

# Acentuemos la confianza en la mediación

María del Rosario García Álvarez

21 noviembre 2017

UGT-SIMA

# 20 años y ahora ¿Qué?

- ▶ Al SIMA: reforzar la credibilidad personal, institucional y de los procedimientos
- ▶ A los mediadores/árbitros: repensar su papel y sus obligaciones para con las partes, la institución y la sociedad contribuyendo a reforzar la credibilidad en sus tres aspectos
- ▶ A los usuarios: utilizar estratégicamente la institución, su potencia y recursos

# PROCESOS DE RESOLUCIÓN

- ▶ No hay subordinación sino utilización adecuada y estratégica conforme a principios éticos → satisfacer interés de las partes de la/s forma/s más correcta en función coste-efectividad.
- ▶ Todos los procesos están en un plano de igualdad. ¿Qué busco? ¿Qué quiero? ¿Qué necesito? ¿Qué preocupa a la parte? ¿Quién me puede ayudar en cada momento? ¿Dónde?

# NEGOCIACIÓN: MÉTODO PRIMARIO Y BÁSICO DE RESOLUCIÓN

- ▶ El método básico de resolución es la negociación. El resto son evoluciones en las que se permite la introducción de un tercero imparcial con menos o más facultades.
- ▶ La alternativa no es la mediación. En todo caso el verdadero método *alternativo* es la litigación.
- ▶ La intervención jurídica debe adaptarse al momento de escalada de la disputa

# Pirámide conflictividad



# Código deontológico abogados Unión Europea. N. 3.7.1, CGAE N. 13.9.e

- ▶ El Abogado deberá intentar en todo momento buscar la solución más adecuada en función de la relación coste-efectividad, y deberá aconsejar a su cliente en los momentos oportunos respecto a la conveniencia de llegar a un acuerdo o de acudir a métodos de resolución alternativa de conflictos

# Mediador / Árbitro / Juez

- ▶ Mismas obligaciones respecto a cada uno de ellos. Norma 11.2 Código Deontológico CGAE y AUE (normas 4.5 y 3.7.1): buena fe, lealtad, respeto, colaboración, diligencia...
- ▶ Mismo deber de mantener la igualdad, la imparcialidad y la neutralidad
- ▶ Principio de igualdad → imparcialidad y neutralidad (no es lo mismo). Apariencia de parcialidad. Abstención y recusación

- ▶ La confianza en la mediación (y en el arbitraje y la litigación) radica en la firme convicción de que el tercero que interviene ayudando y facilitando la obtención de un acuerdo mutuamente satisfactorio (o decidiendo) garantiza el principio de igualdad y, por lo tanto, es neutral e imparcial.
- ▶ Conveniencia de establecimiento de códigos éticos de actuación conforme a estándares europeos y supra-europeos comunes

# Reforzar la credibilidad personal

- ▶ Posesión de características personales específicas
- ▶ Henry A. Landsberger: imparcialidad intachable, originalidad de ideas, adecuado sentido del humor, discreción, compenetración, promotor enérgico, control sobre sentimientos...
- ▶ IMPARCIALIDAD: reforzar esta faceta

# Reforzar la credibilidad institucional y en los procedimientos

- ▶ Reputación de la organización, trayectoria de éxito, darla a conocer por cualquier medio. La credibilidad institucional es decisiva.
- ▶ Personal con imparcialidad intachable.
- ▶ Descripción clara de su funcionamiento, información.
- ▶ Educar a las partes del rol del mediador y árbitro; concienciar al tercero neutral de la importancia de su papel para con las partes, la sociedad y la institución

