

## INFORME QUE EMITE LA COMISIÓN JURÍDICA SOBRE LA MEDIACIÓN

### Y COLEGIOS DE ABOGADOS

#### 1) Sentido de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y su potenciación y aplicabilidad en el ámbito de los Colegios de Abogados.

Las tareas de asesoramiento en Derecho, connaturales a la profesión de abogado, hallan su lógica y fundamento en la prevención, evitación o resolución de conflictos. Las relaciones personales o las contractuales han constituido tradicionalmente una fuente de derechos y obligaciones en las que puede surgir el conflicto de forma común. En definitiva, todo el ámbito de las relaciones jurídicas no puede dejar de ser una excepción a una regla común: donde surge el conflicto, la figura del abogado cobra toda su significación.

Pues bien, la institución de la mediación es igualmente connatural al conflicto: surge preventivamente como un mecanismo de resolución de tales conflictos. Existen otros medios de resolverlos, pero concluiremos (y aquí la conclusión se avanza ya desde el principio) que puede resultar uno de los mecanismos más recomendables para la evitación del litigio.

La misión principal de este estudio consistirá no ya solo en recordar (que también) las nuevas oportunidades de la mediación para los abogados sino, sobre todo y debido a su inequívoca conexión colegial, las oportunidades que brindan las instituciones de mediación para los Colegios, siempre dentro de la búsqueda de nuevas líneas de trabajo para una profesión que se reinventa continuamente, debiendo reinventarse en la misma línea las instituciones que aglutinan a los abogados, porque solo en tal coordinación de intereses hallarán su futuro y motivación.

La Ley 5/2012, de 6 de julio reconoce al mediador como pieza fundamental en la práctica de la actividad mediadora, abordando a través de su disposición final tercera la reforma de un buen número de artículos de la LEC (Ley 1/2000 17 de enero), lo que trae derivadamente como consecuencia el reconocimiento de la actividad del abogado dentro del proceso, quedando así convertido en garante de los derechos de las partes en conflicto.

A la prevención y solución de conflictos se han dedicado una serie de mecanismos y procedimientos que, más allá del ámbito jurisdiccional aunque directamente conectados al mismo, pretenden solventar tales problemas. Nuestra intención es analizar la mediación como ejemplo de herramienta jurídica externa al puro proceso jurisdiccional en un entorno socioeconómico que, progresivamente, parece tender cada vez más al empleo de este tipo de soluciones.

Lo que sigue es el resultado de nuestro trabajo.

## **2) El origen de la mediación y su entronque con la abogacía.**

Hace casi un siglo que la figura de la mediación cobra un papel que progresivamente la acerca cada vez más al mundo de la abogacía y sus Colegios.

Será tras la gran depresión de 1929 en Estados Unidos (posteriormente exportada a Europa) cuando, con la aparición de millones de parados y en un entorno jurídico de gran desprotección de los trabajadores frente a las empresas que propició una grave situación de alteración social, surge la doctrina del New Deal en los años 30 del pasado siglo. Concebido como un conjunto de medidas para superar la crisis, uno de los recursos jurídicos clave de esta orientación política es la mediación: en el entorno protector de la Social Security Act (de 14 de agosto de 1935) y la National Labor Relations Act (de 5 julio de 1935) se impulsó la mediación laboral, siendo tales normas el origen de los mecanismos de resolución de conflictos en la forma más parecida a la actual.

Partiendo de la idea de que una pura aplicación mecánica de las leyes por parte de los jueces propiciaba un gran distanciamiento entre el Derecho y la sociedad, unido todo ello al espíritu excesivamente individualista y competitivo del common law y de su forma de regular el proceso judicial, y añadido al desinterés de los jueces por los problemas de las personas, se postula una nueva concepción del Derecho concebido como un instrumento al servicio de la sociedad.

Fueron creadas para ello múltiples instituciones del poder público que presentaban la singularidad –y ahí estaba la trascendental novedad- de que podían resolver los conflictos surgidos en el ámbito de su competencia sin necesidad de acudir a los tribunales. La mediación surge como instrumento alternativo que permite resolver disputas de forma autónoma, sin la exigencia de un poder externo a los implicados y con la posibilidad última de acudir a él en todo caso.

Esta búsqueda de la paz social fue igualmente objeto de interés continuo durante el posterior período de la II Guerra Mundial, puesto que se demostraba que la mediación era el mecanismo ideal para mantener en la retaguardia la producción fabril imprescindible para el esfuerzo bélico sin entorpecerse con enfrentamientos o problemas y sin tener que imponer coactivamente una solución judicial. Todo ello suponía en definitiva una presencia continuada y sostenida en el tiempo de agencias mediadoras de conflictos laborales en el marco de las negociaciones colectivas.

Se deduce de toda esta apretada evolución una característica fundamental común a todas las mediaciones: hallan su origen en relaciones personales complejas, caracterizadas por ser de larga duración y necesitar por ello de una verdadera solución sin vencedores ni vencidos.

De ahí a extender el fenómeno fuera de ese ámbito bastaba un simple salto.

En el conflictivo contorno de los años 60 norteamericanos será la Civil Rights Act de 2 de julio de 1964 la que potencie nuevamente (ahora en un entorno de enfrentamiento interracial y de quiebra

de derechos fundamentales) la figura de la mediación como superadora de los problemas del nuevo Estado.

En los casos de presuntas discriminaciones por razón de raza, sexo, religión, nacionalidad, edad o discapacidad en las relaciones entre empresarios y trabajadores, si se comprobaban la veracidad de las mismas, un organismo público remitía los casos a mediación. Sólo si el asunto no llegaba a ser resuelto por esta vía, se prevenía el planteamiento del supuesto ante los tribunales. Evidencia así la mediación una capacidad de adaptación todoterreno en el ámbito de las relaciones duraderas con conflictos. No basta con solventar el supuesto dando la razón a uno u otro de los intereses enfrentados: hay que construir el futuro de la relación.

### **3) Fundamentos internacionales actuales de los sistemas alternativos de resolución de conflictos.**

Será finalmente (y de ahí vendrá el nombre de ADR que ha hecho fortuna) la *Alternative Dispute Resolution Act* de 30 de octubre de 1998 la norma legal estadounidense que obliga a todo Tribunal Federal de Distrito a la inclusión de un programa de ADR precisamente –obsérvese el progresivo calado para nuestro enfoque colegial- para evitar la judicialización de procesos que por definición, eran completamente informales y flexibles. Junto a ellos otros entendían que existían determinadas garantías que, efectivamente, debían ser reguladas, como la confidencialidad, la neutralidad, y la formación y cualificación del mediador. También observaremos como todos estos elementos encajan y son llevados a la última regulación interna a la que más adelante se hará cumplida referencia. Y como enlazan con facilidad con funciones que son naturalmente asumidas por los Colegios de Abogados.

Con evidente diferencia entre mecanismos de resolución de conflictos en el seno del Common Law frente al sistema continental, el denominado “*movimiento ADR*” consiguió expandirse por los demás países del *common law*, una vez consolidado en EEUU. Así ocurrió en Australia, en Canadá y en el

Reino Unido. Su implantación en estos sistemas procesales, fue lógicamente mucho más fácil que su ulterior instauración en los ordenamientos procesales del sistema continental.

Tiene ello mucho que ver con que los sistemas anglosajones son más flexibles y antiformalistas, constituyendo un ámbito jurídico natural donde la mediación destaca como mecanismo de acercamiento y composición de disputas. La esencia de los ADR es naturalmente antiformalista, resultando que la cultura del acuerdo está más arraigada en el mundo anglosajón. No parece difícil comprender que, en tales escenarios, la presencia del abogado es lugar común.

