

CAPÍTULO 15

Mediación civil y mercantil

6000

SUMARIO		
A.	Generalidades	6010
B.	Principios informadores	6070
C.	Compromiso de mediación	6125
D.	Partícipes en la mediación	6170
	1. Las partes	6175
	2. Mediador	6185
	3. Abogados	6225
E.	Procedimiento	6235
	1. Inicio	6240
	2. Desarrollo	6285
	3. Finalización	6320
	4. Acuerdo de mediación	6340
F.	Mediación y proceso judicial	6410
G.	Mediación por medios electrónicos	6425
H.	Instituciones de mediación	6430

A. Generalidades

6010

La mediación es un método de resolución de conflictos de carácter voluntario, fundamentado en la participación de un **tercero** imparcial e independiente ómediadoró, para facilitar el proceso de comunicación y negociación entre las partes con fin de que lleguen a un acuerdo, y sin que el mediador pueda tomar decisiones que sean obligatorias para las partes.

Como método de resolución de controversias, la mediación puede utilizarse en todas las áreas y actividades donde existan conflictos.

En España están particularmente desarrolladas la mediación **familiar** y la mediación en el campo **laboral**, en las cuales existen mediadores profesionales de gran experiencia y valía.

A éstas áreas de mediación, se incorpora por trasposición de la normativa europea, la mediación en su vertiente **civil y mercantil**, recogida hoy por la L 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

6012

Aunque la mediación tiene, con carácter general, una estructura metodológica y funcional básica, la actividad de mediación en las distintas áreas (familiar, social, laboral, penal, civil y mercantil, etc.) presenta características propias, generadas por la diferente tipología de intereses y marco jurídico en el que la controversia se desenvuelve.

Este capítulo se dedica a considerar la mediación en su ámbito civil y mercantil. En adelante cualquier referencia a mediación se entenderá, salvo que del texto se derive lo contrario, realizada exclusivamente a la mediación en su vertiente de resolución de conflictos de naturaleza civil (contractual o responsabilidad extra contractual) y mercantiles.

Observaciones

Es evidente que un conflicto en cuestión de divorcio, con cuestiones de derecho de familia, es muy diferente de una controversia contractual entre dos empresas por un contrato de distribución, o de una mediación entre un agresor y su víctima.

Normativa

6015

El marco normativo parte de la Dir 52/2008/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21-5-08, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Precisiones Señala la Dir 52/2008/CE que «La mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes. Estos beneficios son aun más perceptibles en situaciones que presentan elementos transfronterizos» (Considerando (6)).

6016

La Dir 52/2008/CE establece que sus disposiciones sólo se refieren a los procedimientos de mediación en **litigios transfronterizos**, sin que haya impedimento a que los Estados miembros las apliquen a procedimientos de mediación de carácter nacional.

El Estado español ha traspuesto la Dir 52/2008/CE con carácter general tanto a los procedimientos transfronterizos como a los nacionales.

La trasposición de la Dir 52/2008/CE se materializó inicialmente en el RDL 5/2012, de mediación de asuntos civiles y mercantiles, que fue derogado y sustituido por la L 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, cuya regulación es objeto de análisis en el presente capítulo.

Precisiones La L 5/2012 prevé en su disposición final octava la posibilidad de un **desarrollo reglamentario** relativo a:

- ó la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley a los mediadores y a las instituciones de mediación, así como su publicidad;
- ó la creación de un Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, dependiente del Ministerio de Justicia y coordinado con los Registros de Mediación de las Comunidades Autónomas;
- ó la duración y contenido mínimo de los cursos que con carácter previo deben realizar los mediadores, así como su formación continua; y
- ó el alcance de la obligación de aseguramiento de la responsabilidad de los mediadores.

A fecha de cierre de esta edición, el Gobierno no se ha aprobado reglamento alguno, si bien existen dos **proyectos** de Real Decreto, el primero desarrollando la Ley en materia de formación, registro y aseguramiento de la responsabilidad profesional de los mediadores, y el segundo regulando el desarrollo de la mediación por medios electrónicos. Dado que ambos proyectos se encuentran en fase de elaboración, y por tanto son susceptibles de cambios no se toman los mismos en cuenta a los efectos de este capítulo.

Ámbito de aplicación de la L 5/2012 (L 5/2012 art.2 y 3)

6020

La L 5/2012 es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles y mercantiles, incluso los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no están a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable.

