

ÍNDICE

	<u>Págs.</u>
Presentación.	1
¿Quo Vadis, Mediación? (Juan Francisco Mejías Gómez)	2-3
Evaluación del Proyecto Piloto de Mediación Penal Intrajudicial en Valencia. (Fernando Carceller Fabregat)	4-13
Los Principios de la Mediación Concursal (Raúl Lastra Sanchis)	14-20

ACTIVIDADES

SEPTIEMBRE 2017

L	M	X	J	V	S	D
				1	2	3
4	5	6	7	8	9	10
11	12	13	14	15	16	17
18	19	20	21	22	23	24
25	26	27	28	29	30	

➤ **18 de septiembre: 17 h-18:15 h**
5ª SESIÓN ANÁLISIS DE CASOS
PRÁCTICOS DE MEDIACIÓN 2017
“El caucus en la Mediación: ¿Sí o No?”

AVANCE OCTUBRE 2017

L	M	X	J	V	S	D
						1
2	3	4	5	6	7	8

➤ **6 de octubre: 9:30 h**
DESAYUNO: *“Mediación en el ámbito Penal. Derivación judicial. Actuación letrada”.*

Ponente: César Chaves Pedrón

APROBACIÓN DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIACIÓN DE LA COMUNITAT VALENCIANA

Estimados compañeros:

El pasado 28 de julio el Pleno del Consell aprobó el anteproyecto de la Ley de Mediación de la Comunitat Valenciana. Valoramos esta noticia como positiva al revelar que la tramitación de la futura ley sigue su curso, pero nos inquieta a la vez desconocer en qué medida se han aceptado las numerosas enmiendas presentadas y si a resultas de las mismas el borrador ha mejorado. Esperamos al menos que el concepto de Mediación esté correctamente delimitado y no se confunda, como pasaba en el borrador del anteproyecto, con otros institutos jurídicos. Estaremos pues muy atentos a esta cuestión en los próximos números de nuestro Boletín.

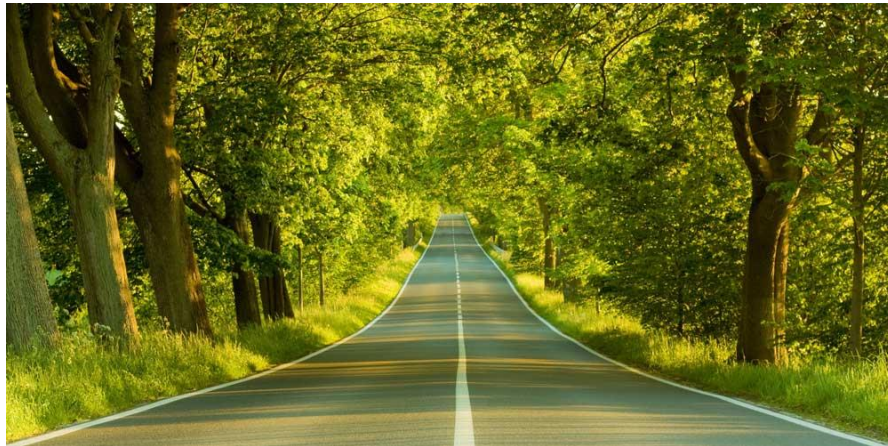
Por otra parte, deciros que tras el descanso veraniego iniciamos el curso con renovada energía. Muestra de ello son los artículos recogidos en este número y que esperamos despierten vuestra atención. En primer lugar, encontraréis un interesante artículo sobre el futuro de la mediación. Una reflexión que, sin obviar las dificultades todavía presentes, invita a mantener una postura optimista. El segundo ofrece una rigurosa evaluación del Proyecto Piloto de Mediación Penal Intrajudicial en Valencia aportando para ello un gran número de datos. Finalmente, os proponemos la lectura de un completo artículo sobre las peculiaridades que presenta en el ámbito concursal la aplicación de los principios propios de la Mediación.

Un cordial saludo,

Beatriz Rabasa Sanchis

Pta. Sección Mediación ICAV

¿Quo Vadis, Mediación?



El camino de la mediación, su recorrido y su progresiva implantación en España, y en particular en nuestra Comunidad Valenciana, es ya largo.

Recuerdo las grandes dificultades con las que nos encontrábamos, allá por el año 1997, cuando empezábamos a impulsar el empleo de la mediación dentro y fuera del proceso. Estas resistencias, hoy ya no son explícitas. En la actualidad nos encontramos, muy pocas veces, con una oposición radical a su empleo, intraprocesal y extraprocesal.

No obstante, sí es cierto y verdad que todavía falta mucha *cultura de la mediación*, falta mucha información y mucha formación de calidad. Falta pasión por la mediación.

No obstante, como ocurría con las entrañables aventuras de Asterix y Obelix, un pequeño reducto de fieles, inasequibles al desaliento, mantienen la pasión que brilla por su ausencia en gran parte de la sociedad civil. Afortunadamente, ese pequeño poblado de guerreros acabaría imponiéndose, y venciendo a los romanos.

Me gusta decir que no se puede navegar contra el viento y los vientos soplan hoy a favor de la mediación (antes no era así, y por eso nos fue tan difícil abrirnos camino apoyándola contra viento y marea).

Tales vientos nos vienen principalmente desde la UE, pero, también de esa tribu de galos irreductibles que resisten frente a los romanos, que son más, pero que carecen de la motivación de los primeros en el mundo de la mediación y que al final acabarán por imponerse. Un caso más donde David vencerá a Goliat.

Hemos de reconocer la gran labor que algunos colectivos, o por ser más precisos, de algunas personas de algunos colectivos, han emprendido y continúan haciéndolo en apoyo del progreso de la mediación. En esa tarea, me parece importante destacar la labor del CMICAV y de la Sección de Mediación del ICAV.

También quiero destacar el papel de otros colectivos, como el GEMME-ESPAÑA, cuya sección territorial en la Comunidad Valenciana me honro en coordinar, en las tareas de impulso y difusión de la mediación intrajudicial.

Y, ¿saben ustedes una cosa? ...Los galos avanzan y los romanos cada vez son menos y más débiles. Al final, son los galos quienes salen victoriosos.