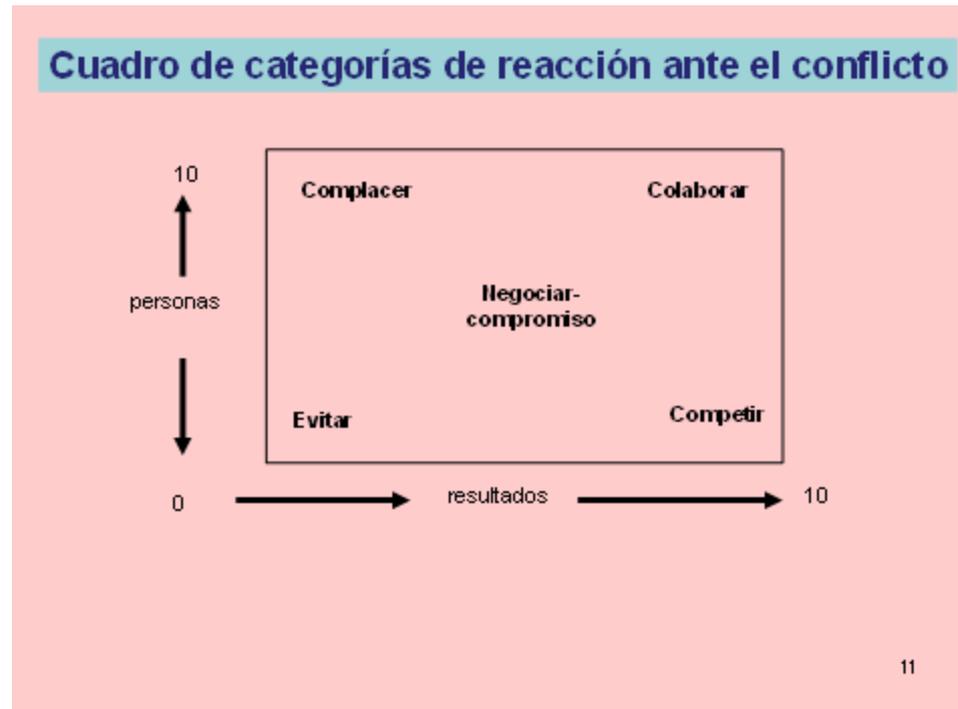
# A los usuarios y mediadores: resolución estratégica y ética de la disputa jurídica

- ▶ Decisión consciente acerca del método de resolución y de los escenarios posibles de las categorías de movimientos generales.
- ▶ Planificación del conjunto de actividades destinadas a conseguir un objetivo
- ▶ Elección consciente de cada uno de los pasos que se toman, incluso el de acudir o no acudir a mediación.
- ▶ Aprender a mezclar procesos (**creación de híbridos**): neg-med/ neg-arb/med-arb/ arb-med/ neg-med-arb-lit/determinación de hechos/gestión de litigación compleja multi-partes
- ▶ Aprender a separar cuestiones y aplicar a su resolución diferentes procedimientos para seguir en el avance hacia la solución.
- ▶ La forma de resolución está solo limitada por la imaginación!!!!

# Negociación estratégica

- ▶ Supone ser consciente de que cualquier movimiento o reacción en una situación de conflicto transmite una señal automática de nuestra implicación y posición dentro y respecto de él.
- ▶ Supone también entender que cualquier movimiento o reacción del contrario nos transmite la misma señal automática de su implicación y posición.

# Alternativas estratégicas generales: personas/relación vs resultados



# Armonización de la estrategia con los intereses y con las preocupaciones

- ▶ Respuesta estratégica: qué clase de relación se quiere tener con la otra parte y qué resultado se quiere alcanzar. Una vez que se elige un enfoque determinado se envía una señal automática a la otra parte.
- ▶ Colaboración: tanto las personas/relación como el resultado son igualmente importantes.
- ▶ Lo adecuado es la combinación de estrategias para no transmitir una preferencia. Así, una demanda puede ser una forma de llevar a la otra parte a negociar: tiempo, antes del juicio; lugar, el tribunal (combinación de litigio y negociación).

# El control sobre las preocupaciones básicas generales

- ▶ Tiempo y costes.
- ▶ Resultado (diseñado por las partes en todo o en parte, por un tercero en todo o en parte, con parámetros previos o sin ellos, vinculante, no vinculante, horquillada...)
- ▶ Proceso: cuánto tiempo va a durar, nivel de confidencialidad, quién va a ser el tercero, cómo se va a desarrollar, cuándo el tercero interviene, con qué facultades, qué prueba...

