

Ángela Coello Pulido

# EL JUEGO DE LA MEDIACIÓN

El espacio cooperativo en la  
negociación asistida civil y mercantil

¿Cómo puedo conseguir lo que quiero negociando? ¿Debo desvelar mis intereses o debo esconderlos? ¿Seremos capaces de llegar a un acuerdo negociado? ¿Coopero o compito? Estas y otras preguntas asaltan diariamente al ser humano. Conseguir un acuerdo de consenso y satisfactorio no siempre es fácil y, por ello, en ocasiones, resultará de gran utilidad el recurso a una negociación asistida, es decir, a una mediación.

Esta obra presenta el escenario de la mediación civil y mercantil como un juego entendido desde la perspectiva de la Teoría de Juegos que estudia la toma de decisiones por sujetos racionales e interdependientes. En el juego de la mediación, los jugadores juegan para ganar; se hallan ante una constante disyuntiva entre la puesta en marcha de estrategias competitivas o cooperativas con la finalidad de obtener el mejor resultado posible. En este contexto, el mediador actúa procurando crear y mantener un espacio de cooperación que es la pieza esencial para el éxito de la mediación pues ayuda las partes a alcanzar un buen acuerdo a partir de una negociación integradora. Para que uno gane, no tiene por qué perder el otro. Todos pueden ganar.



ÁNGELA COELLO PULIDO

# **EL JUEGO DE LA MEDIACIÓN**

**El espacio cooperativo en la  
negociación asistida  
civil y mercantil**

2016



BOSCH EDITOR

© DICIEMBRE 2016 ÁNGELA COELLO PULIDO

© DICIEMBRE 2016



**Librería Bosch, S.L.**

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: [editorial@jmboscheditor.com](mailto:editorial@jmboscheditor.com)

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-946077-5-2

ISBN digital: 978-84-946077-6-9

D.L.: B24170-2016

Diseño portada y maquetación: Cristina Payà ([cspaya@sbeditorialdesign.com](mailto:cspaya@sbeditorialdesign.com))

*Printed in Spain* – Impreso en España

# Índice

Índice de figuras.....	15
Abreviaturas.....	19
Introducción. El espacio cooperativo .....	23
<b>CAPÍTULO 1</b>	
Los métodos alternativos o complementarios de solución y/o gestión de conflictos.....	29
1. El conflicto jurídico y sus modos de solución.....	31
1.1. Aproximación al concepto de conflicto.....	31
1.2. Elementos del conflicto .....	32
1.2.1. Las personas.....	33
1.2.2. El proceso conflictual .....	35
1.2.3. El problema.....	37
1.3. El conflicto jurídico. Métodos para su solución .....	42
1.3.1. La autotutela o autodefensa .....	43
1.3.2. La heterocomposición.....	43
1.3.3. La autocomposición .....	45
2. Origen histórico y análisis terminológico de los ADR.....	47
3. La mediación civil y mercantil .....	58
3.1. Delimitación conceptual y régimen jurídico .....	58
3.2. La voluntariedad de la mediación.....	77

3.3. La confidencialidad de la mediación.....	87
3.4. Las pretensiones objeto de mediación civil y mercantil .....	99
3.5. Ventajas e inconvenientes de la mediación.....	106
3.5.1. Ventajas.....	106
1. La mediación puede ser un proceso más rápido y menos costoso.....	106
2. La solución adoptada en mediación es eficaz.	108
3. El fomento de la colaboración y el respeto en la actuación de los mediados.....	109
4. Es posible tratar cuestiones accesorias al conflicto mediado .....	109
5. Mantenimiento de las relaciones <i>pro futuro</i> .	110
3.5.2. Inconvenientes .....	110
1. El acuerdo de mediación no tiene por sí mismo fuerza ejecutiva .....	110
2. Revelación de información relevante .....	111
3. Recurso a la mediación con ánimo dilatorio del proceso de solución del conflicto .....	112
3.6. Las Escuelas de mediación o modelos de mediación	113
3.6.1. La Escuela tradicional-lineal o Escuela de Harvard	113
3.6.2. La Escuela circular-narrativa o Escuela de Sara Cobb .....	118
3.6.3. La Escuela transformativa o Escuela de Folger y Bush .....	119

