

Reflexiones sobre la Ley de Mediación: (II), José Antonio Caínzos, socio director procesal de Clifford Chance

by Redaccion - Miércoles, marzo 28, 2012

<http://www.diariojuridico.com/opinion/reflexiones-sobre-la-ley-de-mediacion-ii-jose-antonio-cainzos-socio-director-procesal-de-clifford-chance.html>



¿Mediación? Sí, gracias

Desde el 7 de marzo de 2012 la mediación en asuntos civiles y mercantiles existe en España, de acuerdo con el BOE de 6 de marzo anterior que, publica el Real Decreto-Ley 5/2012 (RDL). La publicación de esta importante norma suscita muchas preguntas. Vamos a abordar sólo algunas de ellas, dejando los detalles de la regulación para otro momento.

¿Hasta ahora no había mediación en España? La respuesta es que sí.

Como herramienta que "está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución de un conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto" (Exp. de Motivos I del RDL), no precisa de una regulación normativa sino que depende de la voluntad de las partes en conflicto que pueden decidir en cualquier momento acudir a ella.

De hecho hace años que viene siendo no tan infrecuente encontrar cláusulas de resolución de conflictos en contratos de cierta envergadura o con empresas anglosajonas involucradas que contienen cláusulas de mediación. Normalmente esta figura aparece como paso previo a la vía judicial o, sobre todo, al arbitraje

. Suele haber dos opciones: se establece la obligación de las partes de negociar de buena fe para alcanzar una solución amistosa, con o sin la intervención de un tercero. Si no existe un tercero "que es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes" (Exp. de Motivos III del RDL), no hay mediación. Si existe esta figura, la del mediador, sí hay mediación.

Además, desde el 21 de mayo de 2011 España estaba obligada a incorporar a su ordenamiento jurídico la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. La Directiva sólo regula la mediación en

litigios transfronterizos. En tales casos, por tanto, los ciudadanos hubieran podido invocar la eficacia directa de las Directivas no incorporadas a los derechos nacionales después de transcurrido el plazo establecido en ellas a tal efecto.

La sociedad civil, por su parte, casi siempre más eficiente que los Gobiernos y Parlamentos en buscar soluciones a los problemas, había interiorizado ya la utilidad de la mediación en ciertos ámbitos. Un ejemplo de ello lo encontramos en instituciones como el Instituto de Empresa Business School que tiene desde hace años un Centro de Negociación y Mediación.

¿Qué cambió, entonces, con la aprobación del RDL de Mediación? Varias cosas.

En primer lugar que España cuenta, por primera vez en su historia, con una norma que regula esta materia.

En segundo lugar que nuestro país cuenta con una regulación que va mucho más allá de lo que la Directiva europea exigía, porque no sólo abarca los conflictos transfronterizos sino cualquier mediación en asuntos civiles o mercantiles cuando al menos una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación tenga lugar en nuestro país. Además, el contenido del RDL español es mucho más completo que la Directiva.

En tercer lugar, que España, al igual que ocurriera en 2003 en sede de arbitraje, ha seguido en gran medida las recomendaciones de la CNUDMI, adoptando muchos de los criterios recogidos, en este caso, en la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de 2002 (sin olvidar que en este texto internacional el término "conciliación" incluye el de "mediación" porque se refiere a todo procedimiento que no escapa al control de las partes y se lleva a cabo con la asistencia de por lo menos un tercero neutral).

En definitiva hemos escapado felizmente a la tentación de reinventar la rueda.

En cuarto lugar, que disponemos de una norma que previsiblemente gozará de amplio consenso, lo que es garantía de larga vida, porque el actual RDL es muy similar al Proyecto de Ley que había preparado el Gobierno anterior y que caducó por la disolución de las Cortes Generales en 2011. Es cierto que hay algunas diferencias de cierto calado (el reforzamiento del principio de voluntariedad, la referencia a la declinatoria, la inexistencia de acción de anulación, por citar tres ejemplos en que pueden encontrarse modificaciones en el RDL frente al Proyecto de Ley de 2011) pero la esencia es la misma.

En quinto lugar contamos ya con un instrumento de solución de controversias en el que la premisa es que alcanzar un acuerdo no es obligatorio, pero en el que el acuerdo alcanzado voluntariamente podrá convertirse, mediante su elevación a escritura pública, en título ejecutivo, cuya ejecución podrá instarse ante el Tribunal competente.

¿Será la mediación la solución para evitar el atasco judicial? Con toda seguridad, no.

Con frecuencia ocurre que se elude a los medios alternativos de resolución de conflictos como una panacea universal para poner fin a los endémicos retrasos judiciales derivados, entre otras causas, del elevadísimo nivel de litigación que existe en España.

Este tipo de planteamientos puede conducir fácilmente a la frustración cuando, tras un tiempo, se comprueba que el milagro no se ha producido y puede cometerse el error de criticar a la institución (léase el arbitraje o la mediación). Al ser un mecanismo voluntario las partes acudirán a él sólo si lo consideran conveniente, lo que, sin duda, evitará algunos pleitos pero no la gran mayoría de los que hay entran en nuestros órganos judiciales. El atasco, pues, no desaparecerá porque exista la mediación.

Eso no significa que la mediación no deba existir. Muy al contrario, la mediación es un instrumento válido y útil para resolver civilizadamente conflictos, que será efectivo en la medida en que haya buenos mediadores (y eso no se improvisa) y, sobre todo, en la medida en que se cree una cultura de búsqueda de acuerdos que hoy dista mucho de existir. Sólo cuando veamos el litigio judicial o arbitral como el último medio al que acudir y no como el primero, podrán cambiar las cosas. Pero eso no se cambia a golpe de BOE ni de un día para otro. Mientras llega ese día, bienvenida sea la mediación, descubramosla, confiemos en ella y convenzámonos de que la mediación ha venido para quedarse y para ayudarnos. Con toda seguridad.