De ahí se desprende que fuera el Reino Unido el primer país sobre el que se proyectó -en la Unión Europea- el sistema de los ADR. Será desde el ámbito de la mediación familiar (el auténtico ámbito natural y originario de la mediación, no se olvide, aunque lo ha extravasado y desbordado con igual naturalidad) desde donde se destacan las ventajas y beneficios que aportaba la resolución amistosa de las disputas surgidas como consecuencia de una separación o divorcio, sobre todo, especialmente en lo relativo a la custodia de los hijos.

La Ley que institucionalizó la mediación familiar de Inglaterra y Gales será la *Family Law Act* de 1996 cuyo principal objetivo es lograr una solución amigable para los conflictos derivados del divorcio, estableciendo la obligatoriedad de que los cónyuges acudan a una primera sesión informativa de mediación, de modo que, una vez llevada a cabo, las partes, en cumplimiento del principio de voluntariedad, pueden optar por continuar con la mediación, o por el contrario, acudir al tradicional proceso judicial.

Siempre dentro del Reino Unido, la temprana preocupación del Tribunal del Comercio por buscar soluciones alternativas a un proceso judicial antiguo y excesivamente formal e inflexible se convirtió, pocos años después, en una inquietud generalizada. En julio de 1996 se redactó un informe titulado *Access to Justice*, documento en el que se mostraban todos los problemas del sistema que resultaba excesivamente caro, además de producirse juicios incomprensiblemente largos y existir un uso nulo de las nuevas tecnologías. Entre las reformas que se proponían para mejorar y modernizar el sistema

se sugirieron una serie de reformas, dentro de las cuales se hallaba la utilización generalizada de los ADR.

De conformidad con dicha prevención se obliga a los tribunales a tener en cuenta “*los esfuerzos hechos por las partes, si es que hubo, antes y durante el proceso para intentar resolver el conflicto,*” a la hora de adjudicar las costas del proceso.

Dicho precepto afecta a uno de los principios básicos del ordenamiento procesal: el que pierde paga las costas del proceso. Ello no es, además, una facultad para los jueces, sino un deber de tener en cuenta la conducta de las partes no solo durante el proceso judicial sino también antes del mismo. Obsérvese aquí que la mediación se anuda a la prueba de que ha habido esfuerzos serios por evitar el conflicto: y que su utilización resulta un atenuante o eximente de la imposición de las costas, dado su obvio matiz beneficioso.

En el seno de la Unión Europea la primera sugerencia de utilización de los ADR fue la *Recomendación nº 7/1981 del Comité de Ministros a los Estados miembros, relativa a medidas tendentes a facilitar el derecho de acceso a la justicia*. Emanada del Consejo de Europa –siendo consciente éste de la complejidad, la lentitud y el excesivo coste económico del tradicional proceso judicial- alentaba a los Estados a tomar una serie de medidas para mejorar el cumplimiento del derecho de acceso a la justicia (art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Entre dichas medidas, se encontraba la de facilitar y animar a las partes en conflicto a participar en conciliaciones o en otro tipo de vías para la solución amigable de disputas, bien antes de acudir al proceso judicial, bien en cualquier momento durante su desarrollo.

Con posterioridad se aprobó la *Recomendación nº 12/1986, del Comité de Ministros a los Estados miembros, relativa a medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales de Justicia*. También tendiendo a mejorar el derecho de acceso a la justicia (que no es exclusivamente el acceso a los tribunales sino acceso a la solución de los conflictos) se proponía a los Estados incentivar el uso de mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

Y esta vez no sólo mencionaba la conciliación, sino que también hacía una referencia expresa a la mediación (junto con el arbitraje). Destaca aquí que se estableció además una larga lista de eventuales campos de actuación, compuesta, principalmente, por conflictos civiles y comerciales. No parece difícil considerar la mayor parte de las relaciones jurídicas negociales –ello es una apreciación nuestra, claro está- incluida en los litigios comerciales en sentido amplio. Y ello nos lleva derechamente a la presencia de abogados y a la salvaguarda de sus intereses por sus Colegios.

En 1999 el Consejo de Europa adoptó la *Recomendación nº 19/1999, del Comité de Ministros a los Estados miembros, sobre mediación en cuestiones penales*. Aunque algunos Estados europeos ya habían experimentado y regulado la mediación penal, la Recomendación expandía la utilización y regulación legal de la mediación penal en aquellos otros países que aún no la habían puesto en marcha, bien que ajustándose a cada ordenamiento jurídico al que se refiriese.

Siempre todavía dentro del Consejo de Europa, se aprobó luego la *Recomendación nº 9/2001 del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre alternativas a los litigios entre autoridades administrativas y particulares* para alentar la utilización, tanto de la mediación como de otros tipos de ADR en el ámbito del Derecho administrativo. Para ello, declaró: *a) la utilidad de éstos a la hora de descargar de trabajo a los tribunales, mejorando así la calidad del derecho de acceso a la justicia; b) la capacidad para gestionar determinadas disputas de una forma más satisfactoria y; c) su aptitud como instrumentos para acercar la Administración a los ciudadanos.*

Ya llegando al año 2002, el Consejo de Europa aprobó la *Recomendación n.º 10/2002, del Comité de Ministros a los Estados miembros, sobre mediación en asuntos civiles* 185. Esta Recomendación es el símbolo de la etapa que los Estados europeos han estado experimentando con este método de resolución de disputas durante los últimos años: la regulación completa de la mediación en normas propias, todo ello con el fin de utilizar este ADR, “*no sólo en el ámbito familiar, sino en el conjunto de materias que constituyen el Derecho privado*”.

De todo lo anterior resulta que desde los años noventa la Unión Europea ha expandido la utilización de los ADR en general y la mediación en particular.

Impulsada la mediación europea en la resolución de los conflictos de consumo, destaca el *Libro Verde de la Comisión, de 16 de noviembre de 1993, sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único*, del que luego resultaría la resolución alternativa de conflictos en materia de consumo en su modalidad *online*<sup>1</sup>. Reflejo de este aspecto son la *Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información*; la *Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores*; y la *Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas*. Dedicadas las dos primeras a encargar a los Estados miembros que faciliten el uso de los métodos alternativos de solución de disputas, la tercera se refiere a la conciliación y la mediación como métodos de resolución de litigios transfronterizos relativos a las redes o servicios de comunicaciones electrónicas.

El 19 de abril de 2002 se publica el *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil*. Aquí se halla el inicio de la política comunitaria de fomento de los ADR en el ámbito europeo, especialmente en lo que se refiere a la mediación. El Libro Verde destaca el relevante papel complementario y no excluyente de los ADR en relación con los procesos judiciales, considerándose un instrumento para mejorar la calidad del derecho de acceso a la justicia, reduciendo costes y tiempo a la hora de resolver controversias.

---

<sup>1</sup> En cuanto a resolución extrajudicial de controversias, son interesantes algunos sistemas exitosos, como el arbitraje de consumo y que ha sido noticia por la creación de una plataforma europea de ADR a estos efectos:

[http://ec.europa.eu/consumers/solving\\_consumer\\_disputes/non-judicial\\_redress/adr-odr/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/solving_consumer_disputes/non-judicial_redress/adr-odr/index_en.htm)

Finalmente cristalizará toda la reforma que viene a introducir directamente los ADR en el seno de los procedimientos de resolución de conflictos en el ámbito de la Unión Europea mediante 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*. En ella se contiene ya la obligación de que todos los Estados miembros deban recoger necesariamente en sus ordenamientos jurídicos la mediación civil y mercantil.

En la actualidad la ordenación comunitaria se halla en la *Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE 235*.