## CAPÍTULO 2

Claves para la creación y mantenimiento del espacio cooperativo.	123
1. Aproximación a la negociación.....	123
1.1. Cuestiones generales. Tipos de negociación .....	124
1.2. La negociación asistida.....	130

2.	Aproximación a la teoría de juegos.....	133
2.1.	Cuestiones generales y origen histórico .....	133
2.2.	Elementos del juego y su representación .....	137
2.2.1.	Elementos del juego .....	137
2.2.2.	Representación de los juegos.....	142
2.3.	Tipología de juegos .....	145
2.3.1.	Los Juegos cooperativos y no cooperativos o competitivos y los juegos de suma cero y de suma distinta de cero. El Teorema Minimax ...	145
2.3.2.	Los juegos estáticos y los juegos dinámicos.....	149
2.4.	La solución de los juegos .....	150
2.5.	El Dilema del Prisionero .....	153
3.	El Dilema del Negociador .....	158
4.	Mediación y Teoría de Juegos. El Dilema del Mediado .....	162

**CAPÍTULO 3**

	Los sujetos de la mediación: los mediados.....	173
1.	Consideraciones generales. ¿Quiénes son los mediados? ....	174
2.	Los mediados y la defensa de sus intereses. Los mediados- negociadores.....	176
2.1.	La preparación para la negociación. Los objetivos de los mediados-negociadores .....	182
2.2.	La preparación para la negociación. Estrategias y tácti- cas de negociación .....	185
3.	Principios que rigen la actuación de los mediados.....	190
3.1.	Principio de participación activa de los sujetos inter- vinientes y carácter personalísimo de la mediación ...	190
3.2.	Principio de igualdad de partes. El equilibrio entre los mediados .....	192

3.3. Principio de cooperatividad .....	199
3.4. Principios de lealtad, de buena fe y respeto mutuo y respeto al mediador.....	202
4. El representante de los mediados .....	206

#### **CAPÍTULO 4**

Los sujetos de la mediación: el mediador.....	207
1. Perfil del mediador: condiciones y competencia profesional .....	207
1.1. Consideraciones generales: ¿quién es el mediador?, ¿qué hace el mediador? mediación facilitativa vs. mediación evaluativa.....	207
1.2. Condiciones para el ejercicio de la mediación.....	219
2. Principios que rigen la actuación del mediador .....	221
2.1. Los principios de independencia, neutralidad e imparcialidad del mediador.....	221
2.2. El principio de profesionalidad del mediador .....	234
2.3. Principios de lealtad, de buena fe y respeto mutuo ...	248
3. Función del mediador: hacia la creación y mantenimiento de un espacio cooperativo.....	250
3.1. Funciones de dirección y moderación del procedimiento de mediación .....	251
3.1.1. Técnicas de mediación .....	256
3.1.2. Intervención del mediador según los modelos de mediación .....	260
3.2. Función de información y asesoramiento .....	264
3.3. La creación y mantenimiento de un espacio cooperativo.....	270
4. Comediadores, asesores y otros profesionales.....	278
4.1. Consideraciones generales .....	278

4.2. El mediador-jurista o el mediador-abogado .....	284
5. La responsabilidad del mediador.....	290
5.1. La responsabilidad civil del mediador.....	290
5.2. La responsabilidad penal del mediador.....	296
5.3. La responsabilidad disciplinaria del mediador .....	298

**CAPÍTULO 5**

Procedimiento de mediación en asuntos civiles y mercantiles .	301
1. Principios del procedimiento de mediación civil y mercantil	302
1.1. Principio de flexibilidad vs. seguridad jurídica.....	302
1.2. Principios de inmediatez y oralidad.....	306
2. El procedimiento de mediación en la Ley 5/2012, de 6 de julio .....	309
2.1. Iniciación del procedimiento. El convenio de mediación.....	310
2.1.1. Iniciación de la mediación extrajudicial.....	313
a) Primera toma de contacto .....	314
b) Modos de iniciación. El convenio de mediación.....	315
2.1.2. Iniciación de la mediación intrajudicial. Los Protocolos de derivación .....	323
2.2. Reunión inicial o premediación .....	325
2.2.1. La sesión informativa .....	326
2.2.2. La sesión constitutiva .....	334
2.3. La fase de negociación.....	341
2.3.1. El proceso de la negociación desarrollada en un procedimiento de mediación .....	349
a) La fase de preparación.....	349
b) La fase de desarrollo.....	356
c) La fase de acuerdos.....	363