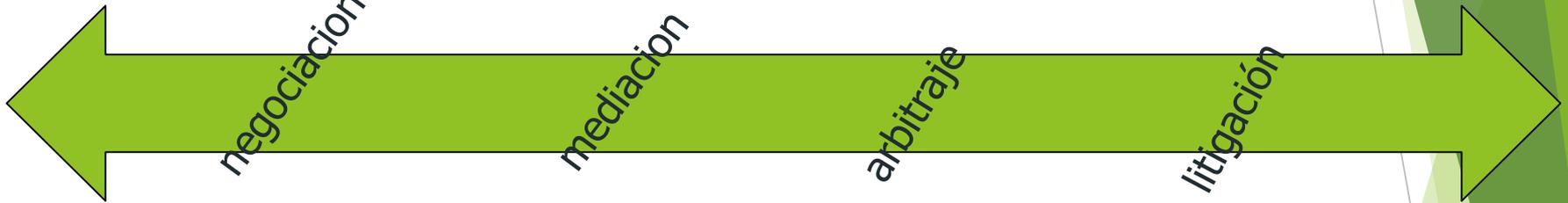


Control del resultado & proceso



**Creciente**

**Decreciente**



**PROCESOS CONSENSUALES**

**PROCESOS DE ENJUICIAMIENTO**

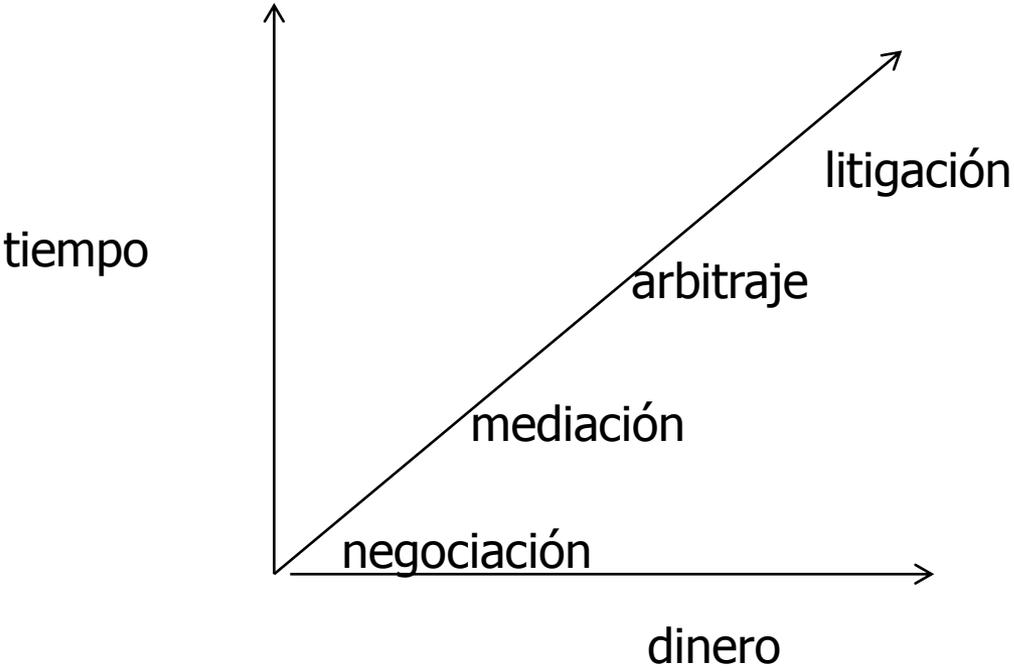
Las partes miran al futuro considerando el pasado

El proceso mira hacia el pasado para establecer la solución

Negociación/mediación

Arbitraje/litigación

# Tiempo/costes



# Primer paso estratégico en mediación: cuándo y cómo decidir la incorporación del mediador a la disputa

- ▶ Los mediadores se incorporan por:
- ▶ 1) iniciativa directa de las partes
- ▶ 2) iniciativa de participantes secundarios, autoridades o disposición normativa
- ▶ 3) iniciativa del propio mediador o de la institución de mediación.