A todo ello responde en gran medida nuestra *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, de la que derivan bastantes de los instrumentos jurídicos que, ajustados luego a cada sector de la economía (y veremos uno de ellos, como ejemplo ilustrativo), examinaremos a continuación.

La actualidad de última hora en la materia la proporciona la Comisión Europea al publicar el 31 de agosto de 2016 su Informe ([http://ec.europa.eu/justice/civil/files/act\\_part1\\_adopted\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/act_part1_adopted_fr.pdf)) sobre la aplicación de las normas sobre mediación en asuntos civiles y comerciales establecidas en la Directiva 2008/52 /CE. El objetivo del informe es el de evaluar las disposiciones de la Directiva sobre mediación, examinar el desarrollo de la mediación en la Unión Europea e identificar el impacto de la Directiva en los Estados miembros. La preparación de este informe de evaluación era una obligación legal de la Comisión requerida en virtud del artículo 11 de la Directiva. Interesa llamar la atención sobre el extremo de que durante la elaboración de la Directiva el Consejo General de la Abogacía Española presentó observaciones a la consulta y contribuyó al proceso legislativo. La conclusión general del informe es que no hay necesidad de modificar las normas vigentes de la UE sobre la mediación en asuntos civiles y comerciales. Como valoración general, el informe señala que la Directiva ha aportado un valor añadido para los Estados miembros y que ha tenido un impacto importante en la legislación de algunos Estados miembros, en la forma que se examina a continuación:

(A) 15 Estados miembros ya tenían un sistema de mediación integral en funcionamiento antes de la aprobación de la Directiva.

(B) En estos Estados miembros, la Directiva ha dado lugar a pocos (o ningún) cambios en su sistema.

(C) En 9 Estados miembros, o bien tenían normativas dispersas sobre la mediación o bien la mediación en el sector privado se basaba en la autorregulación. En estos Estados miembros, la transposición de la Directiva desencadenó la adopción de cambios sustanciales en el marco de mediación existente, incluida la introducción de un sistema de mediación integral.

(D) 4 de los Estados miembros han adoptado sistemas de mediación por primera vez debido a la transposición de la Directiva. En estos Estados miembros, la Directiva ha dado lugar al establecimiento de marcos legislativos adecuados que regulan la mediación.

Sin embargo, el funcionamiento real de los sistemas nacionales de mediación se está enfrentando a una serie de dificultades, debidas principalmente a la falta de una "cultura de la mediación" y el insuficiente conocimiento de cómo hacer frente a los casos transfronterizos.

El informe realiza una serie de recomendaciones en cuanto a cómo la aplicación de la Directiva puede ser mejorado: incrementar el número y el tipo de asuntos en los que los Tribunales "animen" a las partes al uso de la mediación así como mediante el fomento de mejores prácticas (declaración previa de intento de mediación, sesiones de información obligatoria, recurso en todas las instancias, incentivos financieros, etc).

#### **4) Tipos y procedimientos alternativos para la resolución de conflictos en el ordenamiento jurídico español actual.**

A efectos de exposición sintética, podemos señalar que los denominados sistemas alternativos de resolución de conflictos se clasifican, en función del mecanismo sobre el que descansan, en métodos autocompositivos y métodos heterocompositivos.

En los métodos autocompositivos “*son las propias partes las que intentan solucionar la controversia que las separa*” (Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 1 de octubre de 2007). Es posible la intervención de un tercero, pero el mismo carece de capacidad decisoria: su posición se limita a acercar posturas. Dentro de este grupo se encuentran la conciliación y la mediación.

Frente a ellos, en los métodos heterocompositivos las partes se someten a un tercero que resuelve la controversia. El principal método heterocompositivo *extrajudicial* sería el arbitraje.

Sobre la conciliación tan sólo diremos que, en muchas ocasiones, se confunde con la mediación. No obstante, algún autor ha apuntado que mientras la conciliación se entiende como un procedimiento donde la intervención del tercero es más bien pasiva, en la mediación y frente a ello, dicha intervención es más activa.

#### **A) El arbitraje.**

El arbitraje “*se caracteriza por la existencia de una cuestión litigiosa entre personas naturales o jurídicas, que celebran un convenio por el cual excluyen la solución decisoria de los órganos jurisdiccionales del Estado, sustituyéndola por la de sujetos privados en materia de su libre disposición conforme a derecho*”.

Regulado el arbitraje en España mediante la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, la “*Ley 60/2003*”), en su seno las partes no alcanzan demasiado protagonismo: se limitan a la firma del convenio arbitral, que especifica el ámbito y las condiciones conforme a las cuales se desarrollará el arbitraje.

Aunque el procedimiento arbitral habrá de respetar, en todo caso, los principios de igualdad, audiencia y contradicción (artículo 24 de la Ley 60/2003), lo cierto es que la decisión final la toma el árbitro a través del laudo arbitral, que tiene efectos de cosa juzgada (artículo 43 de la Ley 60/2003).

No se olvide que el arbitraje excluye la vía judicial, lo que tempranamente fue recordado por el Tribunal Constitucional en su STC 174/1995, de 23 de noviembre:

*“La autonomía de la voluntad de las partes —de todas las partes— constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial”.*

Y ello no puede resultar de otro modo en la medida en que —como también recuerda el propio Tribunal Constitucional en su STC 288/1993, de 4 de octubre- el arbitraje *“es un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada”.*

Interesa recordar este concepto de *“equivalente jurisdiccional”* precisamente para asimilarlo como hemos hecho antes a los mecanismos heterocompositivos, alejados del ámbito de disposición de las partes.

En principio, el arbitraje se resolverá conforme a Derecho pero, si las partes lo autorizan expresamente, el árbitro podrá resolver en equidad (artículo 34 de la Ley 60/2003). A este respecto, podemos destacar la Sentencia del Tribunal Constitucional 43/1988, de 16 de marzo que, si bien en referencia a la ley anterior a la actual que regula el arbitraje, sienta una doctrina plenamente aplicable:

*“La Ley que regula los arbitrajes de Derecho privado, de 22 Dic. 1953, (...) permite, mediando contrato, deferir el conflicto al juicio arbitral de terceros para que lo resuelvan, bien mediante la aplicación de las reglas del Derecho, bien con sujeción solo al «saber y entender» de los*

*árbitros que designen (art. 3 de la Ley). Esta última forma, o arbitraje de equidad, constituye, desde el plano sustantivo, uno de los supuestos excepcionales a los que indirectamente se refiere el art. 3.2, del Código Civil, cuando al hablar de la equidad en la aplicación de las normas jurídicas solo autoriza su uso de manera exclusiva en las resoluciones de los Tribunales en el caso de que la Ley expresamente lo permita. En la vertiente procesal, esto se traduce en la previsión de un proceso especial, ajeno a la jurisdicción ordinaria, caracterizado por la simplicidad de formas procesales y el uso del arbitrio («saber y entender) por los Jueces árbitros designados por las partes, no obligados a la motivación jurídica, aunque sí, en todo caso, a «dar a aquéllas la oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias» (art. 29 de la Ley especial)».*

Dicho todo lo anterior y dejada constancia de nuestro apoyo al proceso arbitral, la conclusión no puede ser más evidente: la implantación del arbitraje en España es actualmente escasa y limitada. Dejar el conflicto en manos de un tercero no ha resultado un mecanismo popular ni extendido, confiándose más en el juez. Se dice así –añadimos que con cierta razón- que el arbitraje no está lo suficientemente implantado en España probablemente por la falta de confianza en que un tercero que no sea juez sea capaz de resolver un conflicto de forma definitiva.

Llamamos por ello la atención sobre un método extrajudicial de resolución de conflictos en el que las partes son las auténticas protagonistas: la mediación. Y veremos algo sobre sus perspectivas (crecientes, nos atrevemos a pronosticar) en el ámbito de los conflictos en los que más comúnmente intervienen los abogados y pueden ser preparados (como formadores e implementadores de instituciones donde se amparen) por los Colegios de Abogados.