Permítanme esta pequeña licencia, esta metáfora basada en los tiempos de los romanos, y en la que puede verse como, en ocasiones, los que parecen más débiles se imponen a los que asemejan ser más fuertes. No obstante, muchas veces, las apariencias engañan y si los que son menos están más motivados son capaces de imponerse a los que son mayoría.

Creo firmemente en que esto ocurrirá en materia de mediación y pienso que finalmente veremos triunfar la mediación como un sistema óptimo de resolución de conflictos.

Debemos plantearnos qué cosas hemos hecho mal y cuáles deberíamos hacer para garantizar que el empleo de la mediación intrajudicial sea algo normal en el mundo jurídico.

Y reflexionando sobre esta materia, debo decir que podemos mejorar notablemente en materia de información y también de formación. Sin una buena información al ciudadano sobre las diferencias con otras figuras con las que suele confundirse (como la negociación, la conciliación y el arbitraje) y sin una buena formación, haciendo hincapié en la calidad de los formadores, no conseguiremos el objetivo de hacer despegar la mediación.

Finalmente, es necesaria una Agencia Estatal para la Mediación, que ya fue anunciada por las más altas instancias institucionales, y que desde GEMME-ESPAÑA hemos apoyado decididamente. Tal Agencia funcionaría como un organismo público que garantizaría la calidad de la mediación, desde el proceso de formación hasta su adecuada ejecución, puesto que solo la calidad permitirá el éxito de la mediación.

Que así sea.

Juan Francisco Mejías Gómez
Magistrado
Coordinador de la Sección de GEMME en la Comunidad Valenciana
Coordinador designado por el CGPJ para la
Mediación intrajudicial en Valencia

Evaluación del Proyecto Piloto de Mediación Penal Intrajudicial en Valencia



En octubre de 2010 empezamos a trabajar un grupo de profesionales, para ver si podíamos conseguir llegar a realizar un proyecto piloto de mediación penal para varios juzgados de la Ciudad de Valencia. Poco a poco el grupo fue creciendo, se incorporaron criminólogos, psicólogos, abogados, miembros de Favide, Secretarios Judiciales y magistrados. En febrero de 2011, tras las reuniones, se redactó un protocolo que suscribieron Favide, Universidad de Valencia, ICAV, Colegio Oficial de Psicólogos, Asociación profesional de Criminólogos. Y se remitió a Consellería para su estudio y firma como convenio de colaboración.

El borrador que proponíamos se basaba en el modelo de protocolo de mediación aprobado por el CGPJ. Intentaba recoger los *Principios Básicos del uso de programas de Justicia Restaurativa en Materia penal* que fue adoptado en el 2002 por el Consejo Económico y Social en las Naciones Unidas. Éstos se refieren a las siguientes garantías fundamentales:

a) El derecho a estar completamente informados: *“Antes de acordar participar en procesos restaurativos, las partes deben estar completamente informadas sobre sus derechos, la naturaleza del proceso y las posibles consecuencias de sus decisiones”*.

b) El derecho a no participar: *“Ni la víctima ni el delincuente deben ser obligados o inducidos por medios injustos a participar en procesos restaurativos o a aceptar resultados restaurativos. Se requiere su consentimiento”*.

c) La participación no es evidencia de culpa: *“La participación de un delincuente en un proceso de justicia restaurativa no debe usarse como evidencia de admisión de culpa en procedimientos legales subsecuentes”*.

d) Los acuerdos deben ser voluntarios y razonables: *“Los acuerdos derivados de un proceso restaurativo deben acordarse voluntariamente y deben contener solamente obligaciones razonables y proporcionadas”*.

e) Confidencialidad del procedimiento: *“Las discusiones en procesos restaurativos que no se realizan en público deben ser confidenciales, y no deben ser reveladas posteriormente, excepto por acuerdo de las partes o por requerimiento de alguna ley nacional”*.

f) Supervisión judicial: *“Los resultados de los acuerdos derivados de los programas de justicia restaurativa deben, cuando sea adecuado, estar supervisados judicialmente o incorporados a decisiones judiciales o juicios”*.

g) Falta de acuerdo: *“Si no se llega a un acuerdo, ello no debe ser utilizado en contra del delincuente en procedimientos penales posteriores”*.

h) No se incrementa la pena por falta de acuerdo.

El 28 de noviembre de 2013 se firma un Convenio de Colaboración entre el CGPJ, Consellería, Favide, UV, Fiscalía Provincial de Valencia, ICAV, Asociación profesional de Criminólogos y Colegio Oficial de Psicólogos. Este Convenio fue actualizado en el año 2016, adhiriéndose al mismo el Col.legi Oficial D'Educadores i Educadors Socials de Comunitat Valenciana e Ilustre Colegio de Procuradores de Valencia.

Así las cosas, llevado de camino cerca de cuatro años, estaría bien hacer un balance de resultados con los datos de que podemos disponer. Y estos son los datos que conozco:

- **GRADO DE SATISFACCIÓN DEL SERVICIO PRESTADO POR ESTE PROYECTO PILOTO:**

Los resultados son según la evaluación llevada a cabo por la Universidad de Valencia que tiene esta competencia según el Convenio de Colaboración del Proyecto Piloto de mediación Intrajudicial, a fecha 26/03/2015:

La satisfacción del servicio de las partes que acabaron el proceso fue de una media de 4 puntuando de 1 (estoy en desacuerdo) a 5 (estoy de acuerdo). Y una puntuación media de 4.5 respecto a las preguntas de: “Si se recomendaría el servicio”, “si acudiría otra vez en otro conflicto futuro”, y “si entiende que ayuda la mediación a prevenir conflictos”. Puntuando de 1 (estoy en desacuerdo) a 5 (estoy de acuerdo).

- **CIFRAS DE CAUSAS DERIVADAS A LA OFICINA DE MEDIACIÓN EN VALENCIA**

Actualmente, hasta junio de 2017, según la Oficina de Mediación: Se han derivado a mediación un total de 228 causas. Se han derivado delitos de Hurto, lesiones, injurias, daños, impago de pensiones, amenazas, estafas, apropiaciones indebidas violencias domésticas, injurias. Han derivado causas: Juzgados de lo Penal 1,2,4,6,7,8, 9,11 y 12 (9 Juzgados de los 11 existentes con competencia en trámite hasta sentencia, sin ejecutorias), los Juzgados de Instrucción 1,3,7,8,9,10,11,12, 15 y 21 (10 Juzgados de los 21 existentes) y las Secciones de las Audiencia Provincial: 2ª y 5ª (2 Secciones de las 5 existentes para enjuiciamiento en materia penal). Han quedado con acuerdo de mediación: 38 causas.