# Iniciativa directa de las partes

- ▶ Debería ser el medio más común
- ▶ Puede provenir de una parte, de un subgrupo o de una coalición de partes o de todas las partes.
- ▶ Puede ser promovida antes, durante o después del desarrollo de las negociaciones; antes y después del juicio y de la sentencia; para todas las cuestiones en disputa o solo para una de ellas o parte de ellas.
- ▶ La fuente de la petición o el momento de la propuesta de mediación pueden tener un efecto significativo sobre la dinámica de las negociaciones

# Las partes no han comenzado a negociar

- ▶ Si las partes no han comenzado a negociar y una parte hace la propuesta al oponente o realiza una actuación unilateral tendente a la intervención de un mediador, puede significar:
  - ✓ Las discusiones son preferibles a la evitación, la parálisis o la enemistad.
  - ✓ Deseo de cooperar en beneficio mutuo
  - ✓ Disposición a realizar concesiones
  - ✓ Creencia de que la victoria total no es posible

# Las partes han comenzado a negociar

- ▶ Renuencia a pedir la intervención de un mediador sobre todo si se está ante lo que se estima un callejón sin salida (impasse) al considerarse que las partes han presentado sus propuestas definitivas.
- ▶ Miedo a que sea vea debilitada la posición negociadora.
- ▶ La propuesta de una parte da a entender que se está dispuesto a llegar aún más lejos y a hacer más concesiones. Existe una tradicional norma en negociación: ahorra siempre algo para el mediador!!!

- ▶ Los riesgos se atenúan cuando varias partes piden la mediación.
- ▶ La iniciativa puede formularse con referencia a las necesidades de todos los litigantes más que a los de solo una parte (objetivo: disminuir el nivel de expectativa acerca de la posibilidad de una nueva concesión).

# Otros factores a tener en cuenta que inciden en el rechazo de la otra parte

- ▶ Escasa familiaridad con el proceso
- ▶ Adhesión rígida al enfoque competitivo
- ▶ Emociones intensas que bloquean la comunicación, tanto de la parte como de los abogados
- ▶ Adhesión habitual a medios judiciales

# sugerencia

- ▶ programar/negociar con la otra parte una fase o tiempo concreto para la entrada de un mediador si no se llega a un acuerdo hasta ese momento. Supondría de entrada un primer punto sobre el que se está de acuerdo.
- ▶ Pedir al mediador que trabaje el posible factor de rechazo

# En tales casos es de esperar que el mediador actúe

- ▶ Hablando con la otra parte
- ▶ Brindando información antes de obtener un compromiso de negociación
- ▶ Sin desplegar un esfuerzo enérgico en favor de la mediación (evitar coacción).
- ▶ Utilizando recursos paradójicos si es necesario

# Las dos partes piden la mediación

- ▶ Paso psicológico importante
- ▶ Petición consensuada implica:
  - ✓ los litigantes están motivados para abordar la resolución
  - ✓ el tercero es atractivo a los ojos de las partes y su intervención es preferida a la de otro tercero (el juez)
  - ✓ la iniciativa conjunta reduce la escalada

# Por iniciativa de partes secundarias

- ▶ 1) partes no comprometidas en la disputa pero sí interesadas en las ramificaciones generales de la resolución del conflicto (SIMA, órgano judicial, otros).
- ▶ 2) partes no protagonistas pero que pueden beneficiarse de alguna manera de la resolución de la disputa (incitando a los legitimados)

# PAPEL DEL SIMA EN LA RESOLUCIÓN COMO PARTE SECUNDARIA INTERESADA POR FINES SOCIALES

- ▶ Organización cuyo fin es contribuir a la resolución de conflictos laborales
- ▶ Preocupada por el desorden comunitario general derivado de la agravación del conflicto.
- ▶ Posible en disputas que exhiben un carácter público y comprometen a varias partes.
- ▶ La organización generalmente conoce el conflicto a través de los medios de comunicación o de terceros secundarios. Después de analizar la disputa la organización toma la iniciativa de comunicarse con los litigantes y ofrecer sus servicios.