## **B) La mediación.**

Tras la anterior evolución anglosajona y europea de la mediación –sintetizando la opinión de diversos autores- podemos definirla ahora como aquél mecanismo por el que un tercero intenta que las partes discutan el conflicto para que construyan entre ellas la solución de su disputa.

Es por ello que la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, la “Ley 5/2012”), afirma en su Preámbulo que:

*“La mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del 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”.*

La mediación como proceso para la resolución de conflictos está basada en una serie de principios básicos reconocidos como tales por la doctrina, en síntesis de los preceptos de la Ley 5/2012 de la que derivan:

- a) Absoluta voluntariedad (artículo 6): Las partes que deciden acudir a un proceso de mediación deben hacerlo de manera absolutamente voluntaria, sin ningún tipo de coacción. Ninguna de las partes está obligada a participar en el proceso, pudiendo desistir en cualquier momento o incluso manifestar desde el comienzo su deseo de no participar.
- b) Completa igualdad e imparcialidad (artículo 7): El mediador debe tomar la conveniente distancia respecto de cada una de las partes (que gozan de iguales derechos) así como del conflicto en sí, absteniéndose de realizar cualquier comentario a favor o en contra de los mismos.
- c) Continua neutralidad (artículo 8): El mediador debe asegurar un proceso limpio y transparente en un ambiente neutral, equilibrado, sin vencedores ni vencidos; las partes deben percibir que son las verdaderas protagonistas en la resolución del conflicto.
- d) Total confidencialidad (artículo 9): Los temas tratados dentro de un proceso de mediación permanecen siempre dentro del proceso. De hecho, la información obtenida no podría utilizarse como prueba en caso de que el conflicto derivara en un proceso judicial. Este principio es de vital importancia, pues contribuye a crear el clima de confianza necesario para desarrollar con éxito las negociaciones.

- e) Imprescindible buena fe: La partes deben acudir al proceso de mediación con el propósito de resolver sus diferencias; en ningún caso se puede iniciar un proceso de mediación con la oculta intención de dilatar el conflicto. El artículo 10.2 de la Ley 5/2012 establece que *“las partes sujetas a mediación actuarán entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo”*.
- f) Carácter personalísimo: Las personas en conflicto deben participar personalmente en todas y cada una de las sesiones a las que hubiere lugar, sin poder delegar su participación en terceras personas.
- g) Enorme flexibilidad: Los conflictos no se manifiestan siempre de la misma manera, apreciándose en cada uno sus propias circunstancias. La mediación permite adaptarse a los contornos de cada conflicto para obtener la solución que mejor se adapte a los intereses de las partes.

Llegados a este punto no resulta difícil apreciar que si son muchas las razones que aconsejan la mediación como sistema de resolución de conflictos, la prolongación de esas razones conduce directamente a un abogado para que sea el que las protagonice. Podrá ser, por supuesto, otro profesional. Pero desde luego parece fácil ver que en primer lugar podría tratarse de un abogado.

Y ello resulta así puesto que una de las principales ventajas que ofrece la mediación es el fortalecimiento o restauración de la relación entre las partes que, en muchas ocasiones, se ve perjudicada o, incluso, desaparece como consecuencia del conflicto. Retengamos esta idea para aplicarla luego a un ejemplo concreto y singularizado (que, ya podemos avanzar, se encuentra nada menos que en el ámbito agroalimentario).

La Exposición de Motivos de la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, la “Directiva 2008/52/CE”) es muy clara: *“Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación (...) preserven una relación amistosa y viable entre las partes”*.

Otra ventaja muy significativa es la disminución de los tiempos en la resolución del conflicto, resultando lógico que cuanto menos tiempo tarde en resolverse el conflicto, menores serán los perjuicios ocasionados por el mismo (especialmente en sectores económicos y sociales donde la inmediatez y la proximidad fuerzan a que las soluciones, si se quiere que sean útiles, han de ser necesariamente rápidas).

Igualmente debe considerarse la flexibilidad del sistema de mediación, que permite adaptarse perfectamente a las circunstancias de cada problema, frente al mayor formalismo de los métodos tradicionales de resolución de conflictos, más estandarizados y encorsetados. Ello tiene mucho que ver con el hecho de que los afectados se involucran directamente en la solución del conflicto (en vez de que dicha solución les sea impuesta o la tome otro por delegación) facilitando, de esta forma, una solución que responda a las verdaderas necesidades de ambas partes.

También la implantación de un sistema de mediación implica, en el largo plazo, un importante ahorro en costes, pues afronta el conflicto en una fase inicial o incipiente, habida cuenta de que cuanto más se complique una controversia, más difícil será solucionarla.

De otro lado la mediación contribuye también a una mejor salvaguarda de la confidencialidad de los problemas tratados (frente al extremo de que las resoluciones judiciales, por el contrario, son públicas), lo que favorece la preservación de determinadas informaciones comerciales sensibles. Y nada mejor que hacerlo de la mano de un abogado, incardinado en la institución mediadora de su Colegio como salvaguarda de su profesionalidad e imparcialidad.

Por último, el acuerdo alcanzado por mediación, al tratarse de una decisión fruto del diálogo, tiene asegurado su cumplimiento, pues ambas partes consideran justa la solución acordada. Podría decirse que en la mediación no hay ganadores ni perdedores: todas las partes ganan. En palabras de algún autor, la mediación rompe la dinámica de vencedores frente a perdedores (tan característica de los pleitos), facilitando una mejora de las relaciones y una perspectiva más positiva de cara al futuro.

Observaremos todas estas características en un breve repaso de las distintas fases del procedimiento de mediación regulado en el título IV de la Ley 5/2012:

### 1. Solicitud de inicio

El procedimiento de mediación podrá iniciarse de dos formas: bien de común acuerdo entre las partes (en este caso, la solicitud de inicio incluirá la designación de mediador o institución de mediación, el lugar en el que se desarrollarán las sesiones y la lengua o lenguas de las actuaciones) bien cuando actúa una de las partes en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación suscrito entre aquéllas.

En este segundo supuesto y de acuerdo con el artículo 6.2 de la Ley 5/2012:

*“Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial”.*

### 2. Sesión informativa

Recibida la solicitud, el mediador o la institución de mediación citará a las partes para la celebración de la sesión informativa. En caso de que alguna de las partes no acudiese a dicha sesión, se entenderá que desiste de la mediación solicitada, salvo que la ausencia sea justificada.

En la sesión informativa, el mediador informará a las partes de las causas que pudieran afectar a su imparcialidad. Asimismo, indicará cuál es su profesión, formación y experiencia. Además, el mediador explicará detalladamente a las partes: las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento, las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar y el plazo disponible para firmar el acta de la sesión constitutiva.

Los Colegios de Abogados y sus profesionales pueden ofrecer una valiosa colaboración en esta labor de información sobre la mediación. Serán los propios abogados y justiciables quienes reconocerán las ventajas de un método que cuenta con las garantías y recursos necesarios para ser accesible y eficaz a fin de obtener, de la forma más conveniente a sus intereses, la solución del conflicto.

### 3. Sesión constitutiva

El procedimiento de mediación comenzará mediante una sesión constitutiva en la que las partes expresarán su deseo de someterse a mediación y dejarán constancia de los siguientes aspectos:

- Identificación de las partes.
- Designación del mediador o, en su caso, de la institución de mediación.
- Objeto del conflicto que se somete a mediación.
- Programa de actuaciones y duración máxima del procedimiento (sin perjuicio de su eventual modificación).
- Precio de la mediación o bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos.
- Declaración de las partes indicando que aceptan voluntariamente la mediación, así como las obligaciones que de ella se deriven.
- Lugar de celebración.
- Lengua del procedimiento.