Precisiones 1) Tienen carácter de **transfronterizos** aquellos conflictos en las que al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto al de cualquiera de las otras partes cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a la misma en virtud de ley aplicable. También lo son los conflictos previstos o resueltos por acuerdo de mediación, cualquiera que sea el lugar que se haya realizado, cuando como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, se pretenda ejecutar en territorio de un Estado distinto.

2) En los litigios transfronterizos entre partes que residen en distintos Estados miembros de la Unión Europea, el **domicilio** se determina de conformidad con el Rgto CE/44/2001 art.59 y 60, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

6022

La L 5/2012 es aplicable, en defecto de sometimiento expreso o tácito, cuando al menos una de las partes tiene su domicilio en España y la mediación se realiza en territorio español.

Están **excluidos** del ámbito de aplicación de la L 5/2012:

- ÉLa mediación penal.
- ÉLa mediación con las Administraciones públicas.
- ÉLa mediación laboral.
- ÉLa mediación en materia de consumo.

Hitos contractuales de la mediación

6025

El procedimiento de mediación estándar queda configurado por los siguientes hitos de carácter contractual; es decir, hitos en los cuales puede existir un contenido normativo acordado entre las partes y requiriendo la manifestación de voluntad de todas las partes:

1. **Compromiso de mediación.** Denominamos compromiso de mediación al pacto contractual óya sea como cláusula específica en un contrato, ya sea como un contrato independiente, por el que las partes acuerdan intentar resolver mediante la mediación uno o varios conflictos. Este compromiso puede referirse a un conflicto específico o a un espectro más amplio de controversias, y en ambos casos tanto en relación a conflictos existentes o a conflictos que puedan surgir en el futuro.

Observaciones

Se utiliza el término compromiso de mediación para **distinguirlo** de:

ó el término utilizado por la L 5/2012 para el acuerdo transaccional resultado de la mediación, y que denomina acuerdo de mediación; y

ó el contrato de mediación término utilizado ocasionalmente para referirse al contrato de servicios a suscribirse por el mediador y las partes.

6027

2. **Acta inicial o constitutiva.** El procedimiento de mediación comienza con una sesión constitutiva, de la que se levanta acta en la que se recogen diversos aspectos de la mediación, tales como objeto del conflicto, duración, programa de actuaciones etc., que definen con mayor detalle aspectos de la mediación no acordados previamente por las partes en el compromiso de mediación u otro acuerdo. Ver **nº 6265**.

3. **Acuerdo de mediación.** El acuerdo de mediación es el documento en el que las partes detallan los acuerdos que han alcanzado en relación a las controversias objeto de la mediación, y que pueden alcanzar a la totalidad de las mismas, o a una parte. Ver **nº 6340 s**.

Adicionalmente, se resalta que las partes deben firmar un **contrato de servicios** con el mediador regulando los derechos y obligaciones de las partes y el mediador en relación con la mediación. Ver **nº 6200**.

Precisiones La L 5/2012 prevé el cierre de la mediación con un **acta final**, que no incluimos como hito contractual dado que no requiere la voluntad de las partes para su emisión necesariamente. Ello no obstante, ver **nº 6330**, sobre la discusión sobre la problemática contractual del acta final que recoge puntos de acuerdo con el consentimiento de todas las partes.

Descripción introductoria de una mediación

6030

El procedimiento de mediación se caracteriza por involucrar en una disputa a un tercero ajeno a la misma, el mediador, que facilita e impulsa la **negociación**, sin capacidad para obligar a las partes involucradas con la finalidad de conseguir un acuerdo negociado por las partes óes decir, no impuesto por el tercero, que resuelva satisfactoriamente el conflicto.

Si bien las partes y el mediador son libres de diseñar el proceso como consideren conveniente ósalvo la necesidad de observar determinados principios establecidos en la L 5/2012 de carácter imperativo ó, el procedimiento puede describirse en función de unos hitos generales que examinamos a continuación de manera resumida.

En general, el procedimiento de mediación estándar suele tener una **duración** de unos quince días. En éste periodo, las partes designan al mediador y remiten al mismo un dossier informativo. Tras consultar con las partes, el mediador cita a las mismas en un plazo de siete a diez días, y la mediación suele producirse en un día.

Las **etapas** específicas del proceso pueden describirse de la manera que se expone a continuación.