En mi Juzgado, de lo Penal n. ° 8 de Valencia, hasta el día de hoy, se han seleccionado 161 causas para mediación, las partes se han opuesto en 31 causas, derivándose 131 causas, 16 con un resultado positivo de mediación y con sentencia de conformidad. Y de 161 asuntos derivados han acabado con sentencia de conformidad 70, es decir 54 asuntos no tuvieron avenencia en mediación y sin embargo acabaron en un juicio de conformidad.

- **DATOS COMPARADOS EN MEDIACIÓN ENTRE COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

Según los datos de Mediación Penal que del CGPJ que aparecen en la actualidad en su página Web, abarcan del año 2012 al año 2015.

(<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Medios-alternativos-de-resolucion-de-conflictos/Mediacion-Intrajudicial/>)

Sobre los **Juzgados de lo Penal de la Comunidad Valenciana** podemos ver los datos que constan recogidos por la estadística del CGPJ. y compararlos con los datos a nivel nacional:

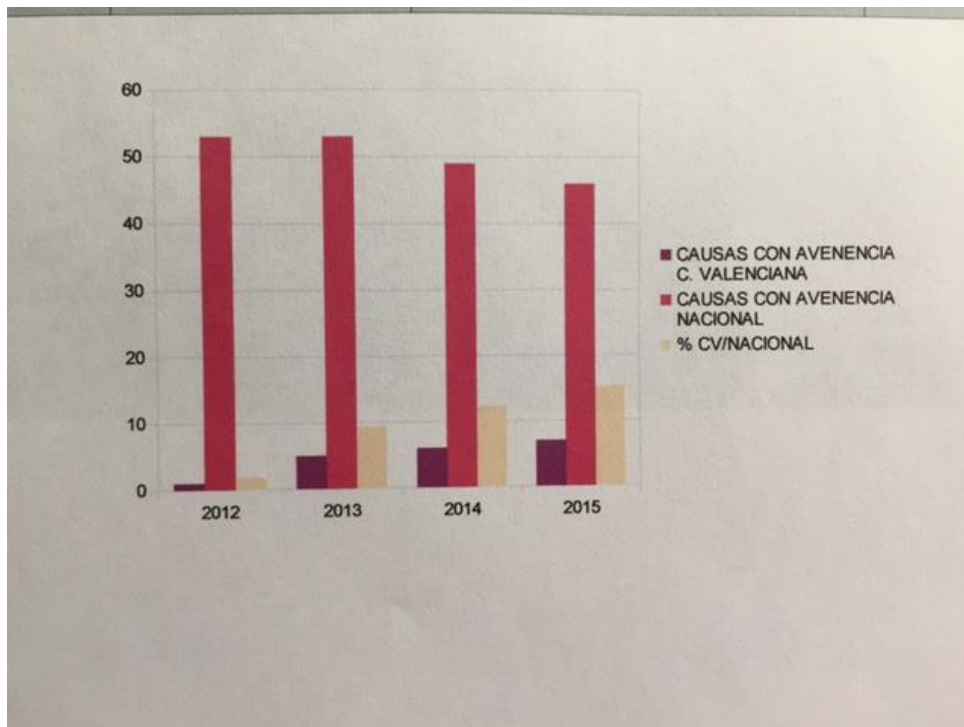
AÑO	DERIVADAS EN LA C. VALENCIANA	DERIVADAS NACIONAL	EN C. VALENCIANA/ TOTAL NACIONAL (%)
2012	7	169	4.14
2013	11	127	8.6
2014	68	218	31.19
2015	44	137	32.19

Destacando que en 2014 los Juzgados de lo Penal de la Comunidad Valenciana derivaron 68 asuntos, frente a los 70 del País Vasco, 47 de Andalucía, 14 de Castilla y León y 8 de Madrid.

Y en 2015 los Juzgados de lo Penal de la Comunidad Valenciana fueron los que más derivaron, 44 asuntos, frente a los 30 del País Vasco, 28 de Andalucía, 18 de Murcia y 8 de Cataluña. Desde el año 2013 en que empieza a funcionar el Proyecto Piloto de Mediación Intrajudicial en Valencia se nota un aumento notable de las causas derivadas a mediación.

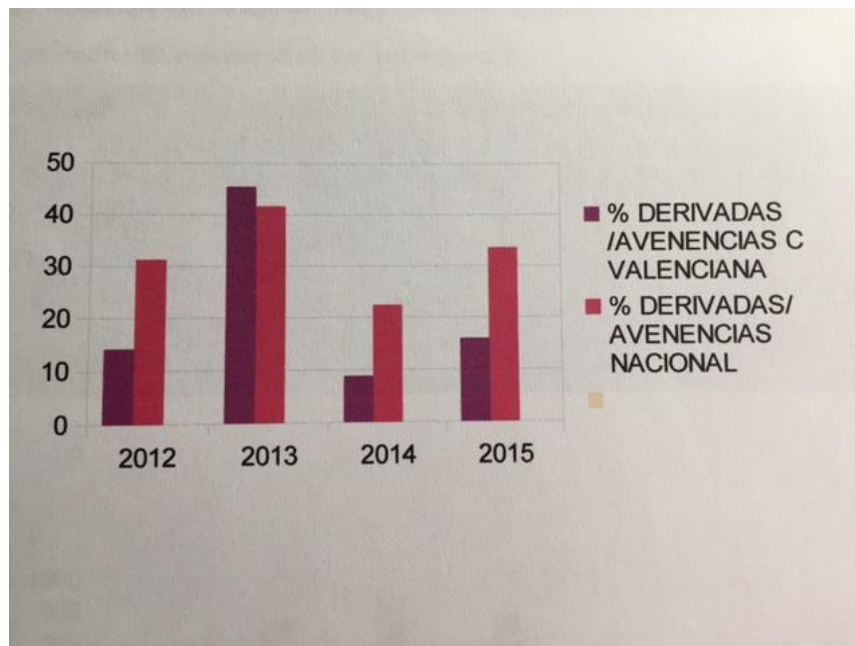
El resultado de las causas derivadas a mediación lo podemos ver en el siguiente cuadro haciendo una comparativa a nivel nacional. Observándose un aumento proporcional al número de causas derivadas a partir del año 2013.