A la finalización de la sesión constitutiva, se levantará acta en la que consten los aspectos anteriormente mencionados, la cual deberá ser firmada por el mediador y por las partes.

### 4. Desarrollo de las sesiones de mediación

El mediador deberá convocar a las partes para cada sesión con la antelación necesaria, debiendo ser dirigidas las sesiones por dicho mediador, procurando facilitar a ambas partes por igual la correcta exposición de sus posiciones.

Las comunicaciones entre el mediador y las partes podrán ser o no simultáneas (esto es, el mediador podrá tener reuniones por separado con cada una de las partes). En tal caso, el mediador no podrá comunicar ni distribuir la información o documentación que la parte le hubiere aportado, salvo autorización expresa de esta última.

### 5. Terminación del procedimiento

El procedimiento de mediación podrá concluir con acuerdo o sin acuerdo entre las partes. En este último caso, las posibles causas de terminación del procedimiento de mediación son las siguientes:

- a) alguna de las partes ha ejercido su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándose al mediador.
- b) Ha transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento.
- c) El mediador ha apreciado, de forma justificada, que las posturas de ambas partes son irreconciliables.

Con la terminación del procedimiento se devolverán a cada parte los documentos que hubiere aportado. Los documentos que no hubieren de devolverse a las partes se incluirán en un expediente que deberá custodiar el mediador o, en su caso, la institución de mediación por un plazo de cuatro meses.

El procedimiento terminará con la elaboración de un acta final, firmada por el mediador y por ambas partes, entregándose un ejemplar original a cada una de ellas. El acta reflejará, de forma clara y comprensible, los acuerdos alcanzados o, de no haberse alcanzado ninguno, la causa de terminación del procedimiento.

### 6. Acuerdo de mediación

En el acuerdo de mediación deberá constar la identidad y el domicilio de las partes; el lugar y fecha en los que se suscribe; las obligaciones que cada parte asume; la declaración de que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de la Ley 5/2012 y la identidad del mediador o, en su caso, indicación de la institución de mediación en la que se ha desarrollado el

procedimiento. El acuerdo de mediación será firmado por ambas partes, entregándose un ejemplar a cada una de ellas, reservándose el mediador un ejemplar para su conservación.

El mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo de mediación, así como de la posibilidad de elevar dicho acuerdo a escritura pública, formalizándolo como título ejecutivo. Para elevar a escritura pública el acuerdo de mediación las partes presentarán este último ante un notario, acompañándolo del acta de la sesión constitutiva y del acta final del procedimiento. El notario verificará que el acuerdo cumple los requisitos establecidos en la Ley 5/2012 y que su contenido no es contrario a Derecho (apreciación que en ningún caso, estimamos, podrá ir más allá de la pura constatación del carácter mediable del asunto, pues otra cosa constituiría una intromisión en el sentido y finalidad de la institución jurídica de la mediación como sistema alternativo de resolución de conflictos).

Una vez elevado a público el acuerdo de mediación, su ejecución podrá instarse ante el Juzgado de Primera Instancia del lugar en el que se firmó el acuerdo (artículo 545.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), teniendo la cualificada forma de título ejecutivo conforme al artículo 517.2.2º LEC, siempre que hayan sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Pues bien, la última hora de la relevancia de la mediación viene de la mano de diferentes pronunciamientos jurisdiccionales muy recientes donde se exige como actividad previa de una posterior resolución judicial. Son casos todavía sujetos a revisión pero no por ello menos relevantes. Es el caso de los Autos de 26 de enero de 2015 del Juzgado de Primera Instancia Nº 52 de Barcelona y de 11 de noviembre de 2014 del Juzgado de Primera Instancia Nº 18 de Granada. En ambos supuestos se viene a limitar de hecho el acceso a la jurisdicción al establecer la mediación como requisito previo a la admisión de la demanda en seno de sendos juicios verbales. Ello podrá resultar muy opinable –que lo es- y sujeto a decisiones judiciales posteriores que revisen – o no- tales pronunciamientos (puesto que podrán ser innovadores o atentatorios contra la tutela judicial efectiva: ¿la mediación es una invitación o una imposición?). Pero a nuestros fines no deja de ser otro llamativo ejemplo de la fuerza con que la mediación irrumpe en el ámbito jurídico ordinario.

En definitiva, lo que ya se trasluce de todo lo anterior para el motivo de nuestro estudio es que la mediación no deja de ser una técnica que, aunque abierta a otros profesionales, reviste unos caracteres normativos previos, coetáneos y posteriores a la misma tarea mediadora que de por sí abocan directamente a la prioritaria (bien que no excluyente, repetimos una vez más) labor del abogado, incardinado en un Colegio que actúa como institución medidora y fomenta y difunde la mediación.

**5) Razones que motivan la potenciación de la mediación en todos los campos de las relaciones socioeconómicas. Referencias, apuntes y orientaciones de futuro para los Colegios.**

No parece difícil comprender el negativo impacto de un proceso judicial sobre el mantenimiento de relaciones interpersonales de larga duración. Si la base del proceso es el enfrentamiento entre dos partes, su finalidad principal podrá ser la de hallar una solución en Derecho a la disputa existente, pero no parece que eso sea lo más conveniente cuando se trata de construir (y no de destruir) relaciones de tracto sucesivo.

Alejándonos del ámbito del Derecho de familia (donde la mediación halla su más tradicional función) y separándonos de los terrenos más cercanos a los consumidores y usuarios, existen ejemplos mucho más singulares sobre la enorme versatilidad de la mediación en las diferentes relaciones jurídicas de los ciudadanos. Por ejemplo en algún sector (como el agroalimentario) y un subsector (el lácteo) especialmente conflictivo, se ha llegado a diseñar un procedimiento mediador singular y reduplicado que demuestra su apuesta por esta función en este y otros muchos ámbitos, actuales y futuros. Tiene que ver con la nueva ordenación de la cadena alimentaria y trata de desenvolver en el tiempo una relación continua y diversa, debiendo estar presidida por la buena fe y el mutuo entendimiento de las partes. Nada más alejado con la solución de un conflicto por imposición de una decisión por un tercero (sea árbitro o juez).

Se encuentra en el Reglamento 1308/2013, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios y por el

que se derogan los Reglamentos (CEE) nº 922/72, (CEE) nº 234/79, (CE) nº 1037/2001 y (CE) nº 1234/2007 (en adelante, el “Reglamento 1308/2013”) añade nuevas normas aplicables al “paquete lácteo”. Baste decir, sin extendernos más sobre él, que resultaba necesario incorporar tales novedades a la legislación española, fruto de lo cual es el Real Decreto 125/2015, de 27 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 1363/2012, de 28 de septiembre, por el que se regula el reconocimiento de las organizaciones de productores de leche y de las organizaciones interprofesionales en el sector lácteo y se establecen sus condiciones de contratación (en adelante, el “Real Decreto 125/2015”).

Por lo que aquí interesa, simplemente como ejemplo del avance de la mediación en sectores muy especializados, y siempre susceptibles de ser apoyados por abogados desde los respectivos Colegios, se contempla específicamente la posibilidad de implantar un mecanismo de mediación para aquellos casos en los que, tras un proceso de negociación entre una organización de productores y un comprador de leche, no se consiguiera llegar a un acuerdo sobre algún elemento del contrato, pero se mantuviera la voluntad de alcanzarlo. También se prevé un sistema de “conciliación y vista previa” para la fase de interpretación y ejecución del contrato. En definitiva, el Real Decreto 215/2015 regula la *posibilidad* (no la obligación) de acudir a un sistema extrajudicial de resolución de conflictos nada menos que en dos momentos distintos: durante la fase de negociación del contrato y en la fase de interpretación y ejecución del contrato.