2.3.2.Las sesiones individuales. El sistema <i>caucus</i> .....	364
2.4. Finalización del procedimiento: la adopción de acuerdos y su ejecución .....	368
2.4.1. Conclusión del procedimiento de mediación ..	368
2.4.2. El acuerdo de mediación .....	373
a) Contenido y requisitos formales. La validez del acuerdo de mediación .....	373
b) Naturaleza y eficacia jurídica .....	376
c) Impugnación del acuerdo de mediación .....	382
2.4.3. Ejecución del acuerdo de mediación .....	383
a) La formalización del título ejecutivo .....	384
b) El proceso de ejecución del acuerdo de mediación.....	388
 Bibliografía.....	 391

---

# Introducción

## EL ESPACIO COOPERATIVO

*Homo homini lupus.* Esta famosa locución latina es claro reflejo de la más pura realidad que ha quedado patente a lo largo de la Historia: el hombre es un ser conflictivo por naturaleza, un ser que se halla en un estado de lucha constante por la cobertura de sus necesidades y la consecución de sus intereses frente a los de sus semejantes. Pero la convivencia del ser humano en sociedad no puede asentarse en la dinámica del conflicto por lo que resulta del todo necesario el establecimiento de mecanismos que permitan solucionar o, al menos, gestionar tales conflictos impidiendo de este modo que reine el desorden, la desconfianza, el enfrentamiento.

Desde el momento en que el Derecho comienza a organizar la vida del ser humano en sociedad, surge el conflicto jurídico como hecho al que el Derecho ha de dar respuesta. Cuando dos personas se enfrentan, por el motivo que sea, encontrar una solución a su disputa se convierte en una necesidad prioritaria y ninguna duda cabe de que la mejor solución es la que llega por vía amistosa. ¿Cómo lograr ese acuerdo de consenso? La respuesta es clara: negociando.

El conflicto jurídico puede ser definido como contraposición de posiciones jurídicamente incompatibles y excluyentes entre dos o más personas, cuya solución resulta absolutamente necesaria en aras de la satisfacción de los intereses y la cobertura de las necesidades de unos y otros. Así, el presente trabajo tiene por objeto el estudio de la mediación como vía idónea para la solución (y/o gestión) del conflicto jurídico y, en concreto, del conflicto jurídico-civil y jurídico-mercantil, ámbito en el que predominan los dere-

chos y obligaciones subjetivos sobre los que sus titulares tienen el poder de disposición necesario para que la negociación y la mediación puedan operar.

La mediación se define como un método autocompositivo de solución y/o de gestión de los conflictos jurídicos surgidos entre dos o más personas o comunidades (los mediados), que acuden voluntariamente, y de manera alternativa o complementaria a la vía judicial, a una tercera persona imparcial y neutral, a la que se conoce como mediador, que trata de aproximarlas a fin de que entre ellas fluya la comunicación y el entendimiento y puedan así llegar por sí mismas, y por medio de un proceso negociador, a un acuerdo de consenso, satisfactorio, previsiblemente eficaz y con vocación de permanencia en el tiempo que ponga fin a su litigio o que ofrezca una gestión apropiada del mismo, y que será beneficioso no sólo para las partes enfrentadas sino para todos los sujetos implicados en el conflicto. La Ley 5/2012, de 6 de julio, implanta en nuestro país la mediación civil y mercantil para la solución de controversias, tanto internas como transfronterizas, entre dos o más personas que intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador.

Así las cosas, en el marco de este método de solución y/o gestión de conflictos, el profesional que ocupa la posición de tercero neutral e imparcial puede orientar su praxis del modo que estime oportuno, siempre enfocado a lograr la creación, y el mantenimiento a lo largo de todo el procedimiento, de un espacio cooperativo en el que fluya la comunicación y el entendimiento que permitirán a las partes alcanzar un acuerdo de consenso, satisfactorio y eficaz. En este sentido, el presente trabajo propone un modelo de intervención mediadora basado en la configuración de la mediación como un proceso de negociación al que los mediados, racionales e interdependientes, se someten para la toma de decisiones relevantes dependiendo el resultado final de la combinación de las decisiones de cada uno de ellos. Para ello, se parte del entendimiento de la mediación como un proceso de negociación asistida en el que, además, habrá de valorarse la situación de acuerdo con los postulados de la Teoría de Juegos.

