirmaciones automotivadoras: el poder de cambio de escucharse a uno mismo

La EM bebe de ricas aguas ya planteadas por otros autores tanto en cuanto al enfoque del profesional (la ya mencionada influencia rogeriana) como a las estrategias de intervención (escucha activa, empatía, evitar discrepancia, fomentar autoeficacia) pero aporta un elemento claramente definitorio y distintivo de lo que sería una intervención motivacional: las afirmaciones automotivadoras. Aunque este concepto es modificado en las dos ediciones revisadas y modificadas de Entrevista Motivacional (Miller y Rollnick, 2002, 2013) y sustituido por dos conceptos que posteriormente desarrollaremos –*change talk* y *sustain talk*, que para este ámbito de la mediación, y por respetar y considerar los términos ya fuertemente establecidos en nuestro ámbito vamos a traducir por diálogo de cambio y diálogo posicional–, consideramos muy oportuno plantear y explicar este concepto de afirmaciones automotivadoras por el peso que pueden tener dentro de una mediación.

El planteamiento parte de la demostración empírica del valor persuasivo sobre nuestra motivación que tiene para las personas escucharnos decir lo que sentimos, lo que queremos lograr y lo que queremos hacer. La fuerza de mi compromiso aumenta considerablemente con lo dicho si hay conciencia de haberlo dicho. Hemos de ser conscientes de que mucho de lo que los mediados –y los seres humanos en general– decimos, se pierde en la velocidad del diálogo, del intercambio verbal y no verbal de información– sin que en muchas ocasiones haya tocado los límites de nuestra conciencia. Como plantean Bush y Folger (1996) con el concepto de *awareness*, tomar conciencia de lo que uno piensa y siente, de lo que uno realmente quiere, sus prioridades y valores, de cómo lo quiere, para qué lo quiere, de qué está dispuesto a hacer, etcétera, es un paso importante sobre lo que la mediación puede aportar a los mediados y una forma de revalorización de ellos mismos. A su vez, tomar conciencia de aspectos positivos que yo mismo siento y he planteado en mi discurso sobre el otro ayuda a dar fuerza a reconocimientos que se han producido y que sólo tomarán esa fuerza si el mediador ayuda a evidenciarlos, a darles el protagonismo que se merecen, por ejemplo con un señalamiento del tipo: "¿te he entendido bien cuando has dicho que consideras que X es un buen padre?"; o en la línea de reforzar una revalorización, igualmente el mediador podría devolver al mediado un señalamiento del tipo: "entonces, idices que te ves capacitado para llegar a un acuerdo con

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

X y que deseas que todo este mal ambiente acabe de una vez?", iniciándolo como una afirmación y acabándolo como una pregunta para que el mediado pueda confirmar si efectivamente eso es lo que ha dicho. Esta intervención ha supuesto tres efectos importantes:

1. al escuchar al mediador repetir lo que el mismo mediado ha dicho, toma conciencia de ello;
2. al confirmar que ese es su planteamiento, reforzamos su implicación y compromiso con lo dicho;
3. y al escucharlo el otro mediado, la toma de conciencia de éste también aumenta –ya que dentro del diálogo ha podido no prestar atención a ese reconocimiento al que un mediador, como señalan Bush y Folger, sí debe estar más que atento– y puede vivir de forma más intensa y consciente ese reconocimiento.

Esta fuerza como intervención de las afirmaciones automotivadoras para promover cambios en los mediados se debe a varios motivos:

1. Es habitual que tras una conversación perdamos la mayor cantidad de lo dicho por la otra parte y recordemos mejor lo que nosotros mismos hemos dicho; por lo que es más importante que yo me escuche a mí mismo decir X a que seas tú el que me lo digas. Baste al lector hacer el siguiente experimento: relate a una persona la charla que haya mantenido con un tercero hace unos días. Fíjese cómo gran parte de lo que relata, posiblemente en una proporción de 3 a 1, es lo que usted mismo dijo en aquella ocasión y que sólo queda en torno a un 25% de recuerdo de lo que el otro le dijo a usted.
2. Los estudios de Leon Festinger (1957), un importante autor de psicología social, sobre la disonancia cognitiva reflejan –entre otras muchas cosas– que cuando un discurso propio choca con una conducta realizada, se genera un estado de malestar cognitivo por evidenciarse la incoherencia y que, para superar este malestar, tendemos a cambiar la creencia o el pensamiento o la conducta en busca de que haya coherencia entre ellas y desaparezca el malestar. Así, por tanto, necesitamos para nuestro bienestar que haya una coherencia entre lo que decimos que queremos hacer y lo que luego hacemos, aumentando la probabilidad de hacerlo si previamente ya me he comprometido con ello. Por supuesto, esto no asegura al 100% que uno realice aquello a lo que se compromete (fijémonos en todas las promesas que hacemos para el inicio del año), pero sí aumenta considerablemente la probabilidad de que lo haga. Si he verbalizado que voy a evitar choques con la otra persona y el mediador me ha ayudado a tomar conciencia de ese compromiso, es mucho más probable que sea fiel a tal compromiso; mucho más, cuando menos, que cuando es otro el que me plantea que debo hacerlo.
3. Por último, cuando los demás nos dicen qué tenemos que hacer, esto genera en nosotros cierta resistencia natural a lo que vivimos como una imposición o presión externa. Resistencia que desaparece si soy yo mismo el que he verbalizado lo que quiero hacer. Por ello, en su primera versión –luego, igualmente abandonado en versiones posteriores–, la EM incluía un principio muy atinado de dar un giro a la resistencia. Veamos que este concepto sí ha sido trabajado por uno de los autores más reconocibles del modelo de Harvard, William Ury, quien centra su obra "Supere el no. Cómo negociar con personas que adoptan posiciones inflexibles" (Ury, 1997) en el modelo de penetración, que tiene como base la idea central de que, frente a las resistencias y actitudes posicionales inflexibles, la peor actuación profesional es entrar directamente en dicha resistencia, ya que generaría aún más resistencia en el otro, y que lo que hay que hacer es dar un giro a la resistencia, consistente en la mayor parte de las ocasiones en que sea el mediador el que reduzca la posible presión ejercida, permita una cierta retirada del mediado y sea él el que se aproxime a éste. Por tanto, se suma Ury a la idea de evitar la discrepancia y asumir un rol como profesional no impositivo, sino sugeridor; no confrontativo, sino cálido y próximo, que ayude a que los mediados puedan libremente reforzarse en su defensa posicional antes de poder dejarla por sentirse seguros para dar el paso siguiente hacia el cambio. Incómodos por la "marcha atrás", mala intervención haríamos aumentando la presión hacia el mediado, que se atrincherará aún más en su negativa a avanzar.

¿Qué serían, por tanto, afirmaciones automotivadoras en una mediación?

- Todas aquellas expresiones (verbales y no verbales) que van en la línea del abandono de la posición y de la actitud posicional –entendiendo por ésta, la actitud de rechazo (hacia el otro, hacia el acuerdo, hacia el propio mediador y el propio proceso de mediación) que asumen muchos mediados en las primeras fases de la mediación.
- Igualmente todas aquellas expresiones en las que se denota que el mediado ha abandonado sus narrativas cerradas para asumir un papel más activo y responsable tanto con el conflicto como con la solución (Cobb, 2013; Suares, 1996), en vez de mantener un discurso de "buenos y malos" propio de las narrativas cerradas, donde él siempre aparece como la víctima y el otro como el perverso y único responsable de la situación.
- Finalmente, afirmaciones automotivadoras serán todas aquellas que los autores transformativos incluyen en sus conceptos de revalorización y reconocimiento (Bush y Folger, 1996), sean éstas expresiones de capacidad, de deseo de cambio, de aclaración de objetivos, metas, recursos y medios, o muestras de empatía, reconocimiento y disposición a la colaboración.

4. Autoafirmación, motivación y etapas de cambio

¿Por qué consideramos oportuno trabajar la motivación al cambio en los mediados? Cuando dos (o más) personas entran en conflicto pasan a una situación desagradable para ambas. Aunque en un momento dado puedan verbalizar lo contrario, es decir, que les da igual esa situación, lo cierto es que esto no esconde sino una actitud defensiva posicional, que se correspondería con la etapa motivacional de precontemplación del modelo de Prochaska y DiClemente: "no hay problema o éste no me afecta".

