PAULINO FAJARDO

Abogado (ICAM) y Solicitor (UK). Mediador (acreditado CEDR)
Doctor en Derecho
Socio Herbert Smith Freehills

Cooperar como estrategia

Mediación de conflictos empresariales

Prólogo

MERCEDES COSTA
PILAR GALEOTE

Directora y Subdirectora del Centro de Negociación y Mediación
Profesoras de Negociación
IE Business School

HERBERT SMITH FREEHILLS

THOMSON REUTERS ARANZADI

Primera edición, 2016

THOMSON REUTERS PROVIEW™ eBOOKS
Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.
La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.
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. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).
Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.
Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters
Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2016 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Paulino Fajardo]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, SA
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-9135-413-0
DL NA 1707-2016
Printed in Spain. Impreso en España
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 – Pamplona

Dedicado a Chele, como todo, como siempre.

«Pero creo que me concederás que todo discurso debe estar compuesto como un organismo vivo, de forma que no sea acéfalo, ni le falten los pies, sino que tenga medios y extremos, y que al escribirlo, se combinen las partes entre sí y con el todo». (Platón, «Fedro» 264 c, 2-6).

AGRADECIMIENTOS

Tantos años de estudio, reflexión y redacción me han hecho deudor de un gran número de agradecimientos, que por ser de rigor no dejan de ser sentidos. Extingo la deuda por categorías y no por personas para evitar omisiones injustas:

Contrarios, clientes y mis compañeros, entonces de Davies Arnold COOPER, después Dac BEACHCROFT y hoy en Herbert SMITH FREEHILLS. Compartieron su experiencia, y yo con ellos mis errores al abordar la solución de conflictos. Su profesionalidad y su generosidad permitieron decantar respuestas creativas para problemas nuevos. Muy especialmente Milagros Sanz, ha sido participe y artífice de estas páginas. Gracias Mila, te debo otra.

El Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación (GEMME) y el proyecto de los Puntos Neutros, en su origen y en el diseño abanderados por Pascual Ortuño, y la Conferencia de Universidades para el Estudio de la Mediación y los Conflictos (CUEMYC), presidida por la decana de la formación en mediación, Leticia Villaluenga, supusieron un impulso para comenzar y un estímulo para terminar. La honestidad de sus planteamientos y el desinteresado interés por lograr una mejor tutela de los derechos de los ciudadanos a través de los métodos basados en la cooperación, pusieron norte y sentido al esfuerzo. Gracias, sois ejemplares.

La apuesta del departamento de Derecho Procesal de ICADE por la cooperación, en consonancia con el ideario de una universidad jesuita, encauzada a través de la dirección, el apoyo y, sobre todo, la paciencia de Sara Diez Riaza, facilitó conciliar la investigación con viajes y obligaciones profesionales y de gestión. Sara logró agregar un enfoque procesal patrio (ARAGONESES) en una materia naturalmente entendida como anglosajona. Gracias, AMDG.

En toda obra queda oculto «un tejer y un coser», un aporte administrativo y de gestión para el que la labor, en distintas etapas, hijas Lourdes y Marta, de Esperanza Martín de Peralta, Araceli Peñuelo y Arántzazu Nieto, han sido imprescindibles. Gracias mil.

Hijas, padres, hermanas, familia, fueron un referente ético por adherencia y coherencia con los principios en los que nos hemos educado. Hay un punto de generosidad y bonhomía en estos planteamientos que ni se lee ni se estudia, pues se nace y se vive impregnado de valores. Gracias, sois un ejemplo.

Todo y siempre, por estar en todo y estar siempre, Chele ha sido el principal apoyo en todo y siempre, también para que estás ideas cuajaran entre la tinta y el papel. *«Quid dicam?»*.