Elección del mediador

6033

La designación del mediador es importante si la intención de las partes es aprovechar la mediación al máximo como oportunidad para solucionar el conflicto.

Las partes deben entrevistarse con el potencial mediador o mediadores con antelación, asegurándose de su **experiencia e idoneidad** para mediar su caso.

Una vez designado, las partes suscriben un **contrato de servicios** de mediación con el mediador, detallando, entre otras cuestiones, plazos de la mediación, obligaciones de confidencialidad y costes.

Actos preliminares

6035

El mediador contacta con las partes y/o, sus abogados para comenzar a establecer una relación y tomar conocimiento inicial de los detalles del conflicto.

Si hay problemas preliminares (p.e., disponibilidad de las partes, o cualquier otro obstáculo) el mediador ha de intentar identificarlos y resolverlos.

Se fija un **calendario** tentativo.

Dossier informativo

6036

El mediador solicita un dossier informativo a cada una de las partes, detallando su posición.

El dossier establece la base del conflicto, y sirve de **guía** para las negociaciones.

Conversaciones/reuniones previas

6037

Recibidos y analizados los documentos anteriores, el mediador confirma con las partes/abogados el día de la mediación.

Ocasionalmente alguna parte puede solicitar una reunión previa con el mediador, que puede celebrarla si la contraparte no manifiesta oposición.

Reunión para la mediación

6039

La sesión de mediación se suele celebrar mediante reuniones colectivas (mediador conjuntamente con todas las partes) e individuales (mediador con una de las partes individualmente).

En la sesión **inicial** el mediador identifica a las partes y explica el procedimiento a seguir.

Una vez realizada la presentación, la regla general es solicitar que cada parte haga una **exposición** somera de su posición.

Finalizadas las exposiciones iniciales, las partes pueden seguir analizando y comentando mientras el mediador y/o las partes consideren que es positivo.

6040

En las fases posteriores ó informativa, negocial y de **cierre de ofertas**, el mediador hace uso de reuniones conjuntas y por separado según considere más apropiado, sin perjuicio de que las partes pueden siempre alterar el procedimiento y determinar ellas mismas el formato preferido.

La fase de ofertas finaliza con un acuerdo, total o parcial, o con un reconocimiento de que no es posible llegar a un acuerdo en éste momento.

De la sesión final se redacta un **acta final**, que recoge puntos de acuerdo si los hay.

Con posterioridad, las partes pueden firmar, en su caso, el acuerdo de mediación.

Por qué funciona la mediación

6045

Muchos ejecutivos, empresarios y abogados son expertos negociadores. Gracias a esta capacidad de negociación, gran número de conflictos son resueltos sin recurrir a los Tribunales. En aquellas ocasiones en que sus esfuerzos no logran alcanzar el acuerdo, ¿podrá conseguirse algo más en una mediación? En otras palabras, ¿Por qué funciona el procedimiento de mediación cuando no se llega a un acuerdo en la negociación usual?

La cuestión radica en que la **estructura del procedimiento** de mediación es diferente al esquema de negociación entre partes. Esta diferencia se materializa en dos elementos distintos:

ó el procedimiento de mediación modifica el formato tradicional de negociación dual, para convertirlo en un proceso dirigido a tres bandas; e

ó introduce un elemento nuevo clave en el proceso: el mediador, un tercero independiente que aporta experiencia profesional y dispone de técnicas y herramientas que no están al alcance de los negociadores.

6047

El conflicto, en su versión más simple, enfrenta a dos partes con pretensiones opuestas.

En el proceso de negociación, las partes intentan llegar a un acuerdo que ponga fin a la disputa y, simultáneamente, satisfaga sus pretensiones.

Existen dos **estrategias básicas de negociación**:

ó la negociación posicional (*positional negotiation*); y

ó la negociación de intereses (*principled negotiation*).

6048

Observaciones

1) La **negociación posicional** ó probablemente la más generalizada, tiene un carácter marcadamente más agresivo, en el cual cada parte busca el acuerdo como una victoria sobre el otro, influido por el principio de «suma cero» (lo que gana uno lo pierde el otro, de tal manera que la suma conjunta de lo obtenido por cada parte en la negociación resulta en cero). En el contexto de esta estrategia, es usual que las partes tomen una posición de salida extrema: el que

reclama pide en exceso, y el demandado no sólo rechaza la pretensión, sino que suele reconvenir, incrementando el riesgo de la contraparte para negociar.

