



Práctica Forense

La prueba pericial en la mediación

LA LEY 3144/2015

La prueba pericial en la mediación

Alberto ROMAGOSA DANÉS

Director del IMEF Instituto de Mediación en la Empresa Familiar. Perito judicial de la Associació Catalana de Perits Judicials i Forenses. Presidente emérito de AIF Asociación Profesional Colegial de Asesores de Inversión, Financiación y Peritos Judiciales

El trabajo analiza los dos momentos en que se puede aportar una pericia en una mediación: durante su desarrollo por aportación de las partes, a iniciativa propia o a propuesta del mediador; o como parte de la ejecución del acuerdo de mediación.

La mediación como sistema alternativo de resolución de conflictos (ADR) tiene su actual regulación a nivel nacional en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que se complementa con un grupo de normas y leyes de aplicación autonómica.

Dicha Ley define la mediación como aquel medio de resolución de controversias en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador.

En definitiva se trata de incorporar a un tercero, denominado mediador con el objeto de facilitar la comunicación entre dos partes en disputa, cuya actuación neutral e imparcial y a través de unas habilidades ha de servir para crear un entorno en el que las partes alcancen libremente entre ellas un acuerdo de forma guiada, no manipulada ni impuesta.

De las muchas diferencias que hay respecto de un proceso judicial o respecto de un proceso arbitral, cabe citar especialmente dos, cuya trascendencia se trasladará, tal como veremos, al ámbito de la prueba pericial.

En primer lugar, la mediación es un proceso voluntario. Nadie está obligado a mantenerse en un proceso de mediación y menos a tener que alcanzar un acuerdo. Es decir, se inicia y se mantiene si las partes del conflicto deciden que sea así. Y se acaba porque cualquiera de las partes, sin necesidad alguna de justificación decide retirarse, o bien por haberse alcanzado un acuerdo entre ellas.

En segundo lugar, el acuerdo, de existir, lo alcanzan las partes en conflicto. No hay un ter-

cero que imponga una resolución de obligado cumplimiento o laudo. El mediador no tiene poder de decisión, no propone, no fuerza ni obliga. Las partes son las únicas responsables y protagonistas de su acuerdo. Si éstas deciden alcanzar un acuerdo, éste será título ejecutivo elevándose a público, pero si por el contrario no desean alcanzar acuerdo, no lo habrá, y el conflicto deberá resolverse por otra vía.

Y en este entorno, ¿cómo debe considerarse la prueba pericial y cuál es su sentido? La prueba pericial en cualquier proceso tiene como objetivo mostrar luz sobre un determinado asunto a través de la experiencia y sabiduría del perito, siempre bajo neutralidad e imparcialidad. En los procesos judiciales y arbitrales, las pruebas periciales pueden ser aportadas por las partes, o bien solicitadas por el ministerio fiscal o por el juez, con el objetivo de iluminar y ayudar a tomar una decisión, quedando normalmente reflejada su influencia en el laudo, en caso de haber sido considerada.

En un proceso de mediación, se pueden establecer dos momentos: durante o como consecuencia del mismo. Durante la mediación cualquiera de las partes puede aportar una prueba pericial. El mediador no puede imponer la realización de una prueba pericial, pero sí puede proponerlo facilitando que las partes lo soliciten. A falta de acuerdo sobre la designación del perito, lo normal es que se solicite al mediador que se encargue de buscar un perito. En este estadio, la prueba pericial no vinculará sino que buscará acercar posiciones entre las partes, ya que al tratarse de un proceso voluntario y que puede ser abandonado por cualquiera de las partes en cualquier momento, su fortaleza reside en acercar posiciones

no en imponer soluciones. Este entorno se da especialmente en situaciones de cuantificación económica, tanto de familia como empresariales, sirviendo la prueba pericial para delimitar ese entorno económico en el que se ha de obtener el acuerdo, y crear una primera realidad cuantificada, que en caso de inexistencia posterior de acuerdo de mediación, al menos centrará a las partes ante el inicio de otra vía de resolución del conflicto. Ni decir que puede existir más de un dictamen pericial en caso de distanciamiento entre las partes, pero en el caso de haber sido solicitado el dictamen de mutuo acuerdo y a través del mediador, no cabe la duda de la pericial de parte.

El segundo momento donde es importante el dictamen pericial es cuando las partes, alcanzado un acuerdo, deciden reflejar en el mismo que una parte de la ejecución del acuerdo estará basada en el resultado de una prueba pericial, normalmente en una cuantificación económica. Esta situación aunque posible, no es la más recomendable dada la incertidumbre del resultado de la prueba pericial, que podría volver a abrir la brecha de las diferencias. Normalmente las partes prefieren haber cerrado el tema económico y no dejarlo a una suerte incierta.