Sin embargo, si ha surgido un conflicto es porque al menos para uno de los implicados la situación previa al mismo no era satisfactoria o incluso aceptable. Segundo, la nueva situación, la de conflicto, ya no es tampoco deseable para ninguno de los afectados ya que intrínsecamente genera malestar en los implicados. Entonces, ¿por qué nos mantenemos en una situación que no deseamos?

En parte nos mantenemos porque anticipamos que podemos ganar algo, al menos en un principio del ascenso del conflicto: la motivación va dirigida hacia mantener la actitud hostil (diálogo posicional) salvo que se nos evidencie lo contrario, qué podemos perder de mantener esa actitud confrontativa. Sin embargo, si el mediador intenta convencer al mediado de los riesgos de mantenerse en esa situación, posiblemente el mediado se sienta acosado, vea que se le intenta convencer y se ponga a la defensiva, resistente y rechace con contra-argumentos todo argumento que el mediador presente. Es el diálogo posicional del que hablaremos en el punto siguiente y que el mediador debe evitar porque refuerza al mediado en su atrincheramiento y posicionamiento. Sin embargo, el empleo de autoafirmaciones, que obtenemos con preguntas abiertas y reflejos (ver más adelante), puede llevar a que sea el propio mediado el que se cuestione esa seguridad ciega en la que entramos en parte por codicia, en parte por revanchismo.

En otras ocasiones nos mantenemos en una situación de conflicto indeseado porque nos defendemos y nos colocamos en una posición de atrincheramiento[3] y en una actitud de ensimismamiento que no nos permite ver todo el cuadro, colocándonos en actitud de tener que defender algo (miedo a perder). Además, la tendencia egocéntrica y ensimismada nos hace pensar que es el otro el que debe llevar a cabo los cambios (ceder). Nosotros simplemente debemos esperar a que ocurran o, como mucho, exigirlos. Esta actitud ensimismada no hace sino colocar a las partes en situación de víctima ofendida y mantiene el conflicto abierto e inmóvil. Nos encontraríamos en una fase de contemplación en la que acepto que hay un problema que me afecta, pero atribuyo toda la responsabilidad fuera, tanto del origen y mantenimiento del problema como de las acciones a llevar a cabo para resolverlo. La solución está fuera de mí.

La ayuda de un especialista en conflictos puede ser en muchas ocasiones una oportunidad para salir de mis estados emocionales de atrincheramiento o ataque. El especialista puede ayudar a superar ese conflicto movilizando a las partes hacia la apertura y el reconocimiento (Bush y Folger, 1996; Folger, 2008), y una forma eficaz es ayudarme a recorrer ese camino de la precontemplación a contemplación, de ésta a determinación, y de determinación a acción.

Cuando decidimos acudir a mediación, nuestro fin es salir de esa situación no deseable. Incluso cuando nosotros no lo hemos decidido, sino que somos incitados a ir a mediación, la realidad es que queremos salir de esa situación, queremos un cambio. La primera tarea del mediador será ayudar a evidenciar a los mediados que están en un lugar, el conflicto, donde no desean estar. Toda verbalización en esta fase que revele saturación, cansancio o rechazo de la situación de conflicto, toda verbalización que le evidencie que desea un cambio –en la relación, en la situación actual que vive, etcétera–, toda razón que aporte de porqué querer salir de esa situación, ayudaría a anclar esta fase:

- hay un problema: plantearemos esto como una sub-etapa de negación y buscaremos el reconocimiento del conflicto y del daño que están sufriendo –en mayor o menor medida– todos los afectados
- y quiero salir de él, hay deseo de cambio: denominaremos a esta sub-etapa la de deseo de cambio.

Generalmente es un atrincheramiento defensivo el que lleva a los mediados en algunos casos a negar hasta la existencia del conflicto o a negar que les esté afectando, como cuando el adolescente plantea que no hay conflictos en casa y que él simplemente "pasa de sus padres". Trabajar que los mediados puedan verbalizar y fortalecerse en su deseo de cambio es importante para el siguiente avance.

Posteriormente, los mediados tienen que salir de su victimismo y de su atrincheramiento en que es el otro el que debe cambiar, que les incapacita para tomar acciones directas para resolver el conflicto. Muchos mediados se encuentran en esta fase al inicio de la intervención: reconocen el conflicto y se muestran excesivamente agraviados por él, pero responsabilizan al otro de todo (narrativas cerradas). Aquí toda afirmación automotivadora o diálogo de cambio en el que aparezca una cierta asunción de responsabilidad en el conflicto o en la

3 Hemos querido incluir el término atrincheramiento como actitud típicamente defensiva de las personas en conflicto, por considerar que complementa y a su vez incluye matices diferentes al concepto de ensimismamiento, propio del modelo transformativo. Supone cerrazón manifiesta, evidente e incluso provocadoramente consciente como reacción a la desconfianza o al daño que sentimos que no ha generado el otro.

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

solución o que vaya en la línea del reconocimiento del otro (comprender sus motivos, verle de manera diferente) permitiría reforzar el avance dentro de la etapa de contemplación. Hay problema, hay deseo de cambio y hay reconocimiento de que el cambio depende en parte de mí y en parte del otro. Considero que dentro de esta contemplación, toda esta tarea podría incluirse en una sub-etapa de responsabilidad.

Pero a menudo ni nos planteamos que eso sea posible, ni sabemos cómo alcanzarlo, ni queremos dar nosotros los primeros pasos. Los mediados han podido llegar por sí mismos o a través de las actuaciones de los mediadores a tomar conciencia de que hay un problema, que ese problema les afecta, que en parte ellos son responsables del mismo o, cuanto menos, que la salida de ese conflicto depende de un cambio en su actitud. Pero la contemplación del cambio no pasará a la determinación y de ésta a la acción si no supero los retos de la segunda sub-etapa de la fase de contemplación –puedo y sé cómo cambiar–, que llamaremos de confianza; el mediador buscará autoafirmaciones en la línea de la autoeficacia para dar pasos para el cambio. En esta fase, los mediados necesitan saber que el otro con el que mantienen el conflicto también asume su parte de responsabilidad en el cambio, desea y está dispuesto a cambiar, porque dar un paso hacia la colaboración y chocar con el desprecio del otro podría hacerle retornar al atrincheramiento. Con sus intervenciones, el mediador deberá asegurar que todos los mediados saben que el otro también está dispuesto a un cambio positivo. Así, seguridad y confianza en sí mismo y seguridad y confianza en el otro serán los hitos a alcanzar en esta sub-etapa de la contemplación.

Si el mediador ha conseguido afianzar los pasos dados hacia el cambio de ambos mediados, la actitud de apertura hacia el otro y la disposición a trabajar en colaboración se habrá producido. Ahora sí están dispuestos a planificar la salida, a buscar soluciones para el presente y futuro: están en determinación. Ahora podrán definir qué relación desean tener y qué aportar para alcanzarlo y mantenerlo, qué soluciones desean para el tema en conflicto y qué pueden aportar ellos a esas soluciones válidas para todos.

Luego, es cierto que cuando hay un conflicto hay un deseo de cambio, más o menos admitido, más o menos consciente. Pero del deseo a la acción hay un trecho y, justo porque cuando estamos en conflicto no podemos ver bien el cuadro, a veces necesitamos un apoyo que nos ayude a salir de él, a dar los pasos adecuados. Esa es la tarea que aquí defendemos que corresponde al mediador:

- Ayudar a que los mediados tomen conciencia (awareness), a través de sus propias verbalizaciones (afirmaciones automotivadoras) de:
  - su situación de malestar por estar en conflicto,
  - su deseo de cambio,
  - su responsabilidad en el origen y/o en el mantenimiento del conflicto,
  - la importancia de un cambio de actitud por su parte para resolver el conflicto,
  - sus posibilidades de que ese cambio se produzca,
  - la disposición del otro para cambiar también,
  - sus capacidades para llevar a cabo cambios que permitan salir del conflicto,
  - y finalmente, la planificación de la salida, con sus propias aportaciones y las del otro, para revertir la situación actual.
- Evidenciar y potenciar la motivación al cambio que realmente sienten las personas que están en conflicto.
- Hacerles avanzar en lo que es un proceso de cambio desde la negación, el atrincheramiento y la confrontación a la colaboración y la salida digna del conflicto.