ÍNDICE

Página

PRÓLOGO 19

PREÁMBULO 21

INTRODUCCIÓN 23

ABREVIATURAS 27

CAPÍTULO I

¿QUÉ QUIEREN LOS CLIENTES? APROXIMACIÓN A LAS NECESIDADES DE LOS CLIENTES DESDE LA PERSPECTIVA DE UN ABOGADO 29

I. Torneos literarios 29

II. De la solución a la gestión (y la Ecología procesal) 32

III. «La forma es la solución»: la primera decisión estratégica 34

IV. Los verdaderos intereses: características de los conflictos empresariales 35

1. La continuidad en las relaciones comerciales 35

2. La importancia del riesgo reputacional 36

3. Estrategia legal compleja 36

V. Los MASC como respuesta al conflicto empresarial 36

1. No erosión 36

2. Confidencialidad 37

3. Retención del control y flexibilidad 38

4. Flexibilidad: Estructura informal 39

VI. Aspectos generales de los MASC 39

Página

VII. «Dix ans aprés»: una encuesta sobre uso de la Mediación en Inglaterra y Gales. Reflexión sobre los resultados 44

CAPÍTULO II

¿ES ESTO ALGO NUEVO? LA FALSA NOVEDAD DEL USO DE MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO CULTURAL 49

I. Negociación vs. Autocomposición 49

II. Formas persuasivas 52

III. La paradoja del uso de la persuasión por imperativo legal 58

IV. La persuasión a través de la función jurisdiccional: acceso a la Justicia y costas del proceso 60

V. Modelos y razones: Estudio comparado 67

VI. Moral social para la armonía (o el control) 68

VII. Cuando el interés se encuentra con la moral social 72

1. Opción por los MASC frente a un conflicto 76

2. La elección del tercero (¿neutral?) 77

3. La estrategia de las partes 78

4. Las técnicas del tercero neutral 79

5. La actitud de las partes frente al acuerdo 80

CAPÍTULO III

COOPERAR VS. LITIGAR. LA FILOSOFÍA DE LA CULTURA DE PAZ 83

I. Utilidades de la filosofía. La negociación con perspectiva filosófica 83

II. Las bases de la ética de la negociación: egoísmo vs. altruismo 84

III. De cómo hemos adoptado un modelo anglosajón para solucionar nuestros conflictos 85

IV. El dilema del prisionero: de cómo el egoísmo como principio de decisión genera reglas de juego que favorecen la cooperación y, en consecuencia, el bien común 88