AÑO	CAUSAS CON AVENENCIA EN C. VALENCIANA	CAUSAS CON AVENENCIA NACIONAL	C. VALENCIANA / TOTAL NACIONAL (%)
2012	1	53	1.8
2013	5	53	9.43
2014	6	49	12.24
2015	7	46	15.21



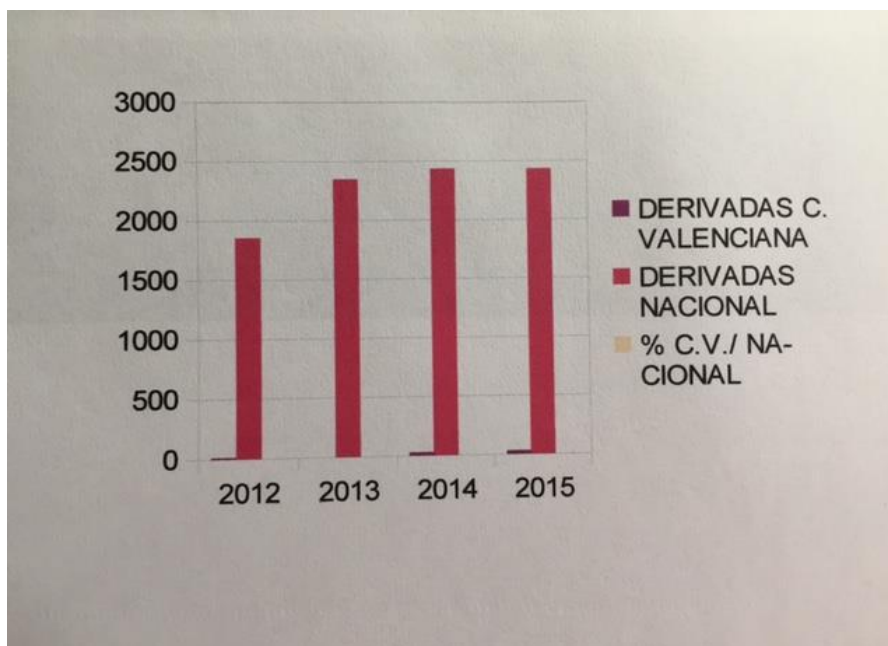
Y el porcentaje de avenencias en relación con las causas derivadas para los Juzgados de lo Penal.

AÑO	DERIVADAS/AVENIDAS C. VALENCIANA (%)	DERIVADAS /AVENIDAS NACIONAL (%)
2012	14.2	31.3
2013	45.45	41.7
2014	8.82	22.47
2015	15.9	33.57



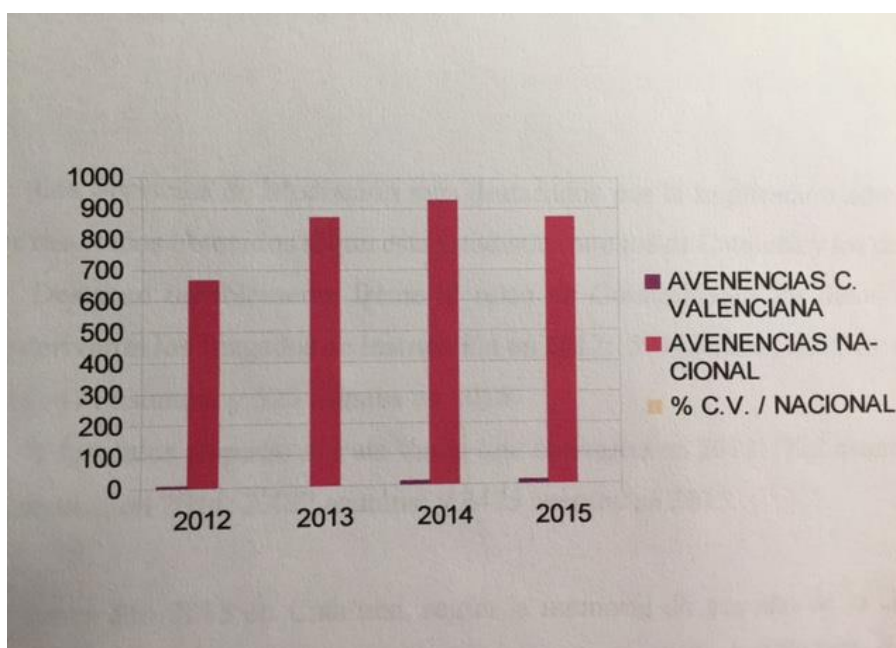
Sobre los **Juzgados de Instrucción de la Comunidad Valenciana**, podemos ver los datos que refleja esta estadística del CGPJ:

AÑO	DERIVADAS EN C. VALENCIANA	DERIVADAS NACIONAL	C.VALENCIANA/ TOTAL NACIONAL (%)
2012	12	1859	0.4
2013	0	2352	0
2014	29	2437	1.18
2015	32	2435	1.31



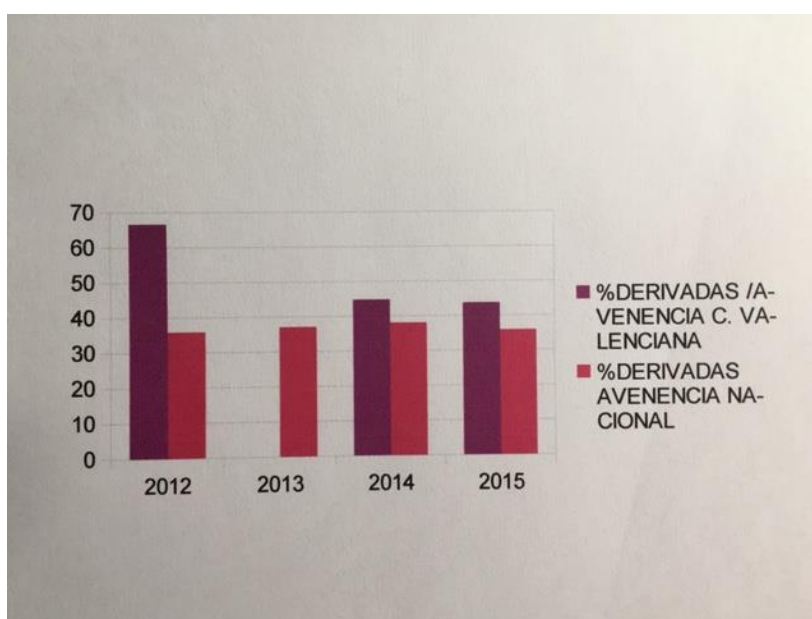
El resultado de las causas derivadas a mediación lo podemos ver en el siguiente cuadro haciendo una comparativa a nivel nacional.