# Una última sugerencia: la propuesta del mediador

- ▶ Configuración legal de la mediación (RD Ley 5/1979) trámites propios de una conciliación con un comportamiento más activo del mediador (indagación sobre el conflicto y ofrecimiento de solución razonada e imparcial).
- ▶ Desfase legislativo con la concepción de la mediación en la Directiva 52/2008/CE (que contempla el ámbito laboral) y su transposición en la Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos civiles y Mercantiles que excluye el ámbito laboral porque hay regulación específica.
- ▶ Tradicionalmente se insiste en que la propuesta del mediador es conveniente, oportuna y necesaria pues la autodeterminación de las partes radica en la libertad de no aceptarla. Incluso en este caso sirve para propiciar negociaciones, para acabar siendo la solución o el fundamento o bases para una posterior solución. Conforme al ASAC y la regulación de 1979 la emisión de la propuesta es obligatoria.
- ▶ Sin embargo, aproxima la mediación a un arbitraje no vinculante o a los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones, ya sean jurídicamente vinculantes o no, sobre la solución del conflicto y que la Directiva de mediación excluye expresamente de su ámbito por no considerarlos mediación.

# Propuesta del mediador como técnica de ruptura del impasse o punto muerto. Reglas.

- ▶ No es obligatoria, se realiza a petición de las partes o se ofrece por el mediador cuando se estanca la negociación.
- ▶ Cada parte debe dar la respuesta al mediador de forma privada tanto si acepta la propuesta como si no.
- ▶ Los términos deben ser aceptados o rechazados de forma incondicional.
- ▶ Cada parte debe responder sin conocer la respuesta de la otra parte. Si rechaza la propuesta nunca sabrá si el oponente ha aceptado. Se trata de no perjudicar la posición negociadora de las partes.
- ▶ Deben responder en un plazo breve (20-30-60 minutos) salvo que la respuesta sobrepase los límites del poder para conciliar o concurren circunstancias especiales (un día o varios)→ petición de extensiones: da a entender que hay una aceptación de la propuesta.
- ▶ No se redactan ni se hacen públicos sus términos.

- ▶ Riesgos: el mediador toma las riendas del proceso de resolución cuyos términos se expresan en una especie de se toma o se deja.
- ▶ No hay que liberarse antes de tiempo de la tortura del proceso de negociación con concesiones recíprocas y solución de problemas y alternativas que no se saben si llegan a buen puerto.
- ▶ Este proceso de tortura es necesario para llegar a la construcción de la solución. La mediación es un proceso que debe fluir por todas sus fases: una buena oferta en momento inadecuado es una mala oferta.
- ▶ Se puede utilizar la propuesta para salvar la cara cuando hay que rendir cuentas. Pero antes hay que pasar por el proceso de negociación.

# 20 años y ahora ¿Qué?

- ▶ Al SIMA: reforzar la credibilidad personal, institucional y de los procedimientos
- ▶ A los mediadores/árbitros: repensar su papel y sus obligaciones para con las partes, la institución y la sociedad contribuyendo a reforzar la credibilidad en sus tres aspectos
- ▶ A los usuarios: utilizar estratégicamente la institución, su potencia y recursos

**En un nivel más profundo, la idea entera de que debemos buscar el acuerdo entre todos descansa en un compromiso fundamental con la igualdad de todos los seres humanos (...) Solo sobre esta base podemos defender la afirmación de que se deben conciliar los intereses y puntos de vista de todos los afectados**

**Brian Berry, *La justicia como imparcialidad***

© M<sup>a</sup> del Rosario García Álvarez, 2017.

**GRACIAS**