Veamos en la siguiente tabla, en base a las etapas y sub-etapas motivacionales propuestas, qué retos tiene que afrontar el mediador respecto a los mediados, cuál sería la meta a alcanzar para superar ese reto, qué diálogo (posicional) podemos encontrar en el mediado y cuál vamos a buscar (diálogo de cambio[4]) para llegar a la meta. Aclaremos que estas etapas y sub-etapas no son compartimentos estancos y que una vez alcanzadas las metas ya no hay vuelta atrás. Los mediados regresarán a fases previas en distintos momentos y por distintos motivos, y el mediador volverá con ellos, sin desmoralizarse por ello sino entendiéndolo como parte normal de la evolución hacia el cambio, para reiniciar el avance y reforzar el paso adelante.

5. Diálogo de cambio y diálogo posicional: la ambivalencia y la necesidad del cambio

Siguiendo lo señalado en el punto anterior, podemos entender que parte de la tarea del mediador será, por tanto, facilitar que aparezcan en los mediados, y señalar y reforzar una vez han aparecido, todas sus verbalizaciones y no verbalizaciones (gestos, miradas, asentimientos, aperturas corporales, etc.) que estén comprometidos con el cambio (diálogo de cambio); e igualmente evitará que los mediados se centren en expresar y escucharse a sí mismos defendiendo sus posiciones (diálogo posicional), ya que hacerlo refuerza la actitud posicional de cerrazón y atrincheramiento. Debemos entender que el que reaparezca diálogo posicional es una señal de que el mediado se ha sentido presionado y recula para reforzarse; señal, también, de que el mediador debe frenar el impulso del cambio y atender al mediado en su momento de inseguridad y re-atrincheramiento.

4 Ambos conceptos, diálogo de cambio y dialogo posicional, se explicarán en el siguiente punto.

TABLA 1. Etapas motivacionales en mediación.

Etapa Motivacional	Sub-Etapas	Dificultades Emocionales Reto	Diálogo PosicionalInicial	Meta	Diálogo de cambio
Precontemplación	Negación	Negación de la existencia del conflicto	"No pasa nada" "¿De qué conflicto hablas?"	Reconocimiento del conflicto y de que genera daños	"Hay un conflicto". "Este conflicto es negativo para todos"
	Deseo de Cambio	Falsa aceptación del conflicto y/o de su daño	"No me importa estar así" "Me da igual esta situación"	Reconocimiento del daño sufrido y Deseo de fin del conflicto	"Esta situación me afecta bastante" "Deseo que la situación cambie"
Contemplación	Responsabilidad	Responsabilidad Fuera	"La culpa de todo es del otro"	Asunción de responsabilidad (en el conflicto)	"Yo tengo una parte de responsabilidad"
		Atrincheramiento	"Paso de hacer nada. El otro es el que debe cambiar"	Asunción de responsabilidad (en la solución)	"Yo también tendré que cambiar para resolver la situación"
	Confianza	Desconfianza en sus propias capacidades	"No puedo hacer nada para mejorar la situación"	Autoeficacia	"Puedo hacer... y eso mejorará la situación"
		Desconfianza en el otro	"Aunque yo cambie, él no hará nada por mejorar la situación"	Confianza en el otro	"Creo que realmente el otro está intentando cambiar"
Determinación	---	Desorientación	"No sé cómo empezar, cuándo, de qué manera"	Planificación	"Puedo empezar así, y luego hacer tal ..."

Para entender estos conceptos debemos referirnos a otro que forma parte desde sus inicios y hasta nuestros días del discurso de la EM: la ambivalencia y el manejo y uso de ésta. Plantean los autores que las personas se enfrentan a un cambio en un estado de ambivalencia entre el querer cambiar y no querer hacerlo, el "sí, pero no". Esto es la ambivalencia. Los motivos de dicha ambivalencia suelen deberse a temores vinculados con el cambio: "no voy a poder", "no sé si realmente quiero eso", "¿qué puede ocurrir si cambio?", y si incluimos al otro en conflicto propio de la mediación, añadamos los temores de que el otro no cambie, de que su compromiso sea falso, de que se quiera aprovechar de mí o emociones de enfado y malestar que refuerzan el atrincheramiento ("me niego a...") propio del conflicto. Ese estado ambivalente entre el "sí" y el "no" es el espacio de trabajo del mediador, que ayudará con las estrategias, técnicas y procesos aquí tratados, a que el mediado pueda resolver su ambivalencia hacia el lado del cambio, es decir, del abandono de su posicionamiento y de la confrontación con el otro, hacia la defensa asertiva de sus necesidades e intereses, desde la apertura y colaboración con el otro. No hay empuje por parte del mediador, sino fomento de la reflexión sobre tal ambivalencia y, sin presión, atención dirigida a los aspectos positivos del cambio. Habremos avanzando positivamente si hemos conseguido, mediador y

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

mediado, superar la ambivalencia y haber dado un paso más hacia el cambio.

Podría cuestionarse si realmente existe esa necesidad del cambio y si ambos mediados deben abrirse a promoverlos. Desde el ámbito de la mediación y la resolución de conflictos, entendemos que el conflicto ha sido generado y/o mantenido por todos los implicados y todos ellos requerirán un cambio de actitud y de conducta para salir del a curva destructiva del conflicto. Es cierto que escuchar literalmente las narrativas de los mediados podría llevarnos a considerar –saltándonos el principio de la imparcialidad en mediación y el propio sentido común– que una de las partes es víctima y otra es la responsable, pero aparte de desvalorizar a los mediados con ello, los estaríamos reforzando en un victimismo del que no podrán salir ni actuar para resolver el conflicto. Entendiendo estas narrativas cerradas como las propias del conflicto (Cobb, 2013; Suares, 1996), el mediador puede actuar en la línea de fortalecer la autoeficacia y la responsabilidad de los mediados en el cambio necesario a través de una nueva narrativa donde vayan desapareciendo elementos posicionales y se vaya incorporando el diálogo de cambio.

6. Los 4 procesos de la entrevista motivacional

Como ya se ha señalado, la EM en su evolución, ha ido abandonando los llamados, en su momento, 5 principios generales (expresar empatía, crear discrepancia, evitar la discusión, darle un giro a la resistencia y fomentar la autoeficacia), sustituyéndolos por los 4 procesos que deben guiar la intervención, y que en gran medida recogen los conceptos anteriores; procesos más o menos secuenciales pero presentes durante toda la intervención y, que no obstante deber ser atendidos y reforzados al margen de estar en los estadios más avanzados. Estos 4 procesos son:

6.1. Compromiso

El compromiso es "el proceso de establecer una relación de ayuda de mutua confianza y respeto" (Miller y Rollnick, 2013). Es el primer objetivo de la EM y casi podríamos decir que el más importante para que el resto de ellos pueda producirse. Es una relación que debe darse en ambas direcciones, del mediador a los mediados (todos ellos) y viceversa. El hecho de que no se dé es una señal de que algo está pasando y debería hacernos reconsiderarlo, especialmente si la falta de compromiso detectada se produce desde el mediador hacia alguno de los mediados. Difícil imparcialidad podremos mantener si no somos capaces de ver y entender a alguno de ellos, si prima el juicio o la sensación de rechazo. En tal caso, si no somos capaces de superar la distancia que nos aleja de una adecuada relación de trabajo colaborativo, quizás deberíamos cuestionarnos nuestra idoneidad como profesional para continuar con el procedimiento.

El compromiso requiere mucha escucha activa y profunda, sincera entrega del profesional a entender la vivencia de cada mediado, así como expresión de empatía. Como ya es común plantear en mediación, legitimar a la persona o sus pensamientos y vivencias no significa justificar su conducta. Como expone Watzlawick (1987, p. 94), hay que diferenciar entre "comprender" y "estar de acuerdo": *"es perfectamente posible que uno comprenda el punto de vista del otro sin tener la misma opinión, es decir, sin estar de acuerdo con él"*. El planteamiento no es dar por válidas las conductas de los mediados que consideramos inadecuadas, sino entender las motivaciones, emociones o conceptos que han promovido esas conductas. El apoyo y la aceptación (casi) incondicional son a la persona, no a sus conductas.