Imposible mayor apuesta europea por el sistema de mediación. E imposible mayor aceptación del sistema por el legislador español (puesto que siendo ambos potestativos, ambos han sido incorporados).

Conclusión de nuestro ejemplificativo excursus alimentario: la Unión Europea y los países miembros (en nuestro caso, decididamente España) están haciendo uso del mecanismo de la mediación de una forma cada vez más acentuada, hasta el punto de llegar a reduplicarlo en el ámbito de determinadas relaciones comerciales. A ello se une que, derivadamente de tales relaciones prolongadas en el tiempo, los Códigos de Buenas Prácticas (en España, el Código de Buenas Prácticas Mercantiles en la

Contratación Alimentaria) han incorporado con soltura la mediación como uno de los principales mecanismos de resolución de conflictos.

Precisamente respecto a este Código y con carácter previo a su publicación, el 10 de septiembre de 2015 la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) publicó el Informe sobre la Propuesta de Acuerdo sobre el Código de Buenas Prácticas Mercantiles en la Contratación Alimentaria (INF/CNMC/003/15) (en adelante, el “Informe”).

Las principales conclusiones de dicho trabajo en lo que a nuestro estudio se refiere fueron las siguientes:

- a) La normativa de competencia –tanto comunitaria como nacional– resulta plenamente aplicable al sector agroalimentario.
- b) Los productores agrarios, las asociaciones de productores y las organizaciones interprofesionales se someten a las normas de competencia en el desarrollo de su actividad económica (*deber de autoevaluación*).
- c) El futuro funcionamiento de la cadena agroalimentaria debe construirse sobre el principio de que las normas de competencia son plenamente aplicables al sector agroalimentario, incluido el sector productor.
- d) Existen multitud de instrumentos que permiten resolver los problemas de los productores agrícolas sin vulnerar las normas de competencia: fomento del cooperativismo, generalización de la contratación formal, establecimiento de códigos de conducta...

Tomando en consideración este precedente introductorio, la opinión de la CNMC sobre la aplicación de sistemas de resolución extrajudicial de conflictos en el ámbito alimentario parece en principio favorable a su empleo:

*“Se valora en términos generales de forma positiva la existencia de mecanismos de resolución de conflictos alternativos a los jurisdiccionales: reducen los costes de transacción de los operadores (dilación en tiempo y costes de procesos jurisdiccionales) y contribuyen con ello a la eficiencia económica”.*

Ahora bien, el organismo regulador hace dos advertencias. En primer lugar, pone de manifiesto el riesgo de que la implantación de sistemas de resolución extrajudicial de conflictos sea por completo ineficaz y estrictamente cosmética.

En este sentido, la CNMC recalca que dichos mecanismos *“han de ser efectivos, vinculantes e incluir un órgano independiente con capacidad técnica suficiente (...) que pueda intervenir en cualquier conflicto sin estar sujeto al consentimiento de los afectados, si es que los mismos son firmantes del Código”*<sup>2</sup>.

De ahí deriva que la CNMC haga especial hincapié en la capacidad técnica del órgano de mediación: para que la mediación sea eficaz, el mediador deberá estar debidamente cualificado. Mensaje en extremo importante y que deberá ser muy tenido en cuenta en el desarrollo de este mecanismo de resolución de conflictos.

---

<sup>2</sup> La mediación siempre es voluntaria (artículo 6 de la Ley 5/2012). De ahí el inciso final: *“si es que los mismos son firmantes del Código”*. Recordemos que, de acuerdo con el artículo 6.2 de la Ley 5/2012, *“[c]uando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial”*.

En segundo lugar, al objeto de evitar ciertos riesgos para la libre competencia (posible fijación directa o indirecta de precios, por ejemplo), la CNMC recomienda que *“el sistema de mediación garantice de forma expresa que los mediadores sean independientes (y no sólo externos) de una forma más clara”*.

En relación con el procedimiento de reclamación colectiva contemplado en el artículo 43 del Código, la CNMC sostiene que *“cabría extender la posibilidad de denuncia anónima a operadores individuales”* (como ya vimos, este procedimiento sólo puede ser promovido por asociaciones u organizaciones). Por último, la CNMC muestra serias dudas sobre la eficacia del procedimiento previo de reclamación ante un nivel superior de la empresa. El regulador señala el riesgo de que dicho mecanismo se convierta en una *“mera dilación”* en la resolución del conflicto.

El Informe refleja en su conjunto que la CNMC evalúa positivamente la implantación de sistemas de resolución extrajudicial de conflictos. Sin duda alguna ello constituye un importante paso hacia una más definitiva implantación de los *Alternative Dispute Resolution*, en todos los sectores, también desde la óptica de la defensa de la competencia.

Cerrando con ello la referencia puntual a un sector muy sofisticado jurídicamente (por su acentuada influencia anglosajona-europea, lo que viene a servir de perfecto referente de la institución mediadora, que procede de esa fuente normativa) cabe derivar de lo anterior una serie de apuntes generales sobre los que luego hemos de volcar ciertas orientaciones de futuro útiles para nuestra profesión.

A) Mediar es una función natural de la abogacía.

A ningún abogado se nos oculta que lo que lo que quiere el cliente normalmente es solventar un problema o evitar su causación. Nada hay, pues, más intrínsecamente unido a la actividad de la abogacía que la función de mediar.

Y es una función puesto que basta con ejercerse (se media para tratar de llegar a un fin, pero no está predeterminado que se consiga) sin alcanzar un fin obligado.

Ello supone que la mediación resulta comúnmente aneja a las actividades del abogado: se encarga al abogado una gestión en cualquier orden socioeconómico para que, dentro de sus posibilidades y en el empleo de sus capacidades y habilidades, realice la mejor gestión del bien ajeno. La noción del mandato está ínsita en la profesión de abogado y, si se analiza con detalle, tiene mucho que ver con la misión central de la mediación: se media para tratar de llegar a un buen fin, sin tener certeza de que ello sea posible.

En efecto, a diferencia del arbitraje en el que la aceptación de las reglas del proceso arbitral conlleva la obligada exigibilidad y acatamiento del laudo final, en el caso de la mediación la actividad es el objeto, no el resultado.

Son los abogados quienes realmente tienen una acreditada experiencia en el trabajo interdisciplinario sobre el conflicto y son ellos quienes tienen más oportunidades para desarrollar activamente este recurso, y ello, en la medida que sea más conocido y reconocidas sus cualidades. Ofrecer a los profesionales esta información no es trabajo de jueces si no responsabilidad de los letrados, quienes, además, se encuentran colectivamente comprometidos en una formación continuada que en muchos casos les es ofrecida, de forma rigurosa, por sus propios Colegios profesionales (extremo que hay que fomentar).

La conclusión de esta premisa cae por su propio peso: si el abogado está naturalmente orientado a la mediación, nadie mejor que el abogado para desempeñarla. Podrá haber otras profesiones que desempeñen la función de mediadores. No existe obstáculo legal a ello. Pero nada impide contemplar a la mediación con un atributo natural y lógico del ejercicio de la abogacía. Luego deben ser los abogados quienes impulsen, preferente aunque no exclusivamente, el desarrollo de la institución mediadora.

