

Algunas reflexiones sobre la mediación – también en asuntos civiles y mercantiles.

30/01/2012



Por Marius Miro, socio experto en Arbitraje de Roca Junyent

1.- La mediación, quizá más que otros sistemas de “Resolución Alternativa de Conflictos” que evitan el litigio entre las partes con todos sus inconvenientes, ha tomado plena carta de naturaleza en el sistema anglosajón, lo está haciendo con fuerza en la Europa continental y llega irremisiblemente a nuestro Estado. Hay que tomársela en serio.

No obstante cabe constatar, entre nosotros, que existe aún un gran desconocimiento y por ello – sin duda por ello – no pocas reticencias. Permítasenos, por esta causa, un artículo más reflexivo sobre aquél y éstas, más sociológico, que fría y secamente expositivo de su regulación legal.

2.- La mediación no es ni se parece, ni cabe englobarla ni confundirla con la negociación. Presenta indudables diferencias y ventajas, y notables “ratios” de mayor éxito. En apretada definición introductoria, la mediación es un proceso y un sistema mediante el cual las partes son asistidas por un tercero – imparcial, neutral y con absoluto deber de confidencialidad - como interlocutor intermedio entre ambas, al que someten su discordia, los puntos esenciales de sus posiciones y los elementos, más o menos irrenunciables, de ellas, con el fin de que el mismo proponga una solución, que no han logrado – o no lograrán- mediante la negociación directa entre ellas, y cuya decisión debe ser luego aceptada libremente – o no – por las propias partes.

Es aquí, en esto – es decir: en el procedimiento o sistema de abordar el conflicto -, donde radica su mayor ventaja y lo que más la diferencia de la negociación. Por ello es un grave error confundirlas con ésta o creer no puede aportar nada diferente o mejor.

La utilidad y especificidad de la mediación se halla en el proceso mismo, en su mecánica, su modo de desarrollarse, la articulación misma del proceso mediador y en el modo en que se trata el problema (sin desprestigiar la habilidad, conocimientos y saber hacer del mediador). Debido a ello, en la mediación varía notablemente la postura, las actitudes y las prácticas que adoptan las partes respecto de la negociación.

En efecto, en primer lugar, la negociación se produce dentro del conflicto y desde el conflicto mismo. No se contempla el mismo desde un punto de vista superior y objetivo, que lo trascienda, y por lo tanto, a menudo no se consigue identificar la verdadera fuente o núcleo del mismo. En segundo lugar, como es obvio, en la negociación se toman posturas de fuerzas o propuestas de máximo como punto de partida; se cae en la técnica del “regateo”; se teme que la otra parte vea debilidades o prevea el grado de cesiones que pueden llegar a hacerse.

Ninguna de las partes puede ser absolutamente sincera respecto a sus fortalezas y debilidades, o hasta dónde puede o no ceder, como puede y debe serlo ante un mediador estrictamente confidencial. Nunca dirá sus verdaderos mínimos pues temerá con ello, la mayoría de las veces con razón, dar una sensación de debilidad frente a la otra que será aprovechada por ésta. Tampoco podrá o querrá desvelar hasta dónde está dispuesta a llegar, porque en una negociación esto ya es tomado como un máximo de concesión por la otra parte. En la negociación en general las partes suelen entender que lo que gana una lo pierde la otra (el resultado será pues de “suma cero”), frente a la solución o planteamiento “*win to win*” en el que pueden lograrse soluciones con creación de nuevo valor para ambas (lo que gana una no lo pierde la otra, sino que obtiene otra ganancia).

3.- En cuanto a su regulación, es fuerza mencionar la Directiva 2088/52/CE, sobre la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que la concibe como un sistema “dentro” del sistema de Administración de Justicia. No crean que faltan muchos días para ello. De directa aplicación en asunto transfronterizos, la Directiva ya a los Estados a fomentarla y garantizar que se lleve a cabo de modo eficaz, imparcial y competente.

Aunque en el nuestro declinó, por finalización de la legislatura, el Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles de ámbito estatal presentado en la anterior, la mediación llega a pasos agigantados. Así, existe ya una experiencia piloto entre los Juzgados de lo Mercantil de Bilbao con la Cámara de Comercio (que financia el Gobierno Vasco) y un Acuerdo entre el Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña y las Cámaras de Comercio para poner en marcha un servicio de mediación empresarial.

Y en el ámbito legislativo deben citarse las Leyes de mediación familiar de la mayoría de CCAA; y además: (i) la de mediación de la empresa familiar de Valencia, Ley 7/2001, de 26 de noviembre, (ii) la Ley Catalana 15/2009, de 22 de julio sobre mediación en (todo el) Derecho Privado y la de Mediación de Cantabria, Ley 1/2011, de 28 de marzo.

Por fin, como leyes sectoriales de ámbito estatal Ley de Mediación de seguros y reaseguros privados ([Ley núm. 26/2006 de 17 de julio](#)) y el curioso artículo 13 de la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de Contratación, permitiéndola al [Registrador Mercantil](#).