

La mediación: alternativa de resolución de conflictos civiles y empresariales

by Redaccion - Lunes, agosto 13, 2012

<http://www.diariojuridico.com/actualidad/economia/la-mediacion-alternativa-de-resolucion-de-conflictos-civiles-y-empresariales.html>



Por Jose Enrique Rovira y Carlos Canga. Socio y Supervisor de Accuracy

Continuando con la profunda línea reformista mostrada por el actual ejecutivo, iniciada no obstante en este tema, por los gobiernos que le precedieron, el pasado 5 de marzo se procedió a la aprobación, mediante Real Decreto, de la nueva Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles.

De forma muy esquemática podemos definir la mediación como un mecanismo de resolución alternativa de conflictos civiles o empresariales (quedando, por tanto, excluidos otro tipo de litigios como los de carácter penal o laboral) por el cual las partes interesadas buscan lograr un acuerdo mediante la intervención de un tercero experto -el mediador- el cuál acompaña y asesora –que no decide- a lo largo de todo un proceso, a través del que se intenta llegar a un solución consensuada. Este acuerdo podrá tener carácter ejecutivo mediante su protocolización ante notario en escritura pública firmada por las partes.

Esta nueva norma responde no sólo a la necesidad de adaptar la legislación española a la normativa europea -en concreto a la Directiva 2008/52/CE- sino también busca dar respuesta a la creciente demanda de la sociedad civil española de un sistema de resolución flexible de conflictos civiles y mercantiles frente a los instrumentos ya existentes (procedimientos judiciales y/o de arbitraje). Resulta enriquecedora, además, en cuanto que refleja, no sólo los aspectos más importantes y útiles del derecho comparado (recuerden la figura del “conciliateur” francés), sino que recoge también algunos de los usos y costumbres más arraigados de la cultura española, que va desde la figura del amigable componedor a los tribunales consuetudinarios y tradicionales para la resolución de cuestiones de diversa índole.

Desde un punto de vista empresarial, esta norma nos resulta especialmente relevante por su intención manifiesta de crear una herramienta flexible a la hora de poner fin, de forma consensuada, a situaciones

encontradas entre empresarios. La adopción de esta normativa encaja aún más, si cabe, con las nuevas necesidades que imperan en la economía, esto es, la adaptabilidad a las circunstancias, o la rapidez y agilidad en los procesos, entre otras.

En nuestra opinión, la nueva norma exigirá un cambio significativo en la cultura empresarial española, caracterizada por el uso y abuso de los procedimientos judiciales y arbitrales, considerados hasta ahora las únicas vías válidas de resolución de conflictos entre partes. Las empresas más dinámicas y adaptables deberían asumir la mediación como el instrumento principal para la resolución de sus conflictos, como ya se hace en otros países, permitiendo ahorrar tiempo, recursos económicos y ganar adaptabilidad en un mundo económico-empresarial extremadamente dinámico.

Entre las ventajas más importantes que la nueva norma aportaría al sector empresarial español podemos destacar: i) la voluntariedad de las partes, como eje principal de la mediación, y por encima del resto de las consideraciones, ii) la profesionalidad y experiencia, en cuanto que se trata de un proceso dirigido, que no protagonizado, por profesionales cualificados y con conocimientos específicos en el sector en el que se ha producido la controversia -tanto las partes como el mediador-, iii) la flexibilidad, en cuanto que se eliminan los formalismos procesales, tan empleados en exceso y que no responden al entorno empresarial dinámico y cambiante actual, para centrarse directamente en el asunto de fondo, iv) la búsqueda activa de una solución que satisfaga a ambas partes, evitando la frustración derivada de una sentencia (o laudo, en su caso) desfavorable de un proceso judicial o arbitral y v) la rapidez, en cuanto que debería ser significativamente fácil llegar a una solución pactada, y consecuentemente, redundar positivamente en el coste del proceso y su control desde el inicio del proceso.

Sin embargo, tras el examen de la norma aprobada y la lectura de las opiniones sobre la misma vertidas por expertos juristas, nos surgen una serie de cuestiones que, desde un punto de vista empresarial, entendemos que necesitarán de un seguimiento cercano en el desarrollo reglamentario de la misma.

Desde nuestro punto de vista, sería necesario definir de forma clara los requisitos para ser mediador y el rol que éste debe cumplir en un proceso de mediación. La nueva ley enuncia la formación que éste debe presentar y se refiere textualmente en el artículo 11.2 a que el mediador “(..) deberá contar con una formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas”. Sin embargo, nada más se concreta, por lo que se hace necesario esperar a un desarrollo reglamentario que, en nuestra opinión, debería evitar los vicios de anteriores normas sobre cuestiones similares, que descansan en la autorregulación a partir de colegios y corporaciones.

Además, esta exigencia de una determinada formación no es gratuita pero, sin embargo, no parece la solución definitiva ya que, como suele ocurrir normalmente en el mundo empresarial, es el mercado el que debe definir y exigir al mediador una serie de aptitudes profesionales válidas para la resolución de conflictos.

En este punto es importante resaltar algunos otros aspectos fundamentales alrededor del ejercicio de la mediación, como son la independencia y ausencia de conflictos de interés, y la experiencia real (probada y del conocimiento del sector, e incluso del funcionamiento del mundo de los negocios). Sí nos parecen adecuados los juristas y abogados como “players” para liderar procesos de mediación, por su profundo conocimiento del mundo jurídico, siempre que sean capaces de abstraerse de una excesiva cultura

procesalista (en su sentido peyorativo), y que sepan completar su menor formación financiera.

Por el contrario, sólo parece campo para las grandes firmas multidisciplinarias de servicios, siempre que se produzca la involucración directa del socio, y reforzando al extremo sus controles para evitar sus ya conocidos problemas de frecuentes conflictos de interés, y por no tener cabida la asignación de equipos profesionales de composición piramidal (con reducida experiencia en la base), en cuanto que el esfuerzo de la mediación recae sobre la persona física designada para ocupar la posición de mediador.

Por otro lado, dada nuestra experiencia en el sector de litigios y procesos arbitrales entre empresas nos surgen dudas sobre la posibilidad de que pudieran darse determinadas circunstancias en las que, tras la firma de un acuerdo de mediación y su elevación a escritura pública, una de las partes continuara reclamando parte de las cantidades afectas al contencioso por la vía judicial porque considere que el acuerdo de mediación no cubre efectivamente la totalidad del daño causado.

Esta posibilidad, lícita en cuanto que supone una garantía de la defensa de los derechos civiles del ciudadano hasta sus últimas consecuencias, podría mermar la credibilidad del resultado de la mediación. Ésta situación podría complicarse, aún más en la práctica, en un estado de pre-concurso y su difícil encaje con la Ley Concursal.

En conclusión, estamos ante una magnífica oportunidad para cambiar la mentalidad de nuestro sector empresarial, asemejándola al de la cultura anglosajona, ampliamente adaptada a este tipo de procesos. Sin embargo, habrá que ser cuidadosos en la aplicación real de la norma, haciendo especial hincapié en la figura del mediador, cuyo perfil deberá ser identificado como el de un profesional experto en la resolución de conflictos de carácter empresarial, con elevada formación financiera y legal. En definitiva, esperamos que esta herramienta pueda contribuir positivamente al dinamismo de nuestra economía, aspecto que, en la actualidad, resulta imprescindible, dadas las delicadas circunstancias en las que nos encontramos, y que no quede en un mero manifiesto de buenas intenciones.