V. Razones para cooperar 92

Página

VI. El uso de la información asimétrica en la práctica: simulación de una Mediación 97

1. Planteamiento 97

2. Razones para cooperar ante el conflicto 98

3. Supuesto de hecho 98

4. El desarrollo de una Mediación: un posible guión 99

VII. Los intereses de las partes y la información asimétrica 104

CAPÍTULO IV

¿PARA QUÉ SIRVE UN ABOGADO? LA FUNCIÓN DEL ABOGADO EN EL SIGLO XXI 107

I. La formación de los abogados españoles del «Plan del 53» 107

II. La necesidad de un cambio de cultura en los profesionales del Derecho 112

III. Aproximación a la Mediación y a su funcionamiento 116

1. Las partes en el procedimiento 117

2. Interacción del Mediador con las partes 119

3. Las fases del procedimiento 121

3.1. Premediación 122

3.2. La Sesión Informativa 124

3.3. Mediación 124

4. El papel del Mediador 126

5. El acuerdo de Mediación 134

IV. El valor añadido del abogado en la Mediación 136

V. La necesidad de incluir la formación en MASC en los estudios del Derecho 142

VI. La aproximación de los jueces a la Mediación 144

VII. La confianza como punto crítico en la Mediación 149

1. La quiebra de la confianza de las partes en la Mediación o en el Mediador y sus consecuencias 150

1.1. Desconfianza en la imparcialidad y neutralidad del Mediador 150

Página

1.2. Desconfianza en el proceso 151

1.3. Pasividad 152

2. Algunas reflexiones sobre la formación de los Mediadores para evitar problemas de desconfianza de las partes 153

CAPÍTULO V

¿SE PUEDEN DAR PAUTAS ESTRATÉGICAS? EL ANÁLISIS DEL CONFLICTO COMO DECISIÓN ESTRATÉGICA PARA SU SOLUCIÓN 155

I. La primera decisión estratégica 155

II. Una estrategia dual 157

III. Estrategias de solución: fases 158

1. Actuaciones previas 158

2. Análisis del tipo de conflicto y elección del mecanismo de solución 159

3. Diseño de tácticas a desplegar durante el desarrollo del mecanismo para condicionar al Mediador y a las partes y para proteger la información propia relevante en un eventual posterior mecanismo de heterocomposición 161

IV. Principios, garantías y ventajas 161

V. Tipos de conflictos adecuados para su solución a través de MASC .. 164

1. Principios y garantías: límites 165

2. Ventajas prácticas 166

VI. Táctica en el desarrollo 166

1. Estrategia del Mediador 166

2. Estrategias de las partes dirigidas al Mediador 167

VII. Una legislación de mínimos 168

CAPÍTULO VI

UN MARCO LEGAL DE MÍNIMOS 171

I. Hacia una nueva cultura legal: cultura de paz 171

II. Experiencia comparada y multidisciplinar 173

1. La adopción de los modelos anglosajones de solución de conflictos en el ámbito jurídico-cultural continental 174

Página

2. Enfoque multidisciplinar 175

III. Un marco común: la Directiva 176

1. Definición y características de la Mediación en la Directiva 176

2. Marco legal mínimo 177

IV. Desarrollo e interrogantes 179

1. La experiencia inglesa: el cambio en la cultura procesal 180

2. Valoración de la trasposición de Directiva en España 186

V. Algunas cuestiones problemáticas que deben precisarse 188

VI. Promoción integral de la Mediación: el aspecto fiscal 189

VII. Mediación concursal ¿una alternativa útil y eficiente? 193

1. El procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos 193

1.1. Solicitud de nombramiento de Mediador concursal 194

1.2. Nombramiento de un Mediador concursal 194

1.3. Aceptación del Mediador concursal 195

1.4. Notificaciones a registros e instituciones 195

1.5. Comprobación de créditos y convocatoria de Reunión de Acreedores 195

1.6. Elaboración de un Plan de Pagos y de viabilidad 195

1.7. Celebración de la Reunión de Acreedores 195

1.8. Formalización y notificaciones 196

1.9. Supervisión del cumplimiento 196

2. Mediación concursal vs. Mediación 196

2.1. Cultura de cooperación 199

2.2. Mantenimiento del control 199

2.3. Control del riesgo reputacional 200

2.4. Preservar las relaciones comerciales 200

3. La figura del Mediador concursal 200

4. Conclusión 202

Página

CAPÍTULO VII
MÁS ALLÁ DEL DERECHO 203

I. Derecho total. Aproximación holística al Derecho 203

II. La necesaria separación entre la formación de Mediadores y la formación en Mediación 207

III. Enfoque sectorial: el sector de seguros y la Mediación 210

IV. «Nuestro modo de proceder». Una brújula 213

V. 9000 días: Análisis del fin del apartheid en Sudáfrica desde la perspectiva de la solución de conflictos. La aportación de Nelson Mandela como «Mediador» 215

1. Introducción: 9000 días de preparación 215

2. Análisis del conflicto 216

3. Principios estratégicos 216

3.1. Negociar en libertad 216

3.2. No establecer dos naciones separadas 216

3.3. Aceptación no imposición 217

4. Estructuración de la negociación 217

4.1. Negociación de concepto (1985-1989) 217

4.2. Negociación de detalle y Mediación (1990-1994) 217

4.3. Negociación emocional (1995) 217

5. Perfil de Mediador 217

6. Táctica 218

7. Acuerdo 218

8. Desbloqueos y gente difícil 218

9. Comunicación no verbal 219

VI. Ciencias de letras 219

BIBLIOGRAFÍA. 223