AÑO	CAUSAS CON AVENENCIA C. VALENCIANA	CAUSAS CON AVENENCIA NACIONAL	C.VALENCIANA/ TOTAL NACIONAL (%)
2012	8	669	1.19
2013	0	873	0
2014	13	930	1.39
2015	14	874	1.6



Y el porcentaje de avenencias en relación con las causas derivadas para los Juzgados de Instrucción:

AÑO	DERIVADAS/AVENIDAS C. VALENCIANA (%)	DERIVADAS /AVENIDAS NACIONAL (%)
2012	66.6	35.9
2013	0	37.1
2014	44.8	38.1
2015	43.75	35.9



Los Servicios de Mediación más destacados por la implicación administrativa y por los resultados obtenidos según esta estadística son los de Cataluña y los del País Vasco

Destacan notablemente frente al resto de Comunidades los datos de Cataluña donde derivaron los Juzgados de Instrucción en 2012: 597 asuntos; en 2013: 629 asuntos; en 2014: 474 asuntos; y 525 asuntos en 2015.

Y los datos respecto al País Vasco que derivaron en 2012: 722 asuntos; en 2013: 1218 asuntos; en 2014: 2.437 asuntos; y 2435 asuntos en 2015.

En el año 2013 en Cataluña, según la memoria de ese año de la Generalitat se derivaron 1167 J Faltas y 199 D.P. y 7 DU. Y en el año 2012, 1059 J Faltas; 987 D.P. y 0 DU. En el año 2014 en Cataluña, según la memoria de ese año de la Generalitat se derivaron 1362 J Faltas y 75 D.P. y 2 DU.

En el año 2013 en el País Vasco, según la memoria de ese año del Departamento de Administración Pública y Justicia la Generalitat se derivaron 1585 J Faltas y 365 causas por delito. En el año 2014 en el País Vasco, según la memoria de ese año del Departamento de Administración Pública y Justicia la Generalitat se derivaron 1615 J Faltas y 159 causas por delito.

Vemos así que el grueso de las causas penales derivadas por los Juzgados de Instrucción de estas dos Comunidades Autónomas, obedecen a causas por Juicios de Faltas. Sin embargo, los datos por ejemplo de 2015 proporcionados por la Oficina de Mediación de Valencia indican que durante 2015 se derivó en Valencia sólo una causa por delito leve al Servicio de Mediación.

No distinguiendo la estadística del CGPJ si las causas derivadas por los Juzgados de Instrucción son faltas, delitos leves o graves, perdemos la posibilidad de valorar en qué tipo de gravedad delictiva y en qué procedimientos se derivan más causas y cuáles producen mejores efectos sobre avenencia en mediación. Sin embargo, vista la estadística de las Comunidades Autónomas catalana y vasca, podemos intuir que el grueso de causas derivadas y avenidas corresponde a Juicios de faltas o de delitos leves.

- **CONCLUSIONES:**

Si analizamos así los datos podemos ver el resultado de la puesta en marcha del Servicio de Mediación en Valencia capital. Podemos ver que ha producido desde su puesta en funcionamiento un notable aumento de las causas derivadas a mediación en la Comunidad Valenciana: para los Juzgados de lo Penal nos sitúa en un 32% de causas derivadas y un 15 % de las causas con avenencia a nivel nacional, en cifras por encima de otras Comunidades Autónomas como la catalana, vasca o andaluza. No ocurriendo lo mismo con las causas derivadas por los Juzgados de Instrucción que quedan muy por debajo de las medias a nivel nacional.

El nivel de avenencia de las causas derivadas por los Juzgados de lo Penal al servicio Intrajudicial de Valencia es inferior a la media nacional. Así, por ejemplo, en el año 2015 de 44 asuntos derivados se obtuvieron 7 avenencias, mientras que las 28 derivadas en Andalucía dieron un resultado de 18 avenencias y las 30 del País Vasco dieron lugar a 11 avenencias. Sufriendo un mayor fracaso de acuerdos en la Comunidad Valenciana que el resto de Comunidades Autónomas. En otras Comunidades Autónomas los mayores datos de derivación y de resolución satisfactoria se dan en los juicios de Faltas, hoy Delitos Leves.

El Juzgado que más número de causas ha derivado al Servicio de Mediación de Valencia capital, según el Proyecto Piloto en Valencia, ha sido el Juzgado de lo Penal n.º 8 de Valencia, con un 70.6 % de las causas derivadas.

El porcentaje entre causas derivadas y avenidas de los Juzgados de Instrucción de la Comunidad Valenciana es superior al nacional. Aunque este dato debe tomarse con cautela debido al escaso número de causas derivadas.

Con todo ello es posible concluir que el éxito numérico de las avenencias en mediación se produce en los juicios de faltas, hoy delitos leves. Y que los números de avenencias satisfactorias se dan más notablemente en los Juzgados de Instrucción que en los Juzgados de lo Penal. Así, a nivel nacional en el año 2015 se dieron 874 en causas derivadas por Juzgados de Instrucción frente a las 46 obtenidas por Juzgados de lo Penal.

Si bien el Proyecto Piloto de Mediación Penal Intrajudicial de Valencia marca un hito en los datos de mediación, pudiendo marcarse un antes y un después sobre los resultados obtenidos en la Comunidad Valenciana, y su influencia a nivel nacional pues en 2015 para los Juzgados de lo Penal supone un 32.1 % del total de las causas derivadas a nivel nacional. No ocurre lo mismo con los Juzgados de Instrucción que han tenido una participación mínima en este Proyecto Piloto de Mediación.