De esta manera el dictamen pericial cobra una enorme importancia en un proceso de mediación, no como imposición de solución si no como marco de negociación. No es necesario que la cuantificación del dictamen pericial sea la que se acuerde posteriormente dado que el proceso de mediación implica muchos acuerdos colaterales que también deben ser valorados, y cuyo valor es diferente para las partes. La carga emocional y la diferencia de valor de los elementos negociados por las partes permite permutar valores, plantear diferentes alternativas y alcanzar un acuerdo win-win en otro ámbito fuera de la transacción o acuerdo principal, donde las partes maximizan sus éxitos minimizando sus concesiones habida cuenta de la diferencia de valor que cada parte otorga a los elementos principales y accesorios negociados.

Cabe plantearse si el mediador puede hacer a sus veces de perito en el proceso. En opinión del autor se trataría de un gran error dado que la mediación está basada en que el mediador facilita un entorno en el que alcanzarse un acuerdo, pero no puede incidir sobre el mismo. Su imparcialidad, neutralidad y confidencialidad podrían quedar traicionadas en un dictamen pericial, por lo que es siempre recomendable e higiénico acceder a un perito tercero sin conocimiento del proceso. En todo caso sí podrá el mediador proponer un perito y realizar los trámites con éste por cuenta de las partes.

En cuanto a la elección del perito, cualquier profesional capacitado es válido. Sin embargo apuntar, no de forma excluyente ni restrictiva, la conveniencia de la elección de un perito

con experiencia mediadora, ya que dispondrá de unas habilidades importantes y acordes en procesos de esta naturaleza. En la vía judicial y en el arbitraje, el peritaje puede ser muy frío, ya que al final es el juez o el árbitro quien decide el laudo. En un proceso de mediación, cargado de un fuerte componente emocional, de sensibilidades y de sentimientos, donde alguna de las partes del conflicto puede estar en duelo y donde expresamente se busca que sean las partes las que alcancen un acuerdo, se necesita que la forma de relacionarse del perito con las partes y su dictamen lleven amplias dosis de asertividad intentando que no se pueda sentir herida ninguna de las partes, y que no se rompa el entorno de comunicación que ha creado el mediador. Ello se da especialmente en asuntos de familia o de la persona.



El encargo profesional requerirá en muchos casos que el perito actúe con esas habilidades del mediador, debiendo escuchar a las partes activamente y con empatía, para que tengan la sensación de que son escuchadas y comprendidas lo que permitirá que validen al perito, y permitiendo que éstas le comuniquen cómo ven el resultado de lo que ha de ser el dictamen. Ello no ha de afectar a la neutralidad, imparcialidad y profesionalidad del perito, pero si ha de ayudarle en la forma de

comunicar y explicar el dictamen a las partes, ya que tal como se ha dicho éste será parte importante de la mediación al establecer un marco de negociación.

Especialmente se da esta particularidad en la mediación facilitadora donde existe una gran carga emocional y el rol del mediador es especialmente facilitar la comunicación y negociación entre las partes, principalmente en asuntos de familia o de la persona.

Por último en la mediación evaluativa, el mediador toma un rol más activo aportando sus conocimientos y experiencia, centrándose más en el contenido y menos en la relación, asemejándose más a una conciliación, donde puede tener una mayor actividad en forzar la solicitud de una prueba pericial así como intervenir en su interpretación, en un entorno más frío, relativo principalmente a asuntos económicos de empresa o negocio. ■

Lo último para tu negocio... Estrena ahora nuestra nueva Web y Tienda online

Accede ahora a: www.wolterskluwer.es | <http://tienda.wolterskluwer.es>

Benefícate de los mejores descuentos, accediendo desde cualquier dispositivo.

Además, podrás **ganar un práctico curso de formación² online** a medida de tus necesidades.

Promoción válida desde el 4 de mayo hasta el 4 de junio.



¹ Hasta un 20% de descuento máximo, cursos sujetos a disponibilidad.

² Al realizar tu pedido de importe igual o superior a 60 € desde el 4 de mayo hasta el 4 de junio de 2015 a través de la tienda online <http://tienda.wolterskluwer.es> entrarás a participar en el sorteo de un curso de formación on line. El ganador podrá elegir entre varios cursos, el que mejor se ajuste a sus necesidades. Ver bases de esta promoción en la tienda online: <http://tienda.wolterskluwer.es> No acumulable a otras ofertas.