Igualmente, expresar empatía en un momento dado por uno de los implicados no significa pérdida de imparcialidad si somos capaces de empatizar con el otro cuando llegue –o provoquemos– la ocasión. Actitudes asépticas de frialdad o distancia no son sinónimos de imparcialidad y neutralidad; son meras barreras que alejan a los mediados del mediador y de la posibilidad de abrirse a un cuestionamiento de uno mismo necesario para el avance del proceso. Como plantea Rogers (1981, p. 49), *"En la calidez emocional de la relación con el terapeuta*[5]*, el cliente comienza a experimentar un sentimiento de seguridad a medida que encuentra que, cualquiera sea la actitud que exprese, se le comprende casi de la misma manera como él la percibe, y se le acepta. Entonces es capaz de explorar, por ejemplo, un vago sentimiento de culpabilidad que ha experimentado. En esta relación segura puede percibir por primera vez el significado y el propósito hostiles de ciertos aspectos de su conducta"*. Y en mediación va a ser fundamental esta apertura autocrítica para salir de narrativas cerradas de buenos y malos, de ausencia total de responsabilidad en el conflicto, para salir del victimismo que impide tomar el asunto seriamente e intentar resolverlo de forma positiva y empática con el otro.

Comprometerse supone saber priorizar este elemento desde el inicio de la relación profesional, y parte de establecer esa relación igualitaria que se ha planteado en apartados anteriores, dejando a un lado el rol de experto, atendiendo, conociendo y dando preferencia a las necesidades y prioridades de los mediados por encima de las del propio mediador, ser receptivo y acogedor, aportar esperanza, confianza, proximidad y dar importancia a las vivencias, experiencias y capacidades de los mediados. Supone apoyar, alentar, estimular, que no alabar o elogiar falsamente.

5 Vale igual para el mediador.

Supone evitar juzgar, culpar, comandar, ordenar, coaccionar, advertir, aconsejar, discutir, moralizar, avergonzar, intentar convencer y tantas otras actitudes, que acaban generando en los mediados sensación de incapacidad, debilidad y desconfianza, y cierra sus puertas a una relación de confianza básica y de compromiso como la aquí planteada.

Y, por encima de todo, supone confiar en los mediados y en sus fortalezas y sus capacidades para afrontar positivamente y superar el conflicto, en la línea que postula el modelo transformativo (Bush y Folger, 1996), la psicología positiva (Seligman, 2005) o el modelo de potenciación (Costa y López, 2006; Rappaport, Swiff y Hess, 1984).

6.2. Focalización: Directividad vs. Pasividad del Mediador

Los siguientes 3 procesos de la EM responden a un debate ya tradicional en mediación: si el papel del mediador debe ser más activo y directivo, como el planteado por el modelo de mediación de Harvard, tan focalizado en alcanzar el acuerdo que puede presionar –aún sin ser consciente de ello– a los mediados para que lleguen a ese punto deseado del acuerdo; o más pasivo, otorgando a los mediados el control total del proceso, como defiende el modelo transformativo. Para la EM, el papel del profesional se encuentra en ese punto intermedio de un continuo donde la excesiva directividad va a generar rechazo en el mediado, y, por tanto, resistencias al cambio; y el exceso de pasividad, de mero acompañamiento a los mediados, puede conducir al estancamiento y no cambio, perdidos éstos en reproches mutuos y en falta u olvido de dirección y metas.

Desde la EM, "el proceso continuo de búsqueda y mantenimiento de la dirección" (Miller y Rollnick, 2013), al que hace referencia el concepto de enfocar, será tarea del mediador. Este actuará cuestionando y ayudando a que los mediados puedan valorar qué desean hacer, pero desde una visión más dirigida que el modelo transformativo, ya que parte de la idea de que el cambio es necesario y oportuno, y que es tarea del mediador poner sobre la mesa la brújula y con ello volver a colocar la atención en el movimiento hacia el cambio, al margen de que sean los mediados los que marquen la dirección. Por ello, las intervenciones irán dirigidas a que éstos aclaren sus metas, la dirección que están tomando para alcanzarlas, el lugar en el que se encuentran y el lugar al que desean ir. Si intentamos verlo con un ejemplo, podríamos preguntar a los mediados: "¿qué tipo de relación deseáis mantener en el futuro?", "¿qué tipo de cambios queréis hacer en esa relación?", "¿qué tipo de acuerdo sería adecuado para vosotros y cómo podéis facilitar que el otro lo entienda y valore positivamente?". El fin, pues, de la focalización será identificar una conducta-meta o una dirección que proseguir, asegurándonos siempre –al estilo transformativo– de que la aparente meta es realmente la que los mediados quieren, ya que es el compromiso con lo que ellos realmente desean –y no con lo que el mediador desee o considere adecuado– lo que va a movilizarles realmente hacia el cambio.

Forma parte de esta fase del proceso aclarar la agenda de temas a abordar, las reglas que quieren que primen durante la mediación y las metas que desean alcanzar, aspectos donde los mediados tienen mucho que decir pero que requieren del papel activo del mediador para que se aclaren y acoten estos puntos.

En general, la sobrefocalización en el problema no hace sino generar más diálogo posicional, sea éste los "no puedo" o los "no quiero", por poner dos ejemplos. Frente a ello, el mediador focalizará la atención del mediado en sus capacidades, en sus deseos de cambio, en los pasos ya dados, en los siguientes por dar, en las consecuencias positivas de dichos cambios, en las negativas de permanecer cerrados al cambio, etcétera. Como un buen director de cine –un brillante Ingmar Bergman, por citar a un maestro en esta tarea–, el mediador pondrá la cámara –el foco de atención– en aquello que quiere resaltar, sin restar protagonismo a los actores para que puedan sacar de sí mismos sus mejores actuaciones.

6.3. Evocación. Generar deseo de cambio

Son los mediados, y no el mediador, los que deben dar las razones para cambiar. El mediador va a actuar sacando de ellos, a través de sus intervenciones, esas razones. En todo ámbito de marketing y venta, se sabe que es más poderoso que el comprador dé las razones para comprar un producto a que esas razones, aunque fueran las mismas, las dé el vendedor (Pease, 2000). La razón de ello es que, como ya hemos planteado, uno escucha más y se compromete más con lo que dice y se defiende menos; mientras que si es el vendedor, presta menos atención, lo recuerda menos posteriormente, se defiende más –sabe que le quieren vender algo y que van a exagerar los beneficios de tal producto– y el compromiso es menor. Pero aún hay un motivo más para fomentar que sea el otro el que dé sus razones para comprar algo: que al hacerlo, está buscando en su mente motivos para comprarlo, está convenciéndose a sí mismo y está generando deseo, está imaginándose ya como dueño de ese algo que le quieren vender. La fuerza de la imaginación apela a nuestro cerebro emocional –ya no sólo el racional de los costes-beneficios– para que se sume a la compra. Y así, nuestros cerebros emocional y racional se suman para desear tal compra.

Esto que ocurre en la compra-venta, pasa igualmente en la mediación. La fuerza de la evocación consiste en que los mediados puedan encontrar razones (desde la racionalidad) pero también que puedan imaginarse a sí mismos superando el conflicto. Evocar consiste en generar el deseo del cambio. Hay, pues, para qué negarlo, una cierta dosis de manipulación, pero

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

una manipulación no de vendedor-comprador: el mediador no vende ni tiene más interés en el acuerdo del que pueden tener los mediados. Su interés es que los mediados, con las sugerencias y evocaciones del mediador, se permitan imaginarse en un contexto distinto, uno en el que no haya conflicto. Que puedan ver otras posibilidades a las que su cerrazón del momento les permite ver: generalmente su cerrazón sólo les permite ver su posición, tan cerrada como su actitud. Que piensen qué beneficios podrían tener si lo superan, qué costes actuales desaparecerían. Igualmente, para trabajar su autoeficacia en la resolución de este conflicto, que puedan imaginarse llevando a cabo acciones que puedan frenar e incluso revertir la escalada del conflicto. Y el papel del mediador para hacer posible lo que el atrincheramiento de los mediados defiende como imposible, es fundamental. Veamos en forma de preguntas, algunas intervenciones que pueden generar esas posibilidades:

- ¿Qué motivos podrías darme para querer que este conflicto acabe?
- ¿Puedes imaginarte acercándote a Luis y ofreciéndole tu mano?
- ¿Cómo te ves a ti misma cuando hayáis resuelto vuestras diferencias?
- ¿Qué estarías dispuesta a hacer para resolver tus diferencias con Julia?
- ¿Cómo podría beneficiarte que eso pasara?
- ¿Qué problemas desaparecerían de tu vida si tu relación con Alberto no fuera tan tensa?
- Si para ti Borja es tan especial, ¿puedes imaginarte qué te supondría perder su amistad si seguís esta escalada de encontronazos?
- Si decidieras acercarte a Laura de manera más amistosa, ¿cómo lo harías?, ¿qué le dirías?, ¿qué tono emplearías?, ¿qué aspectos de tu lenguaje no verbal tendrías en cuenta para que entienda que tu aproximación es sincera y amistosa?