Desde mi punto de vista habría que valorar y adoptar modelos de otras Comunidades Autónomas que mejor resultados tengan en avenencia de causas derivadas. Para mí ha sido significativo que de 161 asuntos derivados en mi Juzgado han acabado con sentencia de conformidad 70, es decir 54 asuntos no tuvieron avenencia en mediación y sin embargo acabaron en un juicio de conformidad. Probablemente todo se deba al desconocimiento de la mediación por las partes implicadas, o a la incertidumbre que provoca en un procedimiento penal, pues se desconoce el resultado efectivo del acuerdo hasta que se plasma en un juicio oral de conformidad o no. Estas causas pueden contribuir a un resultado negativo en las avenencias. Pienso que, en delitos leves o juicios de faltas perseguibles a instancia de parte, los mediados tienen más posibilidad de llegar a acuerdos y de disponer así del proceso de una manera más certera. Un programa de mediación que incidiera más en la divulgación de la mediación y en el incremento de la misma en los delitos leves, daría mejores resultados.

Y, por otro lado, deberían sumarse e implicarse a este Proyecto Piloto más Juzgados de Instrucción y derivar más causas a mediación, que es donde vemos que a nivel nacional más resultados positivos se han conseguido. Creo que no mejoraremos

derivando más causas de Juzgados de lo Penal o de Audiencias Provinciales, pues sobre los datos derivados en la fase de juicio oral, en comparativa nacional, hemos obtenido buenos resultados en causas derivadas. Aunque tal vez debería diversificarse el trabajo e implicarse más Juzgados y Secciones de la Audiencia Provincial y no ser unos pocos Juzgados los que tengan que derivar en mayor número. Con todo ello ganaríamos mejora no sólo en el número de resultados obtenidos, sino en el análisis y valoración que cada uno de los órganos jurisdiccionales debemos hacer sobre la participación en una experiencia piloto de mediación. Pudiéndose, con un aumento de Juzgados y causas derivadas, obtener experiencias, que, a buen seguro, son óptimas para informar sobre futuras regulaciones y servicios de mediación.

Fernando Carceller Fabregat
Letrado del Juzgado de lo Penal n.º 8 de Valencia

ARTÍCULOS PARA EL BOLETIN MEDIANDO

Estimados compañer@s mediadores:

Como la finalidad del Boletín es poder compartir entre todos nuestros conocimientos y experiencias, os queremos animar para que seáis participes en esta tarea, colaborando con la redacción de algún artículo.

Si estáis interesados en publicar algún artículo, podéis enviarlo a seccionmediacion@icav.es.

iiiAnimaos!!!

Los Principios de la Mediación Concursal



Con este título, bien pudiera pensarse que este artículo versa sobre los comienzos y la incipiente repercusión social de la mediación en el complejo ámbito concursal. Y ciertamente sería aconsejable una reposada reflexión sobre ello, a la vista de la frecuente ignorancia y común extrañeza con la que la mayoría de operadores y forzados involucrados encaran este procedimiento. La mediación concursal: “esa gran desconocida”.

No es ese, no obstante, el propósito de estas líneas. El objetivo es algo más filosófico y prosaico al mismo tiempo. La idea es ofrecer una visión general (y muy personal) de la implementación práctica de los principios más básicos de la mediación, enfocados desde el prisma del Acuerdo Extrajudicial de Pagos (AEP) regulado en los artículos 231 y siguientes de la Ley Concursal. Llegado este punto, seguramente los escépticos (o los de dudosa conciencia mediadora) se preguntarán: ¿pero en Mediación Concursal se aplican los principios de la mediación? Noticia de alcance: sí se usan los principios de la mediación, y en ocasiones hasta se pueden utilizar con éxito.

Entrando en materia, como todos sabemos, los principios básicos de la mediación son la voluntariedad, la imparcialidad, la neutralidad y la confidencialidad. No cito la buena fe conscientemente, puesto que en mediación -en la concursal también- la buena fe se presupone de base (se refleja en la propia solicitud de AEP), como a los soldados la valentía en el campo de batalla.

En cuanto al principio de voluntariedad, la solicitud formulada por el deudor, evidentemente voluntaria, inicia el proceso de Mediación Concursal (AEP) de manera unilateral, de forma que sus acreedores se ven obligados a concurrir en el procedimiento (con alguna excepción que no sirve al propósito de este análisis). En este momento del proceso es donde los escépticos creen verificar sus agoreros presentimientos de que la voluntariedad no existe, puesto que los acreedores no acuden al procedimiento ni libre ni espontáneamente. Empezamos mal... ¿o no tanto? Porque: ¿en qué consiste la voluntariedad? ¿En acudir, o en participar libremente? Bajo mi criterio, el principio de voluntariedad debe ser interpretado bajo este segundo infinitivo. Al igual que el posible mediado es traído a la sesión informativa a escuchar lo que se le propone, el acreedor es traído al AEP como espectador, siendo deudor y mediador los que deben asumir el protagonismo y papel proactivo del proceso.

Y por ello, al igual que el posible mediado puede decidir apartarse y no participar en el proceso de mediación, voluntariamente, el acreedor puede decidir apartarse de las negociaciones y de la propuesta de acuerdo que se formule, con una mínima (y comprensible) exigencia: manifestar expresamente dicha voluntad en el procedimiento. Pero, ¿acaso esto no es similar a la firma de la hoja de participación de la sesión informativa, en la que el posible mediado manifiesta su deseo de no iniciar el proceso? Por tanto, entiendo que para interpretar el principio de voluntariedad en Mediación Concursal hay que atender a esa máxima coloquial que asegura que *“lo importante es participar”*.

Respecto al principio de imparcialidad, éste viene configurado como el deber del mediador de no posicionarse en favor de ninguna de las partes en el proceso. No solo en esencia, sino también en apariencia. No podemos desconocer el brete en el que el legislador ha puesto al sufrido mediador concursal con aspiraciones de imparcialidad. Y ello por cuanto que el procedimiento, en sus distintas etapas y fases, provoca una necesaria relación permanente y estrecha entre mediador y deudor, que habitualmente es percibida por los acreedores (y no les culpo por ello) como una cuasi-prestación de servicios del primero hacia el segundo. Rara es la mediación concursal en la que algún acreedor, e incluso algún letrado de acreedor (poco versado en la materia, la verdad), se ha dirigido al mediador refiriéndole al deudor como “tu cliente”. Pues bien, pese al legislador, y pese al desconocimiento general respecto al proceso y la figura del mediador, éste trabaja por y para el proceso, no para el deudor.