Durante las siguientes sesiones, las partes negocian, justificando su posición, descalificando la del contrario, amenazando en ocasiones con abandonar la negociación, y haciendo pequeñas concesiones que van acercando a las partes. El acuerdo suele alcanzarse en algún rango cercano al centro de las posiciones iniciales.

En numerosas ocasiones, la negociación posicional suele generar en las partes la sensación de que han finalizado un enfrentamiento hostil.

2) En contraposición a la negociación posicional, se desarrolló la teoría de la **negociación de intereses**. Esta negociación busca alcanzar un acuerdo que satisfaga los intereses de ambas partes, teniendo en cuenta todas las posibilidades existentes para obtener beneficios recíprocos. La negociación de intereses se apoya en cuatro principios:

ó Diferenciar las personas del problema.

ó Centrarse en intereses, no en posiciones.

ó Identificar opciones que sean beneficiosas para ambas partes.

ó Aplicar criterios objetivos.

Busca aplicar a las negociaciones criterios objetivos, evitando demandas puramente subjetivas, y justificando de forma contrastada las reclamaciones realizadas.

6050

Este esquema dual de negociadores enfrentados se modifica sustantivamente en el procedimiento de mediación, donde se incorpora un **tercero** que asume una posición activa en la mesa de negociación. La aparición de un tercero afecta la situación de forma inmediata, influyendo en los flujos de comunicación, el impacto de lo comunicado, la dirección de las negociaciones y los objetivos en juego.

Así:

Él mediador es un tercero **independiente y neutral**, y sus afirmaciones y evaluaciones se reciben con una dosis de escepticismo muy inferior a la conferida a las manifestaciones de la contraparte. Ello convierte al mediador en un valioso canal de comunicación.

Él las partes se encuentran en un proceso que controlan, pero que está dirigido por un tercero. Se produce una **transferencia de responsabilidad** relativa por la marcha y velocidad del proceso hacia el mediador.

Él el mediador dispone de técnicas y herramientas para mantener la negociación y evitar **bloqueos** que los negociadores de parte no disponen.

Él el flujo de comunicación ya no se produce necesariamente entre las partes. El mediador puede sugerir mantener a las partes en salas separadas, trasladando oralmente las propuestas y comentarios. Por tanto, el mediador matiza y dosifica la **información** y el desarrollo de las conversaciones.

Él las partes pueden comunicar **información** de carácter **confidencial** al mediador, que permite a éste tener una visión mayor de la complejidad del problema y de las posibles soluciones que cada parte pueda sugerir.

6052

Él el mediador tiene un **objetivo** diferente al de las partes: mientras que éstas buscan el mejor acuerdo para cada una, el mediador tiene por tarea alcanzar un acuerdo satisfactorio para ambas partes.

Él el tercero, en su calidad de independiente y neutral, puede ayudar a las partes a confeccionar **ofertas** más realistas, revisando con cada una los fundamentos de las que se vayan a realizar (p.e., aplicando criterios de objetividad o pragmatismo).

Él finalmente, vale la pena señalar que un mediador puede dirigir las partes a una **negociación** más **coherente** con los verdaderos intereses de las partes, que incluya revelación de información que de otra forma quedaría oculta y que puede ayudar a entender/resolver el conflicto.

Aplicación práctica de la mediación

6055

Por regla general, conviene iniciar una mediación **lo antes posible** en el desarrollo del conflicto. Cuanto antes se pueda llegar a un acuerdo, menos costes, tiempo y malestar con la contraparte se ocasionarán.

Durante el desarrollo del conflicto, las posturas de las partes se endurecen progresivamente. Se va generando una idea de que la posición asumida es irrenunciable, aceptando la necesidad de incurrir en costes legales.

El aumento progresivo de **costes** incurridos va dificultando un acuerdo con la contraparte que implique una renuncia a recuperar los mismos.

6057

Dicho lo anterior, iniciar una mediación de forma prematura tampoco es recomendable: en algunas disputas es necesario esperar a que se produzca algún evento que materialice el conflicto, o recabar más información ó incluso esperando hasta recibir la demanda o contestación. que permita determinar la dimensión de la disputa y el espectro de soluciones.

Hay ocasiones en las cuales claramente **no interesa iniciar** una mediación:

Él Si las negociaciones entre los equipos de cada parte están resultando efectivas.