Como podemos ver, no hay imposición en la intervención del mediador. Éste no dice lo que el mediado tiene que hacer, ni enjuicia, ni asevera que esa es la solución, ni reprocha, ni empuja en una determinada dirección; en fin, todas ellas actitudes rechazadas desde la visión de la EM y nunca aceptables desde la práctica de la mediación. El mediador simplemente sugiere y crea posibilidades, busca motivaciones y las explora por su carácter evocador para el cambio, abre el foco de atención y permite que el mediado se vea en un contexto distinto o actuando de manera diferente o anticipando problemas posibles de mantener una determinada conducta. Ayuda a desear el cambio, tanto por rechazo de lo que pueda ocurrir si se mantiene el *statu quo* o incluso si empeora, como por deseo del cambio positivo, como, por supuesto, trabajando la autoeficacia de los mediados para que puedan verse capaces de resolverlo positivamente.

Estas intervenciones fomentan la aparición en la mente, en el corazón y en el diálogo de los mediados deseos de cambio. Se suscita ese diálogo o esas expresiones de cambio (*change talk*) tan fundamentales para la EM porque fortalecen la motivación al cambio. Los mediados encuentran la fuerza y la motivación para salir de su ensimismamiento, de su debilidad, de sus narrativas cerradas y de sus actitudes posicionales. Encuentran la fuerza y el deseo de cambiar. Y debemos tener presente que en mediación intervenimos porque hay un conflicto, que ese conflicto no es deseable por los mediados –aunque se mantengan en él porque no saben cómo salir de él–, que acuden a un profesional –el mediador– y a un recurso –la mediación– para que les ayude a salir de ahí. Se requiere un papel activo de la mediación y del mediador: no confundir actividad con directividad; no confundir proactividad con pérdida de neutralidad.

6.4. Planificación. Preparación de los acuerdos

Este proceso es el más clásico en mediación: el momento de plantear soluciones y de organizar cómo llevarlas adelante en el presente y futuro más próximo. Lluvia de ideas, debate de soluciones, negociaciones últimas para acordar qué y cómo hacerlo. Lo importante respecto a este proceso es entender que sin los otros tres previos, es decir, lanzarse rápidamente a esta fase, no hace sino que choquemos con barreras múltiples por parte de los mediados, aún no preparados para el cambio. E incluso es previsible que al sentarse a negociar aspectos más específicos de los acuerdos, puedan reaparecer momentos de tensión, de desconfianza, intentos de imposición e incluso de agresión; momentos donde la debilidad, el ensimismamiento egoísta y el atrincheramiento defensivo reaparecen. No significa que el trabajo previo realizado no ha servido para nada. Por el contrario, si ha estado bien hecho, previsiblemente, con un poco de capacidad del mediador, de nuevo a través de aproximación, focalización y evocación, podrá revertir la situación y reintroducir a los mediados en la curva de salida, el camino de la solución del conflicto.

7. El baile motivacional en mediación

Los autores de la EM plantean una metáfora que refleja perfectamente el movimiento que debe darse en la mediación: el de un baile en el que mediador y mediados bailan juntos con la delicada dirección del primero y con las prioridades, necesidades e intereses de los segundos (Miller y Rollnick, 2013). ¿En qué dirección? En la que los mediados han marcado. El mediador –no olvidemos que su papel es dirigir el proceso pero no marcar el acuerdo– actúa facilitando el camino y permitiendo que los mediados puedan visualizar un lugar mejor en el que estar que aquel de la batalla en el que les recogimos, y ayudándoles a que den los pasos para alcanzar ese "otro lugar deseado" a través del compromiso con el cambio

y de la actuación consecuente con ello. Además, debemos entender que el proceso de cambio no se produce de forma estable, es decir, adquirida una etapa motivacional, se da por superada y no se regresa a ella. Por el contrario, las personas, influenciadas por la situación y por su propia vivencia, van a balancearse entre estas etapas o momentos motivacionales. Es la tarea del mediador acompañarlas a través de ellos, volviendo atrás cuando sea oportuno para reforzar el paso y volver hacia adelante. Entendamos que esto es frecuente en mediación, donde la respuesta de uno de los mediados genera reacciones defensivas en el otro, con la consiguiente marcha atrás en el objetivo del mediador de aproximar a los mediados hacia la colaboración.

Por eso, las acciones del mediador se balancean, como tal baile, entre el instar y promover el cambio –paso hacia adelante– y el aceptar –paso hacia atrás– las resistencias normales que se darán cada vez que uno o ambos mediados sientan que han dado demasiados pasos adelante de golpe. Podríamos pensar que el mediador podría así quedar atrapado en un paso adelante y paso atrás que nos vuelve a colocar en el mismo punto, pero no es así. Necesitamos tener presente que cuando un mediado da un paso atrás es porque de alguna manera se ha sentido excesivamente empujado a avanzar o por el otro mediado o por el propio mediador, y requiere que éste acuda en su ayuda, entendiéndolo, comprendiendo su resistencia, su momento de inseguridad o duda, para desde ahí, cuando realmente el mediador haya sabido recogerle bien, vuelva a sentir la fuerza y el deseo de seguir avanzando. Significa, por tanto, que los pasos dados hay que afianzarlos de vez en cuando. Es tentador querer ir demasiado rápido si vemos que los mediados siguen avanzando, pero debemos estar alertas ante toda señal verbal y no verbal que nos indique que uno u ambos mediados empiezan a sentirse mal con el avance. Es el momento de volver a ellos, a sus temores.

Se puede criticar, sobre todo por los mediadores más directivos, que este proceso ralentiza el llegar a un acuerdo, y es verdad. Será el mediador quien debe elegir qué tipo de mediación desea hacer, qué tipo de mediador quiere ser: si un mediador rápido que llegue pronto a acuerdos aún sin que los mediados se hayan sentido protagonistas y aún a riesgo de que el compromiso con los acuerdos sea menor y la consistencia del acuerdo sea relativa a medio y largo plazo, o un mediador que realmente apuesta porque los mediados no sólo lleguen a acuerdos, sino que realmente "se casen" con esos acuerdos por ser suyos, por haberlos deseado y alcanzado, y, yendo aún más lejos, puedan relacionarse entre ellos más agradablemente, puedan crecer como personas y resolver más eficientemente sus conflictos personales en el presente y futuro. Como hemos planteado anteriormente, esta propuesta es un punto intermedio entre dos escuelas clásicas de mediación: recoge la necesidad de cierta directividad u orientación, y la confianza y apuesta por la capacidad de los mediados de llegar, con cierto impulso y ayuda para encontrar la dirección a seguir, sus propias soluciones y su compromiso con ellas.

8. Técnicas y estrategias. Las 4 competencias básicas o micro-habilidades de la entrevista motivacional

La EM se ha caracterizado por una amplia cantidad de técnicas, muchas de ellas ya compartidas con la mediación por la incorporación que han ido haciendo los distintos modelos. Tal es el caso de la escucha activa, la empatía, las reformulaciones, el balance decisional, la lluvia de ideas para buscar soluciones, el empleo de criterios objetivos para movilizar estancamientos, el empleo del silencio, asumir la validez de las experiencias y perspectivas de los mediados, evitar la persuasión basada en la discusión, el giro a las resistencias, el trabajo en autoeficacia, aclarar objetivos e identificar obstáculos para planificar su superación, etcétera. Aun así, no queremos dejar pasar la oportunidad de ver, aunque sea muy brevemente, la apuesta reciente del modelo de EM por lo que serían sus 4 técnicas, competencias básicas o micho-habilidades, como los autores las definen, que ayudan a lograr esas dos estrategias fundamentales.