Y en este punto, esos valientes que se atreven a aceptar una mediación concursal (heroicidad antieconómica donde las haya), deben mirarse y evaluarse a ellos mismos, pues es su deber y su responsabilidad generar en los acreedores la imagen clara e inquebrantable de imparcialidad, una bocanada de confianza en su figura, tanto en esencia como en apariencia. Y en esta tarea, no faltan oportunidades. Desde el cotejo de los créditos con los propios acreedores (art. 234.1 LC), la individualización del interlocutor válido en cada acreedor a fin de crear el necesario vínculo entre mediador y mediado (el acreedor lo es) con poder de decisión, hasta la explicación escrita y -¿por qué no?- personal (según cada caso) del proceso (p.ej., en el momento de la convocatoria), pasando por la exploración de las opciones del acreedor previamente a remitir la propuesta, o incluso dar cabida real (no meramente testimonial) a las pretensiones modificativas del art. 236 LC.

Y finalmente, la discusión y modificación, en su caso, de la propuesta en el mismo acto de la reunión, siempre respetando los límites legalmente previstos (art. 237.2 LC). En todos esos momentos es deber del mediador trabajar y trabajarse su imparcialidad frente a los acreedores, palmo a palmo, pues la confianza en la figura del mediador elimina barreras y facilita acuerdos, máxime si dichos acuerdos son generalmente en materia económica. Por tanto, el mediador concursal jamás ha de presentarse como un taxista de la información, pues limitarse a ello abocará la Mediación Concursal irremisiblemente al fracaso.

Muy enlazado con lo anterior, se encuentra el principio de neutralidad. Si ya el legislador se afanó en dificultar la generación de imparcialidad, no fue menos consecuente en este apartado, y no cejó en el empeño de minar el principio de neutralidad, haciendo que el mediador necesariamente deba tomar decisiones, alguna de auténtico calado, como incluir o excluir créditos, validar comunicaciones, calcular cuantías de activo y pasivo o computar la concurrencia y oportunidad de los quórum exigibles en cada caso, analizando bajo su propio criterio su cumplimiento y corrección jurídica. No entraré aquí en el debate doctrinal encarnizado acerca de si el mediador ha de redactar y participar, o solo “remitir” una propuesta de acuerdo supuestamente proporcionada por el deudor, con su consentimiento (art. 236.1 LC).

Lo que sí resulta evidente es que cuesta referirse a la neutralidad estricta en mediación concursal como lo haríamos en otros ámbitos mediadores. Resulta evidente que la idea de “no decidir y no proponer” los acuerdos de las partes resulta de difícil

encaje en la realidad del texto concursal y en las funciones y deberes asignados imperativamente al mediador, funciones y deberes enfocados de forma clara y diáfana hacia la consecución de un acuerdo, cuyo impulso y cumplimiento de exiguos plazos limitativos de la labor, es única y enteramente responsabilidad del mediador. El mediador ha de reciclar y reinterpretar su concepto de neutralidad, acomodándolo hacia una actuación “ultra-activa”, en pos y a favor de un acuerdo, maximizando para ello las útiles enseñanzas del método Harvard.

Tanto lo ha querido así el legislador, que la mediación concursal es, sorpresivamente, el único ámbito de mediación en el que la no consecución de un acuerdo proyecta consecuencias directamente penalizadoras (incluso para el mediador):

- Para deudor y acreedores, la necesidad de acudir al proceso concursal “ipso facto”.
- Para el mediador, la acumulación de una nueva tarea, más ardua si cabe que la anterior, designándole administrador del futuro proceso concursal, con el “castigo” de no poder percibir más remuneración por ello (art. 242.2. 2ª LC).

En este contexto la pregunta, por tanto, es: ¿Puede el mediador ser neutral? Pues bien, puede ciertamente acercarse a un nivel de neutralidad aceptable. Para ello, ha de emplear las técnicas y herramientas de la mediación con el objetivo de provocar que sean deudor (especialmente) y acreedores los que proyecten escenarios de acuerdo y generación de opciones. Para ello, es necesario haber trabajado previamente la imparcialidad y la confianza del interlocutor válido de cada acreedor, para poder explorar sus intereses reales. Caucus o entrevistas individuales (en la práctica muchas veces telefónicas) o técnicas como la lluvia de ideas, el examen del MAAN (Mejor Alternativa a un Acuerdo Negociado) y del PAAN (Peor Alternativa a un Acuerdo Negociado) o hacer de agente de la realidad, contribuyen a que cada parte tome consciencia de su lugar, posición y posibilidades en el conflicto, de forma que se puedan acercar a la ZOPA (Zona de Posible Acuerdo). Noticia de alcance: en mediación concursal sí se utilizan técnicas y herramientas de mediación, y en ocasiones hasta se pueden utilizar con éxito.

El mediador adquiere especial relevancia en esta fase del proceso, a fin de verificar que acreedores y deudor son plenamente conscientes del alcance y consecuencias de todas las posibles posturas a adoptar. Y si bien es deseable que no explicita un criterio propio, sí resulta necesario que ayude a las partes a focalizarse en opciones factibles, acuerdos posibles e incluso soluciones creativas. ¿Ha de influir el mediador para conseguir el éxito del proceso? Sin lugar a duda. O, ¿acaso no influye el mediador en otros ámbitos,

encauzando la conversación hacia el escenario que detecta común entre las partes? Preguntas abiertas (y hábiles) dirigidas hacia la posibilidad de generar ingresos, reducir gastos, importancia de unos activos e irrelevancia de otros, márgenes de quitas o esperas, aceptación de bienes en pago, etc....Todas ellas son “preguntas influyentes” que acercarán la concreción de una propuesta de acuerdo y que el mediador ha de realizar para arrancar a las partes de sus posiciones y llevarlas a sus imprescindibles, donde aparece la deseable ZOPA.

Por último, nos encontramos con uno de los principios más comentados y discutidos: la confidencialidad. En el ámbito que nos ocupa, se puede analizar este principio desde dos puntos de vista:

- Confidencialidad del Procedimiento.
- Confidencialidad del contenido y acuerdo final alcanzado.