La negociación puede ser definida como un método autocompositivo de solución y/o gestión de conflictos en el que dos o más partes con intereses enfrentados discuten, directa o indirectamente, una determinada cues-

tión que les atañe con la finalidad de alcanzar un arreglo satisfactorio para todos. Será directa si las partes actúan por sí mismas e indirecta si lo hacen por medio de alguien que les represente.

En toda negociación entran en juego tres elementos: las posiciones, los intereses y las necesidades. Las posiciones es lo que los negociadores dicen que quieren, los intereses es lo que realmente quieren y las necesidades es aquello de lo que no pueden prescindir.

Partiendo de esta distinción y dejando a salvo las necesidades, tradicionalmente se ha venido distinguiendo dos tipos de negociación: la negociación distributiva, por posiciones, de suma cero o de ganar-perder (*win-lose*) y la negociación integradora, por intereses, de suma distinta de cero o de ganar-ganar (*win-win*). La primera se caracteriza porque las partes compiten por la distribución entre ellas de una cantidad fija de valor de tal modo que la ganancia de una parte vendrá determinada por una pérdida de la otra en la misma cuantía. En este caso tan sólo se trata una cuestión que es altamente valorada por ambas partes, luego no hay lugar a concesión de ningún tipo a cambio de algo distinto. Se trata, pues, de una negociación basada en las posiciones y enfocada a la obtención de valor. Por el contrario, en la negociación basada en los intereses las partes cooperan a fin de alcanzar el mayor beneficio integrando sus intereses por medio de un acuerdo que crea valor y lo obtiene. Se pretende crear todo el valor que se pueda tanto para una parte como para la otra. En este tipo de negociación se tratan diversos temas y cada parte hace concesiones con el objetivo de conseguir lo que más valora renunciando a lo que no valora tanto. De esta manera pueden satisfacerse los intereses de ambas partes.

En definitiva, se entiende por negociación asistida aquella en la que interviene un tercero que, sin estar implicado de un modo directo en el conflicto, contribuye a conducir a los verdaderos negociadores hacia una dinámica de cooperación que facilite la consecución de un acuerdo. Un supuesto claro de negociación asistida es la mediación y ese tercero, el mediador.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que, puesto que la mediación encierra un proceso de negociación, asistida pero negociación al fin y al cabo, no cabe entenderla sin referencia a la Teoría de Juegos. Ésta es una teoría de la toma de decisiones que se centra en el estudio de modelos mate-

máticos que constituyen representaciones formales de diferentes situaciones de la vida real en que sujetos interdependientes y racionales han de tomar decisiones, sujetos a determinadas reglas, a fin de obtener el mayor beneficio posible, dependiendo el resultado final de este proceso decisorio de la actuación de cada uno de ellos. Cada uno de estos modelos es lo que conocemos como juego y cada uno de estos individuos es un jugador.

Los juegos tienen tres elementos. En primer lugar, los jugadores que son sujetos que han de tomar decisiones racionales en situaciones de interdependencia y se habla de interdependencia puesto que el resultado final del proceso decisorio dependerá de la combinación de las decisiones individuales de cada uno de ellos. En segundo lugar, los movimientos o estrategias que constituyen los planes de acción completos con que los jugadores se enfrentan al proceso decisorio en la búsqueda de aquello que les reporte un mayor beneficio. Por último, las recompensas, es decir, el resultado de la combinación de los movimientos de los jugadores que se puede manifestar tanto en una pérdida como en una ganancia.

Así las cosas, la mediación se enmarca en un proceso de toma de decisiones en que las partes enfrentadas, racionales y actuando en una situación de interdependencia, se enfrentan a la negociación poniendo en marcha sus estrategias para la consecución del acuerdo que mayores beneficios les pudiera reportar. Por tanto, es indudable que la Teoría de Juegos tendrá una enorme incidencia en el escenario de la mediación. La mediación es un juego.

Con frecuencia los mediados llegan a mediación con posiciones féreas y con ánimo de satisfacer plenamente sus intereses y cubrir sus necesidades. En este contexto, en el proceso de negociación que encierra la mediación se produce un juego de información que coloca a los mediados-negociadores en la disyuntiva entre jugar desde sus posiciones o desde sus intereses, o lo que es lo mismo, apostar por una negociación distributiva o integradora, o dicho en otras palabras, competir o cooperar. Cada uno de los jugadores habrá de valorar hasta dónde adoptar una estrategia creadora de valor o reclamadora de valor puesto que se expone al riesgo de optar por revelar cierta información pretendiendo adoptar una actitud creadora de valor y que su adversario aproveche dicha información relevante para adoptar una postura distributiva.