Han sido recogidas por el acrónimo inglés OARS, que en español significa remos, y con ello pretenden expresar que estas 4 micro-habilidades son las que van a permitir alcanzar dichos objetivos. Éstas son:

- [Open Questions]: Preguntas Abiertas
- [Affirmations]: Afirmaciones
- [Reflections]: Reflejos
- [Summaries]: Resúmenes

Veámoslas, así como alguna sugerencia o recomendación extraídas de Matulich, 2013 y de Miller y Rollnick, 2013.

- Preguntas Abiertas que invitan a hablar (a considerar)
  - Ejemplos: ¿Qué te trae por aquí?, ¿En qué piensas?, ¿Qué te preocupa?, ¿De qué te gustaría hablar hoy?, ¿En qué puedo ayudarte?, ¿Cómo te gustaría empezar? Cuéntame sobre... ¿Cómo x afecta en tu vida? ¿Cuál ha sido tu experiencia con...(el conflicto) ¿Qué tipo de cosas haces para afrontar (el conflicto)?
  - Hay preguntas cerradas que actúan como abiertas (si se apoyan en una inflexión de voz que anima a hablar)

6 En su momento se tradujo reflective listening como escucha reflexiva. Sin embargo, en nuestra opinión, reflective es de reflejar, no de reflexionar –aunque uno de los objetivos de esta intervención es justamente que el mediado reflexione sobre lo dicho, pero hay muchos otros; por ejemplo, verificar que estamos entendiendo al mediado y fortalecer el compromiso al sentir éste que le estamos entendiendo y acompañando–, y por lo tanto, consideramos más ajustada a la idea de esta técnica llamarla escucha reflejo.

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

y suenan menos interrogatorias. Son invitaciones a abordar un tema: ¿Podrías hablarme de...? ¿Te apetece que hablemos de...?
  - Cuidado con apoyarse demasiado en preguntas, la trampa "pregunta-respuesta-pregunta", que genera sensación incómoda de interrogatorio y pasividad en el cliente, y el entrevistador se siente presionado a realizar preguntas "de experto". Siempre es más positivo, tras hacer alguna pregunta, apoyarse en escucha reflejo[6].
- Afirmaciones: declaraciones hechas al cliente que reconocen fortalezas, logros o conductas positivas del cliente. Su función es reforzar la auto-eficacia del cliente. Obviamente, cuanto más busquemos que sean ellos los que se reconozcan estas capacidades, en vez de hacerlo el propio profesional, mayor peso motivador tendrán, como ya hemos explicado.
- Reflejos: declaraciones hechas al cliente que reflejan, devuelven, repiten, reformulan, parafrasean y/o expresan lo que has entendido de lo que el cliente ha dicho o hecho (lenguaje no verbal). Son suposiciones o hipótesis de lo que el cliente ha dicho, o de lo que piensa o siente. Lo ideal desde la EM es intercalar preguntas y reflejos para evitar que parezca un interrogatorio.
- Resúmenes: son reflejos largos, que permiten:
  - Actuar como transiciones a nuevos temas
  - Resaltar o reforzar declaraciones significativas del cliente
  - Conectar diferentes ideas expresadas
  - Asegurarse de que se entiende al cliente
  - Cuando el mediado se estanca y no sabe qué dirección tomar, se resume y espera a que sea el cliente el que marque por dónde continuar.
  - Si se sigue al resumen de una pregunta abierta, puede pretenderse mover la conversación hacia un nuevo nivel o un tema diferente.

Como vemos, muchas de estas técnicas son ya una práctica habitual en mediación, especialmente en el caso de las preguntas abiertas, los reflejos y los resúmenes. Pero las estrategias que mejor definen y caracterizan lo que es la EM, y que más pueden aportar en el momento actual a la metodología y estrategia de la mediación son quizás el empleo de las afirmaciones automotivadoras para promover el cambio en las etapas motivacionales, y el trabajo en aumentar la deseabilidad de las conductas-meta (diálogo de cambio) y disminuir la deseabilidad de las conductas-problema (diálogo posicional).

9. Conclusiones

La Entrevista Motivacional es no sólo perfectamente asumible en el ámbito de la mediación, sino un maridaje deseable y ya real en la práctica de muchos profesionales que, desde hace muchos años, hemos incorporado la teoría y la práctica, los principios y los procesos, las actitudes hacia los mediados y hacia nuestro propio rol como profesionales, las estrategias y las herramientas de la EM a nuestra práctica mediadora, con notable éxito.

Ofrece una forma estructurada de intervención con 4 procesos generales, secuenciales pero sumatorios, que ayudan a guiar las actuaciones del mediador. Así mismo incluye aspectos que comparte con las diferentes escuelas de mediación y, podría decirse, que incluso detenta ese espacio intermedio en la forma de intervención de Harvard y transformativa, hasta ahora vistas como opuestas e irreconciliables, si bien, para aquellos que quieren vincularse exclusivamente con una Escuela, la Entrevista Motivacional aporta recursos nuevos no incompatibles con ninguna de ellas.

Principalmente, el trabajo de cambio de foco para atender y generar diálogo de cambio (por focalización y evocación), a través de preguntas abiertas, reflejos y resúmenes, frente a un diálogo posicional que refuerza el atrincheramiento y la confrontación, supone una incorporación notable a la actividad mediadora. Tales intervenciones facilitarán los cambios de narrativas cerradas a abiertas en busca de una historia alternativa, cambios de posiciones a intereses y necesidades, y cambios de debilidad y ensimismamiento a fortaleza del yo y apertura al otro, tal y como son necesarios en nuestro ámbito de la mediación.

Como podemos ver, no se presenta como un modelo alternativo a los ya existentes, sino como una forma de intervención incorporable a la práctica mediadora; como así ha ocurrido en otros ámbitos profesionales, tales como la psicología, la orientación, la enfermería, el trabajo social, y un amplio etcétera. No es ni pretende ser la panacea de nada, pero sí una vía de ayuda positiva para que las personas en conflicto puedan superar su atrincheramiento y posicionamiento y puedan dirigirse a un espacio de comprensión y colaboración desde el que abandonar el círculo destructivo del conflicto.

Aunque el presente artículo ha intentado sintetizar el conocimiento existente de la EM –y principalmente ha tenido en cuenta para ello los textos principales y más actuales de los propios autores de la Entrevista Motivacional, Miller y Rollnick–, así como facilitar su adaptación al ámbito de la mediación, queda mucho por hacer para que esta incorporación pueda llevarse a cabo y demostrar su eficacia en la resolución de conflictos. Valga, por tanto, como una pequeña aportación de quien cree –y en su extensa práctica así lo ha podido verificar– en las muchas posibilidades de la Entrevista Motivacional así como de la propia mediación como ADR.

Por último, el autor desea agradecer la colaboración de los siempre incondicionales Marcelo Rodríguez Rivollier y Mónica Rodríguez-Sedano, así como la estimada ayuda de Ana Isabel García Colmenarejo.

EXTENDED SUMMARY

Motivational interviewing in mediation

Santiago Madrid Liras
Psychologist and Mediator.
Professor of Family Mediation at Camilo José Cela University of Madrid.
Director of the Course Specialist in Mediation and Conflict Resolution at the Professional Association of Psychologists of Madrid.
President of the Strategic Motivational Institute – IMOTIVA
santiagomadrid@imotiva.es
Received: 10/01/2014
Accepted: 09/03/2014

ABSTRACT: Motivational Interviewing, started more than 30 years ago, with over 25,000 articles published on the subject and more than 200 randomized clinical trials conducted that have shown their efficiency (Miller & Rollnick, 2013), provides us with a tool based on the respect and trust in the people to facilitate and increase motivation to change. When in a mediation process, people in a conflict are overwhelmed by their emotions of self-absorption, confrontation, anguish and closeness, and they need a professional to overcome these emotional states and be out of the conflict they are immersed in. Motivational Interviewing, as shown in this article, offers concrete strategies to act and help those in a mediation to overcome stagnations and find a way out of the entrenchment and confrontation position to collaboration, and resolve their conflict together using their abilities to the fullest.
Key Words: Motivational Interviewing, change talk, sustain talk, engaging, focusing, evoking.