Interesa en este sentido una referencia a los dictámenes del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles (2222/2010) y sobre el proyecto de Real Decreto que la desarrolla (712/2013). En ambos se insiste en que, *"el hecho de que no se exija a los mediadores una determinada especialidad y, en concreto, un determinado nivel de conocimientos técnico-jurídicos (...) no es óbice para el buen funcionamiento del procedimiento de mediación"*, pero con la importante precisión de que cuestión bien distinta es *"que pueda exigirse a los mediadores determinada formación específica para el desenvolvimiento del procedimiento de mediación"*; en resumen, sin perjuicio de la llamada *"concepción abierta"* de la formación del mediador, el Consejo de Estado insiste en la necesidad de esa formación específica, y pide garantías de que sea de calidad.

Nadie mejor que un abogado para asegurar esa garantía de calidad.

B) La mediación requiere una base técnica procedimental que descansa sobre una secuencia reglada de actuaciones: y eso favorece a los abogados.

No resulta obligado llegar a un acuerdo final que ponga fin a la mediación en todo caso, y ahí radica la fuerza impulsora de la mediación: mediar puede ser recomendable u obligado (según los casos) pero no necesariamente es la solución última.

Sin embargo, sí es indispensable que la senda por la que discorra la mediación tenga un claro devenir ajustado a las reglas y principios que rigen legalmente la mediación. Sólo será una mediación aquella que respete las reglas de la ley 5/2012, se ajuste a sus principios, evolucione por sus sendas y adopte las formas que prevé para sus resoluciones. Otra cosa sería un acto viciado e inútil, muy probablemente generador de responsabilidades, pero en todo caso fuente de ineficiencias.

La mediación es también (además de un arte y una habilidad) un puro procedimiento administrativo, un proceso secuencial y ordenado en el que una serie encadenada de actuaciones conducen a un acuerdo (si se llega a él, pero en todo caso inexcusablemente deben precederle si se le quiere revestir de la fuerza que el ordenamiento jurídico atribuye al acuerdo de mediación).

Y los procedimientos y los procesos son forzosamente el terreno natural de los abogados. Podrán otros profesionales desarrollar grandes potencialidades en su capacidad de acercar y conciliar los

intereses de terceros. Pero donde los abogados demuestran ordinariamente su trabajo es en el reglado entorno de los procedimientos y procesos del que la mediación no es sino uno más. Con singularidades y excepciones, como todos. Pero un procedimiento tiene siempre mucho de jurídico, aunque en el caso de la mediación se pretendan destacar –muy seguramente desde otras interesadas perspectivas ajenas a la jurídica- otras habilidades.

Baste un ejemplo sencillo: conocer qué extremos del procedimiento mediador resultan esenciales requiere una indispensable formación jurídica. Calibrar la trascendencia de un trámite subsanable (por ejemplo la acreditación de una representación, que puede ser suplida por diversos modos: poderes notariales, apud acta, autorizaciones, etc...) o apreciar cuando se está ante una causa de nulidad (por ejemplo, por no haber verificado el preceptivo trámite de audiencia a todas las partes, lo que puede acarrear la invalidez de toda la mediación) constituye una actividad netamente jurídica difícilmente traducible a terceros no letrados.

En definitiva, y aquí nuestro segundo apunte, los abogados podrán ser equiparables a cualesquiera otros profesionales en sus habilidades mediadoras generales, pero necesariamente serán prioritarios en su manejo del entorno procedimental que requiere la función mediadora.

Resulta de lo anterior, en pura lógica deductiva, que si los abogados sobresalen en procedimiento y son iguales o equiparables en el resto de habilidades exigibles a otros profesionales, naturalmente cabe inferir que los profesionales prioritarios para desempeñar las mediaciones son los abogados.

C) La mediación como parte de la actividad cotidiana de abogados y colegios de abogados.

Como último apunte se trata de hilvanar y trenzar las premisas anteriores para dirigirse a la conexión sustancial entre colegiados y colegios: solo de la mano de éstos aquéllos alcanzarán eficazmente su finalidad en el ámbito de la mediación.

Aunque las instituciones arbitrales colegiales y el fomento de la mediación se tratan más adelante, cumple aquí reiterar y avanzar que abogados y colegios deben tender a la inclusión de la actividad mediadora como una función más dentro de las que cotidianamente se prestan por ambos.

Pareciera que ello fuera ya de suyo lógico, por haberse dicho más arriba que es función natural del abogado su desempeño. La realidad numérica de los pocos Colegios de Abogados con instituciones mediadoras reconocidas externamente (repetimos que se examinará más adelante) demuestra exactamente lo contrario.

¿Por qué creemos que se produce este alejamiento entre colegios/colegiados y la mediación?. Parece que, siendo un terreno abonado en lo jurídico y fértil en sus perspectivas, no debiera producirse este alejamiento.

Puede que la situación tenga mucho que ver con una visión antigua de una institución necesariamente nueva. Más allá de la tradicional mediación familiar (que tiene actores y profesionales reconocidos hace más tiempo en nuestro país) las demás mediaciones surgen progresivamente en sectores donde ya hay otros profesionales que las asumen, siendo los abogados unos auténticos “*externos*” a ese hecho. No ha habido un acercamiento decidido del abogado a nuevas vetas de actividad profesional, que van siendo regularmente captadas –de forma imperceptible pero definitiva- por quienes ya conocen ese sector. Así, cuando hablábamos más arriba de la mediación agroalimentaria, quienes han asumido tales funciones (y nada hay que objetar a su profesionalidad y capacidad) han sido los ingenieros agrónomos, veterinarios, químicos o economistas que trabajan comúnmente en contacto con el sector, no los abogados (que parece pudieran creer que solo están para los problemas jurídicos serios, creyendo que la mediación no lo es suficientemente).

Mal se compadece esta visión con la anglosajona: la mediación es un desempeño profesional donde, según en qué casos y con qué perfiles de especialización (nunca de una forma regular pero sí es esa la orientación británica y americana), se factura por horas o contando con períodos amplios y

continuados en el tiempo. Y los asuntos se pueden prolongar en el tiempo sin una perspectiva clara de cuál sea su duración, siendo lo importante mantener una línea de contacto con la otra parte para (no se olvide) poder alcanzar un acuerdo de futuro razonable para ambos.

No parece difícil entender que, bajo tales premisas, el asesoramiento de una mediación puede ser una lucrativa actividad para un abogado. Bien es cierto que eso no es predicable hoy en día de la mayoría de las mediaciones que conocemos. Pero, como veremos a continuación, tiene ello mucho que ver con las perspectivas de futuro (para abogados y colegios) que cierran nuestro análisis.

#### **6) Colegios de Abogados y fomento de la mediación. Orientaciones de futuro.**

Con toda esta orientación general y sectorial, es llegado el momento de alcanzar el culmen de nuestro objetivo destacando el elemento central de la mediación: las instituciones que velan por ella.

¿Ante qué instituciones podrá realizarse la mediación?

Encontramos la respuesta en el artículo 5 de la Ley 5/2012 (dedicado a las instituciones de mediación):

*“Tienen la consideración de instituciones de mediación las entidades públicas o privadas, españolas o extranjeras, y las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y administración de la misma, incluida la designación de mediadores, debiendo garantizar la transparencia en la referida designación. Si entre sus fines figurase también el arbitraje, adoptarán las medidas para asegurar la separación entre ambas actividades”.*

Son muchas las instituciones que promueven la mediación. Basta para ello acceder al Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia. A los efectos del presente artículo, nos interesa destacar especialmente -por su implantación generalizada y su cercanía a los

interesados- como los Colegios de Abogados han de representar una muy importante labor en este ámbito.

Los Colegios de Abogados ofrecen servicios de mediación, aunque solo hay inscritos a día de hoy en el citado Registro menos de la cuarta parte del total de los existentes, lo que no deja de resultar llamativo (y es otro de los motivos de realizar este estudio). Pero, y esta es una de las cuestiones claves de la singularidad colegial, interesa destacar que en los distintos Colegios de Abogados existen procedimientos que permiten acudir a mediación a personas asistidas por el beneficio de justicia gratuita. Este es un relevante factor diferencial que debemos destacar.