La situación descrita es lo que en el presente trabajo se ha denominado Dilema del Mediado que deriva del descrito como Dilema del Negociador que, a su vez, proviene del famoso Dilema del Prisionero estudiado por los teóricos de juegos. Esta estructura parte de la consideración de que en el proceso de negociación, los negociadores con frecuencia se ven tentados a competir por considerar que la situación resulta propicia para ello, esto es, para la total satisfacción de sus intereses, pero sin atender a los del contrario. En consecuencia, el proceso negociador se halla inmerso en un constante juego de cooperar-competir en que los negociadores han de evaluar y valorar en cada momento en qué medida han de cooperar o de competir.

En definitiva, el Dilema del Mediado representa un juego en que los mediados habrán de optar entre dos opciones: crear valor y reclamar valor. La creación de valor implica una actitud cooperativa que llevará a la obtención de un resultado satisfactorio para ambas partes si los dos crean valor puesto que así ambos podrán obtenerlo. La reclamación de valor conlleva una actitud competitiva que se traducirá en un resultado malo si ambos eligen esta opción. Si uno crea valor (coopera) y el otro lo reclama (compite), el que lo crea obtendrá un resultado pésimo y el que lo reclama, un resultado óptimo. Si los dos reclaman valor, ambos obtendrán un resultado malo, pero si lo crean, entonces ambos lograrán un resultado satisfactorio.

Sin embargo, a la hora de solucionar el juego representado por el Dilema del Mediado se observa que, a pesar de la realidad descrita, ambos mediados sentirán un fuerte impulso hacia la elección de un movimiento no cooperativo (reclamar valor) puesto que si el otro opta por la cooperación, obtendrán un resultado óptimo. Además, optando por la reclamación de valor evitarían el riesgo de concluir la negociación con un resultado pésimo si su contraparte eligiese una estrategia de reclamación de valor habiendo ellos optado por la creación de valor. Por tanto, la estrategia dominante en este juego es la competición lo cual deriva en que, si ambos mediados entienden que su mejor opción es competir, acabarán obteniendo un resultado malo para ambos. De manera que el Dilema del Mediado presenta una importante paradoja que es la existencia de un Equilibrio ineficiente de Nash en la combinación de estrategias competir-competir, entendiéndose por tal equilibrio la combinación de estrategias en la que la elección estratégica de cada mediado es óptima dada la elección estratégica de los demás, por lo

que ninguno tendrá incentivos individuales para cambiarla. En conclusión, los mediados racionales e interdependientes llegarán a un acuerdo de calidad inferior al que habrían podido obtener adoptando cada uno de ellos una actitud cooperativa aun a riesgo de que el otro compitiese y acabase por obtener un resultado pésimo.

En este contexto, la función principal del mediador consiste en la creación y mantenimiento del espacio cooperativo. Es decir, en un primer momento, ha de enfrentarse a la situación derivada del conflicto entre los mediados que acuden a él con posiciones más o menos férreas e intentar, en la medida de lo posible, reconducirlas a un espacio de cooperación en el que el diálogo comience a fluir de un modo apto para la consecución de un acuerdo de consenso. Pero lo cierto es que tal logro del mediador no será suficiente para llegar al acuerdo satisfactorio puesto que no sólo habrá de crear el espacio cooperativo sino que habrá de velar porque el mismo se mantenga inquebrantable durante la tramitación del procedimiento de mediación. De nada servirían los esfuerzos del mediador por generar este escenario si a medida que avanzan las sesiones de negociación se va viciando y degenerando en un nuevo ambiente de enfrentamiento, desconfianza, en definitiva, falta de comunicación.

Por tanto, el presente trabajo acuña el concepto de Dilema del Mediado, que deriva del conocido Dilema del Negociador y, a su vez del Dilema del Prisionero, y que pretende describir el panorama existente en las mediaciones (negociaciones asistidas) entre dos partes al mismo tiempo que se presenta como una útil herramienta para la praxis del mediador.

Orense, 30 de mayo de 2016