1. Origin and evolution of motivational interviewing

Motivational Interviewing –hereinafter MI– started in the 80's, although its generalisation and dissemination both in the original field of addictions and in the field of psychological issues and even in other disciplines like social work, nursing, counselling and education occurred from the 90's on mainly as a result of the boom caused by the first edition of Miller and Rollnick's "Motivational Interviewing" in 1991. Its further evolution can be followed thanks to two the editions of 2008 and 2013.

MI was originally linked to the transtheoretical model of change by Prochaska and DiClemente, although they are two different approaches. Following up on this model, MI states that motivation is not a personality feature but a status and, therefore, practice should adapt to the moment motivation is in.

On the other hand, MI focuses on what an aid therapeutic relationship can and must be, partially assuming some of the stances of Rogers' client-oriented therapy, finding its place between the traditional cognitive-behavioural directiveness and Rogers's non-directiveness. MI encourages practitioners to be able to achieve more efficient changes if based on a committed respectful relation with the client, from whom motivations for change can be obtained and reinforced. Professionals do not provide solutions to the client but get from them their own motivations thanks to a more balanced and equal relationship.

From a technical point of view, the relevant role that active listening, empathy, unconditional acceptance and reflection play shows this influence.

2. What is motivational interviewing and what are its contributions to mediation

MI is not a persuasion method aimed at clients doing something against their wish but a way to relate to people by establishing a professional aid relationship to facilitate that the exposure of their potentiality for change, based on full confidence on their abilities, which makes it similar to the goals pursued by the transformative mediation model. It proposes to return responsibility to people so that they make decisions, helping them to explore, find out and understand their motivations, leading their attention to the changes that might be useful to come out of the conflict and obtaining from "the mediatees"[1] their own solutions to achieve this.

It is not the task of the interviewer –hereinafter mediator– to motivate the clients–the "mediatees"–, nor is it to tell them what they have to do, or solve their problems, or provide them with solutions that might seem valid for the practitioner. Indeed, this directive attitude is questioned and criticised by this model, which offers professionals the self-task to limit and control the so-called *righting reflex* that includes the trend to tell the client what to do. This principle is shared by mediation.

MI considers four main principles that reinforce an open, honest and close relationship between the mediator and the "mediatee", which is reflected by the RULE acronym:

- R – Resist the righting reflex
- U – Understand your client's motivation
- L – Listen to your client
- E – Empower to your client

To resolve a conflict, the "mediatees" and the mediator joint efforts and knowledge to meet a common goal.

However, MI is not presented as a new mediation model or school but as a way to intervene and to relate to the "mediatees", which can be added to the already existing models.

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

TABLE 1. Motivational stages in mediation

Motivational Stage	Sub-Stages	Emotional Difficulties Challenge	Initial Sustain Talk	Goal	Change Talk
Precontemplation	Denial	Denying the conflict exists	"Nothing happens" "What conflict are you talking about?"	Recognising the conflict and the damages it causes	"There is a conflict". "This conflict is negative for all"
	Wish to change	Fake acceptance of the conflict and/or its damage	"I don't care being like this", "I don't mind this situation"	Recognising the damage and wish to end the conflict	"This situation affects me a lot", "I want this situation to change"
Contemplation	Responsibility	Placing responsibility outside	"He/she is to blame for everything"	Assuming responsibility (in the conflict)	"I am partly responsible for this"
		Entrenchment	"I am not doing anything. He/she has to change"	Assuming responsibility (in the solution)	"I also have to change to solve the situation"
	Confidence	Mistrusting your own abilities	"There is nothing I can do to improve the situation"	Self-efficiency	"I can do this to improve the situation"
		Mistrusting the other	"Even if I change, he/she will do nothing to improve the situation"	Trust in the other	"I think he/she is trying to change"
Preparation	---	Disorientation	"I don't know how to start, when to do it or in what way"	Planning	"I can start by doing this and then I can do that ..."

3. Self-motivational statements: the power of change of listening to oneself

MI is based on rich foundations provided by other authors concerning the professional approach (as already mentioned, the Rogers's influence) and the intervention strategies (active listening, empathy, avoiding discrepancies, encouraging self-efficiency), but it contributes with a clearly distinctive element: self-motivational statements, a concept that was replaced in later editions by the concepts of *change talk* and *sustain talk*.

Listening to us saying what we feel, what we want to achieve and what we want to do has a high motivational value. These important verbalisations go often unnoticed in fast dialogues. The task of the mediator is, thus, to help to make them obvious and give them the relevance they deserve.

What are self-motivational statements in mediation?

- All those expressions (either verbal or not) that are in line with stepping out of your position and having a positional attitude (Harvard).

1 Translator Note: The original version in Spanish refers to those in mediation as "The Mediatees", a term created by the author to avoid the use of "parties" as it is a more confrontational word, which extend the confrontation Mediation is aimed at solving. In English, the translator decided to respect the wish of the author and used a "made up" word, for the sake of fidelity.

- All those expressions that indicate that the "mediatee" has stepped out of his/her closed narratives to play a more active and responsible role both concerning the conflict and its solution (Circular-narrative).
- All those expressions of ability, wish to change, or showing empathy, acknowledgement and availability to cooperate that are included in the concepts of empowerment and recognition (Transformative).

4. Self-affirmation, motivation and stages of change

The task of a mediator is:

- Helping the "mediatees" through their own verbalisations (self-motivational statements) to be aware of:
  - Their distress situation because they are in a conflict,
  - Their wish to change,
  - Their responsibility for beginning and/or maintaining the conflict,
  - The importance of a change of attitude by them to resolve the conflict,
  - The possibilities for the change to occur,
  - The availability of the other to change as well,
  - Their abilities to make changes and step out of the conflict,
  - And, lastly, to plan how to step out with their contributions and the other's contributions and revert the current situation.
- Showing and encouraging the motivation to change the people in the conflict really feel.
- Making them progress in the change process from denial, entrenchment and confrontation to collaboration and a dignifying step out of the conflict.

In the following table, based on stages and sub-stages, we show the challenges a mediator has to take up with regard to the "mediatee", what is the goal to be met to overcome this challenge, what sustain talk we might find in the "mediatee", and what change talk we will need to seek to meet this goal. These stages and sub-stages are not compartmentalised. The "mediatees" will go back to previous stages in different moments and for different reasons, and the mediator should go back with them and not consider this it as a setback but as a normal part of the evolution towards change, in order to start progressing again and reinforce the steps forward.

5. Change talk and sustain talk: the ambivalence and the need of change

Therefore, the task of mediators is to facilitate that verbalisations and non-verbalisations (gestures, looks, nodding, body openness, etc.) can emerge in the "mediatees" and reinforce them once they appear, if they are not committed to change (change talk); and to avoid that the "mediatees" focus on listening to themselves, holding to their positions (sustain talk) and not to reinforce closeness and entrenchment.

People face change in an ambivalent state, between wanting to change and not wanting to do it. This ambivalence between "yes" and "not" is the working space of mediators.

6. The 4 processes of motivational interviewing

6.1 Engaging

Engaging is "the process of establishing and maintaining a useful helping relationship based on mutual trust and respect". It is the first goal of MI and the most important one for the rest of goals to be met. It is a two-way relationship, from the mediator to the "mediatee" and vice versa.

It requires a great deal of deep active listening, giving oneself up honestly to understand the experience of each person in the mediation, and expressing empathy, which does not mean loss of impartiality and neutrality; these are only barriers that make the "mediatees" to grow apart from the mediators and from the possibility to self-questioning, which is necessary for the process to progress.

Engaging implies supporting, encouraging, stimulating, not false flattering or praising. It implies avoiding to judge, blame, command, advise, argue, moralise, try to convince and other attitudes that might generate among those in mediation a feeling of inability, weakness or mistrust. And above all, it implies trust in the "mediatees" and in their strengths and abilities to positively face conflicts.