De esta forma, los beneficiarios (esto es, las personas en las que concurran los requisitos necesarios para acogerse al beneficio de justicia gratuita) no incurrirán en coste alguno por la prestación del servicio de mediación.

Basta citar aquí, a título de simple ejemplo, seguido por otros muchos, el Reglamento del Centro de Mediación del Colegio de Abogados de Málaga:

*“Por último y dentro de este aspecto público del Centro de Mediación, se ha visto la procedencia de introducirlo en el sistema de asistencia jurídica gratuita de modo que pueda suponer una resolución más rápida, ante el volumen de las solicitudes existentes y una propuesta real para ser asumida por la propia Administración de Justicia.*

*En este supuesto, el planteamiento que se propone es introducir la información previa necesaria a través del Servicio de Orientación Jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga, con la creación del Servicio de Orientación en Mediación, de modo que, a la vez que se informa al solicitante de los requisitos que exige el reconocimiento de este derecho, de la posibilidad de someter su conflicto a la mediación –siempre que así resulte procedente– para una vez despertado el interés del ciudadano citarle ante el Centro de Mediación a fin de iniciar el procedimiento a través de la oportuna sesión informativa. Todo ello, se plantea de forma que*

*los derechos y honorarios que se destinan por el proceso de mediación no supongan una traba para su acceso, de modo que, para el solicitante de justicia gratuita que opte por este sistema, el informe favorable que ha de emitir el SOJ para la tramitación del expediente de justicia gratuita se convierta en un reconocimiento al uso del servicio del Centro de Mediación”.*

Aquí cabe destacar el último y singularmente diferente matiz: la conexión entre mediación y abogacía resulta cualificada porque solo existe en esta profesión la posibilidad de que la atención al ciudadano quede convertida en servicio público, incardinándolo en el sistema de asistencia jurídica gratuita. Ningún otro profesional puede hacer esto porque esta es una característica exclusiva de nuestra profesión, y sus Colegios son los primeros defensores de esta labor.

Pues bien, como orientaciones de futuro para nuestros colegios (en los que están nuestros colegiados como artífices últimos del servicio a prestar) podemos avanzar las siguientes:

A) Potencialidad expansiva de la mediación

Ni la mediación tradicional tiene que ver con la que resulta de la nueva ordenación legal de la institución tras la Ley 5/2012, ni es posible describir un panorama completo y acabado de las ramas socioeconómicas sobre las que puede volcar sus efectos futuros, puesto que serán otros ordenamientos sectoriales (seguros, consumidores, agroalimentario, exportación, etc...) los que continuarán produciendo normas sectoriales que empleen la mediación.

Lo que no resulta difícil prever es que la mediación está en un proceso acelerado y continuo de expansión y difusión, lo que debe ser objeto de atención por parte de los colegios de abogados como referentes de impulso de nuevos estudios y atenciones hacia este campo, que se perfila como muy destacado en el empleo de profesionales, preferentemente jurídicos.

Da pie lo anterior a considerar que la mediación se dirigirá a un

B) Ámbito sectorial cada vez más complejo

La mediación -como institución jurídica central- será cada vez más deferida hacia ordenamientos singulares y alejados entre sí, que requerirán un acercamiento riguroso y especializado. El abogado generalista difícilmente podrá atender este tipo de exigencias, puesto que tendrá que conocer la ordenación general del área de trabajo sobre la que se proyecta antes de ser capaz de aceptar encargos mediadores referidos a ella.

Ello encamina hacia un horizonte profesional de formación continua y especializada que tiene mucho que ver con nuevas exigencias a abogados y colegios. No bastará con hacer formación general en todos los colegios sobre qué es la mediación o sus procedimientos, habrá que dar paso a que algunos colegios sean expertos en mediación en materia de consumo, otros en cuestiones alimentarias, otros en turismo, etc...

- C) Progresiva desjudicialización de sectores complejos en una internacionalización creciente de la economía

Pudiera parecer un deseo más que una realidad pero lo cierto es que, siendo obvia la internacionalización creciente de la economía, la imposición o surgimiento de la mediación en las relaciones mercantiles transnacionales será una consecuencia lógica de la forma en que la economía se nos manifiesta.

La relativamente reciente y continuada aparición de actores económicos transnacionales en todos los sectores económicos (construcción, infraestructuras, alimentación, turismo, transporte, etc...) propiciará una muy segura desjudicialización de muchas relaciones jurídicas, defiriendo su solución hacia el arbitraje (en ciertos casos) o la mediación (en gran parte de ellos).

Los actores económicos de un teatro supranacional sumamente complejo no pueden perder tiempo y dinero en saber qué pasa durante años con un litigio que recorre sucesivas instancias judiciales y se encamina -lenta y costosamente- hacia un final imprevisible. En un entorno de relaciones abiertas y constructivas en el que no se pretende dar la razón o quitársela a nadie (muy bien descrito en los

Códigos de Buenas Prácticas Mercantiles sectoriales, que se están generalizando) sino que solo se apuesta por mantener y consolidar sólidamente vinculaciones comerciales de futuro, la mediación ha de pretender venir a sustituir o evitar a los litigios. La tradicional base anglosajona de esta institución (puesta de manifiesto más arriba) ha de favorecer en gran medida esa nueva dimensión comercial en la que abogados y colegios deberían estar llamados a jugar un papel destacado.

## 7) Conclusiones

**Primera:** La mediación (a diferencia del arbitraje y los tribunales) enlaza naturalmente con mecanismos alternativos de resolución de conflictos (ADR) que permiten acercar las posturas de las partes, dueñas del procedimiento, tratando de llevarlas naturalmente hacia una solución razonable y no impuesta, fórmula jurídica ideal para solventar conflictos surgidos en el seno de relaciones de tracto sucesivo en las que intervengan los abogados, profesionales que deben considerarse orientados de modo preferente al desempeño de esta función mediadora por su formación y habitualidad en el manejo de procedimientos normativos.

**Segunda:** Sometidos los Colegios de Abogados a un entorno cambiante y necesitado de nuevas alternativas para los colegiados, parece interesar la potenciación de mecanismos de mediación en el seno de los mismos (resultando muy escaso el número actual de los que se han constituido como instituciones de mediación en el Registro de Mediadores del Ministerio de Justicia), ofreciendo una nueva dimensión de aplicación práctica tanto de las cualificaciones de sus colegiados como de orientación de las actividades de la institución colegial. Junto a la formación general de abogados en materia de mediación, interesa la especialización de algunos colegios en sectores productivos vinculados a su entorno, la cual será progresivamente requerida.

**Tercera:** La última década ofrece progresivas oportunidades para la mediación, destacando la especial atención por parte de la Unión Europea, dentro de la cual se dibujan continuos mecanismos donde incluso se producen dobles mediaciones resultando previsible una potenciación progresiva del fenómeno de la mediación a la que deben responder abogados y Colegios.

**Cuarta:** Los Código de Buenas Prácticas han venido a enfatizar aún más la aplicabilidad y progresiva implantación de los sistemas de mediación en el seno de las relaciones mercantiles, tendencia de origen internacional y comunitario que está llamada a extenderse y consolidarse en las relaciones jurídicas.

**Quinta:** La conexión entre mediación y abogacía resulta cualificada porque solo existe en esta profesión la posibilidad de que la atención al ciudadano quede convertida en servicio público, incardinándolo en el sistema de asistencia jurídica gratuita, lo que no puede realizarse por ningún otro profesional, siendo los Colegios de Abogados los primeros defensores de esta labor.