Desde el prisma procedimental (confidencialidad externa) y con carácter previo a que el mediador tenga oportunidad de comenzar su labor, se puede observar un respeto al principio de confidencialidad con ciertos matices. El procedimiento comienza con una solicitud ante Notario o Registro Mercantil, consignada en un documento que tiene la connotación de público. A su vez, el acto de iniciación ha de ser publicado e inscrito en los registros públicos correspondientes, incluido el Registro Público Concursal. A la vista de ello, muy confidencial no se antoja la cuestión. A mayor abundamiento, se ha de comunicar el inicio a la Agencia Tributaria (AEAT) y a la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS). Asimismo, al finalizar el procedimiento, si el AEP es rechazado, nada se comunica ni procede ulterior trámite en esta fase extrajudicial, pero sin embargo es legalmente preceptiva la presentación del concurso consecutivo, con cuya declaración la existencia del AEP cobra de nuevo notoriedad pública. Si, por el contrario, el AEP es aceptado, el acuerdo se eleva a escritura pública y es comunicado a los mismos Registros Públicos que tenían anotada su iniciación (art. 238.2 LC).

Por tanto, pudiera pensarse que existen ciertos obstáculos a la preservación del principio de confidencialidad en su parte formal o procedimental. Sin embargo, conviene examinar el tratamiento de este aspecto en otros ámbitos. Porque si el Notario tiene la obligación de comunicar el inicio a los registros públicos correspondientes, ¿acaso no es similar a la comunicación de inicio de mediación intra-judicial que recibe el Juzgado por parte del CMICAV? ¿Acaso no se comunica al Juzgado si las partes asisten o no la Sesión Informativa? ¿No se expresa al órgano judicial si las partes han consentido o no someterse

a la mediación derivada por dicho Juzgado? ¿No se informa de la terminación de una mediación con o sin acuerdos? Ciertamente es que no se inscribe en ningún registro público, pero al fin y al cabo se procede a realizar una comunicación a un organismo público que tiene la condición de tercero en el conflicto.

En consecuencia, sin poder considerar la mediación concursal como el ámbito en el que más se observa la confidencialidad procesal, no parece tampoco que las pequeñas injerencias en dicha confidencialidad sean muy diferentes de las de otros ámbitos, ni que la confidencialidad del procedimiento se configure como relevante para el respeto a la esencia del principio.

Ahora bien, desde el punto de vista del contenido y acuerdo (confidencialidad interna), sí cabe ser más rigurosos con este principio. Porque el principio de confidencialidad ni tiene vida propia “per se”, sino que está íntimamente ligado a la figura del mediador. Y será éste el que se erija como actor principal y garante de dicho principio, en cuanto a su dimensión interna, que es la que se revela crucial para su estricta observancia.

El primer momento en que el mediador entra en contacto con la información es la solicitud del deudor. En ella se contienen todos los datos de éste que servirán de base para estructurar la futura propuesta. La primera cuestión por dilucidar es si la información y documentación de la solicitud se amparan bajo el principio de confidencialidad. Es decir, ¿se ha de dar traslado a los acreedores del Acta Notarial de inicio con la solicitud y documentos anexos incorporados? Bajo mi criterio, y pese a otorgarse ante fedatarios y registros públicos, el contenido del modelo normalizado de solicitud y la documentación anexa son elementos protegidos por el principio de confidencialidad, no pudiendo ser revelados a las demás partes salvo consentimiento expreso del deudor mediado. El texto legal nada exige al respecto, y por ello no existe motivo para contravenir este principio básico.

Cuestión distinta es que, con posterioridad, haya que transmitir por imperativo legal determinados datos sensibles del deudor y de los acreedores. Así ocurre con la identidad de todos los acreedores, cuantía de los créditos, garantías (art. 234.3 LC), con las concretas propuestas de pago a cada acreedor (art. 236.1 LC) o con el detalle de los recursos económicos y materiales de que dispone el deudor para hacer viable el plan (art. 236.2 LC). Sin embargo, el resto de la información puede utilizarse o no en las entrevistas o conversaciones con las partes, tal y como se usarían en cualquier otra mediación. Si las partes prohíben al mediador comunicar algún aspecto, éste guardará la debida

confidencialidad. Será la habilidad del mediador la que determine qué información podría ser útil compartir y cual no, y hacer que las partes se aperciban de ello. ¿Pero debe influir el mediador? Por supuesto.

Por el contrario, hay un segundo momento donde el mediador ve nuevamente constreñida su labor y legalmente se ve obligado a relativizar el deber de confidencialidad: la reunión de acreedores. Dado que el art. 237 LC posibilita la no concurrencia de los acreedores que hubieren expresado su voto en plazo, es necesario identificar al acreedor y consignar el sentido de su voto, aun cuando no esté presente ni nos haya autorizado expresamente. Así ocurre también con el voto de los asistentes, que queda individualizado en el Acta de la reunión.

Por último, si las partes alcanzan el acuerdo, el contenido de éste será igualmente confidencial, pues lo que se traslada al exterior es la finalización con éxito del proceso, pero no el alcance o detalle de la propuesta exitosa. Aquí el mediador pasa de garante interno a garante externo de la confidencialidad del acuerdo.

Por tanto, se podría concluir que en mediación concursal sí se observa el principio de confidencialidad (con los matices derivados de los preceptos imperativos), y que la esencia de este principio reside realmente en el contenido y resultado de la labor del mediador (confidencialidad interna con la protección externa extendida al acuerdo) y no en la mera existencia del procedimiento (confidencialidad externa).

En definitiva y en síntesis, conviene superar la barrera superficial de los prejuicios derivados de un texto legal deficiente en materia de AEP, del escepticismo e interpretación pesimista de determinados sectores jurídicos, y de un desarrollo práctico confuso por parte de la generalidad de los operadores, para darse cuenta que realmente los principios de la mediación son de plena vigencia y aplicabilidad a la mediación concursal, y que serán la habilidad, la pericia y el esfuerzo del mediador concursal las claves para su exitosa implementación en el procedimiento.

Parafraseando y reformulando a cierto personaje: *“Estos son mis principios y si no le gustan **no** tengo otros”*. También en mediación concursal.

Raúl Lastra Sanchis
Abogado. Administrador Concursal y Mediador del CMICAV