6. 2. Focusing: Directiveness vs. Passivity in a Mediator

According to MI, focusing is the ongoing process of seeking and maintaining a direction, challenging and helping the "mediatees" to value what they want to do. The task of a mediator is to put a compass on the table in order to refocus attention on the movement to change, although the destination is set by the "mediatees".

6.3. Evoking. Generating a wish to change

The "mediatees", and not the mediators, need to give reasons to change. A mediator acts to obtain these reasons from them. Evoking consists in generating a wish to change. There is no imposition in the mediator's intervention. A mediator does not say what the "mediatees" have to do, nor does he/she judge, assert this is the solution, rebuke or push towards a concrete destination. Mediators always suggest and create possibilities, look for motivations and explore them as they might have an evoking nature to change, open the focus of attention and allow the "mediatees" to see a different context either by acting in a different way or by anticipating potential problems if a specific behaviour is maintained.

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

6.4. Planning. Preparation of settlements

Planning is the moment to propose solutions and to organise how they will be implemented in the present and in a near future. It can be brainstorming, debate on solutions, or carry out final negotiations to agree upon what and how to do this.

7. Motivational dance in mediation

The change process does not occur in a stable way, i.e., once a motivational stage is passed, it is accepted and you never go back to it. On the contrary, people, who are influenced by the situation and their own life experience, can swing between these motivational stages. The task of mediators is to accompany them going back when need be to reinforce the step forward. The actions a mediator perform swing, as if they would dance, between urging and promoting change –a step forward– and accepting –step back– normal resistances. Wanting to go fast is enticing but we need to be aware of all the verbal and non-verbal signals that indicate that one or the two "mediatees" start to feel bad about moving forward. The steps they make should be often reinforced.

8. Techniques and strategies. The 4 basic skills or micro-abilities of motivational interviewing

MI has been characterised by a great number of techniques, most of which are shared by mediation as it is the case of the four basic main skills reflected by the acronym OARS. These are: Open questions, Affirmations, Reflections and Summaries. However, the use of self-motivational statements and the work to increase the desirability of goal-behaviours (change talk) and to decrease that of problem-behaviours (sustained talk or positional attitudes in mediation) are the most interesting strategies to be incorporated to mediation.

9. Conclusions

Motivational Interviewing is not only perfectly well assumable in the field of mediation but also a desirable and now real combination in the practice of many professionals.

It provides a structured way to intervene with 4 general sequential and inclusive processes that help to guide the mediators' actions. Mainly, the work on changing the focus to take care of and generate a change talk versus a sustain talk that reinforces entrenchment and confrontation means a remarkable incorporation to the mediating activity.

It is not presented as an alternative model to the existing models but as a form of intervention that can be incorporated to the mediation practice.

Referencias

- Arkowitz, H., Westra, H.A., Miller, W.R. & Rollnick, S. (editors) (2008): *Motivational interviewing in treating psychological problems*. New York: Guilford Press.
- Bush, R.A.B. y Pope, S.G. (2008). La Mediación Transformativa: un cambio en la calidad de la interacción en los conflictos familiares. *Revista de Mediación, 1*(2), 17-28. Recuperado de http://revistademediacion.com/revista_mediacion/number-2/
- Bush, R.A.B. y Folger, J.P. (1996). *La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento y el reconocimiento de los otros*. Barcelona: Granica.
- Cobb, S. (2013). Narrative "Braiding" and the Role of Public Officials in Transforming the Public's Conflicts. *Narrative and Conflict: Explorations in Theory and Practice, 1*(1), 4-30.
- Costa, M. y López, E. (2006). El modelo de potenciación: dar poder para vivir como estilo de vida profesional. En Autores, *Manual para la ayuda psicológica* (Cap.3*).* Madrid: Pirámide.
- Festinger, L. (1957). *A theory of cognitive dissonance*. Stanford, CA: Stanford University Press.
- Fisher, R. & Shapiro, D. (2005). *Beyond reason: using emotions as you negotiate*. New York: Viking. Penguin Books
- Fisher, R., Ury, W. y Patton, B. (2011). *Obtenga el sí. El arte de negociar sin ceder*. Barcelona: Gestión 2000. (Trabajo original publicado en 1991).
- Folger, J. P. (2008). La Mediación Transformativa: Preservación del potencial único de la mediación en situación de disputas. *Revista de Mediación, 1*(2), 6-16. Recuperado de http://revistademediacion.com/revista_mediacion/number-2/
- Herman, K.C., Reinke, W.M., Frey, A. & Shepard, S. (2014): *Motivational Interviewing in Schools: Strategies for Engaging Parents, Teachers and Students*. New York: Springer Publishing Company.
- Matulich, B. (2013). *How to do Motivational Interviewing. A guidebook* (2nd. ed.). [ebook]
- Miller, W.R. (1983): Motivational interviewing with problema drinkers. *Behavioural Psychotherapy, 11*, 147-172.
- Miller, W.R. & Rollnick, S. (1991). *Motivational interviewing: preparing people to change addictive behavior*. New York: Guilford Press.
- Miller, W.R. y Rollnick, S. (1999). *La entrevista motivacional: preparar para el cambio de conductas adictivas*. Barcelona: Paidós.
- Miller, W.R. & Rollnick, S. (2002). *Motivational interviewing: preparing people for change* (2nd ed.). New York: Guilford Press.
- Miller, W.R. & Rollnick, S. (2013). *Motivational interviewing: preparing people for change* (3rd ed.). New York: Guilford Press.
- Pease, A. (2000): *El arte de negociar y persuadir*. Barcelona: Amat. 2011.
- Prochaska, J.O. & DiClemente, C.C. (1982). Transtheorical therapy: Toward a more integrativa model of change. *Psychotherapy: theory, research and practice, 19*, 276–288.
- Prochaska, J.O. & DiClemente, C.C. (1983). Stages and processes of self-change of smoking: toward an integrative model

of change. *Journal of Counsulting and Clinical Psychology, 51*, 390–395.
- Prochaska, J.O., Norcross, J.C. & DiClemente, C.C. (1994). *Changing for good: the revolutionary program that explains the six stages of change and teaches you how to free yourself from bad habits*. New York: W. Morrow.
- Rappaport, J., Swiff, C. & Hess, R. (Eds) (1984). Studies in Empowerment: Steps Toward Understanding and Action. Nueva York: Haworth Press.
- Rogers, C.R. (1981). *Psicoterapia centrada en el cliente*. Barcelona: Paidós.
- Rollnick S., Miller W.R. & Butler C.C. (2008): *Motivational interviewing in health care*. New York: Guilford Press.
- Rosengren, D.B. (2009). *Building Motivational Interviewing Skills: a practitioner workbook*. New York: Guilford Press.
- Seligman, M.E.P. (2005). *La auténtica felicidad*. Barcelona: Ediciones B. ISBN 9788466623322
- Suares, M. (1996). *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas.* Buenos Aires: Paidós.
- Ury, W. (1997). *Supere el no. Cómo negociar con personas que adoptan posiciones inflexibles*. Barcelona: Gestión 2000.
- Wahab, S. (2005): Motivational Interviewing and Social Work Practice. *Journal of Social Work. Vol. 5* (1), 45-60.
- Watzlawick, P. (1987). *Lo malo de lo bueno*. Barcelona: Herder.

© Santiago Madrid Liras y Mónica Rodríguez-Sedano Morales de Castilla

REVISTAdeMEDIACIÓN

Sumario

Editorial: Compromiso e incorporaciones **10**
Santiago Madrid Liras

El estatuto del mediador civil y mercantil **10**
Emiliano Carretero Morales

El Servicio de Mediación Familiar Intrajudicial de los juzgados de familia de Málaga **24**
Malaga family court
José Luis Utrera Gutiérrez
y María Ángeles Peña Yáñez

Aperturas: Un cambio de foco: de mediar el problema a mediar el momento. Uso de la intuición como guía **36**
Greg Rooney y Margaret Ross

Mediación en proyectos constructivos e industriales **48**
Beatriz Rodríguez de la Flor de Marcos

Mediación en empresa familiar: más allá del protocolo familiar **60**
Nuria Susana Lasheras Mayoral

La mediación en el pre-concurso **70**
Lorenzo Prats Albentosa

Aperturas: Entrevista motivacional en mediación **82**
Santiago Madrid Liras