

La posición del abogado en el proceso de Mediación

Paulino Fajardo Martos

Abogado, Solicitor, Mediador

Director de Práctica Global

DAC Beachcroft

Hace ya varios años que los abogados españoles nos encontramos reiteradamente con la palabra “mediación”, haciendo referencia a la necesidad de buscar soluciones alternativas a la creciente presión sobre los órganos judiciales. Se dice que debemos evitar la judicialización de los conflictos y tratar de que los individuos sean capaces de resolver sus disputas a través de mecanismos autocompositivos. Y en todo este esquema, parece que los abogados estamos más cerca de ser el problema que de formar parte de la solución.

Y es que, ciertamente, nuestra formación como abogados ha estado orientada al litigio. Nuestra finalidad principal parece ser representar a nuestros clientes en todo tipo de procedimientos judiciales o arbitrales y, en algunas ocasiones, decidir sobre la disputa nosotros mismos, en calidad de árbitros. Y ahora, nos encontramos con un ¿nuevo sistema?, la mediación, que, a primera vista parece ser algo muy parecido a lo que nosotros hacemos ya con nuestros clientes (algo sí como “templar gaitas”) y que amenaza con dejarnos a los abogados fuera del combate.

Si tomamos como referencia el deber fundamental del abogado, establecido en el artículo 30 del Estatuto General de la Abogacía, de cooperación con la Administración de Justicia asesorando, conciliando y defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados, nos podemos preguntar ¿es realmente una novedad, para nosotros, la mediación?

La finalidad de esta intervención es plantearnos cuál es el papel del abogado en la mediación y en cualquier método alternativo de solución de conflictos, incidiendo en tres aspectos:

- El análisis de conflicto y la elección del método de solución más adecuado
- El papel concreto del abogado en cada una de las fases de la mediación
- Los necesarios cambios la formación de los abogados.

1. Análisis del conflicto y elección del método de solución adecuado

La primera decisión estratégica para la solución de un conflicto entre empresas es la elección del mecanismo, tradicional o alternativo, de solución de conflictos más adecuado a los intereses de las partes.

En la práctica, esta decisión viene condicionada, en parte, por la tipología y características del conflicto y, principalmente, por las distintas ventajas que los principios y garantías (reglas del juego) que regulan los diversos mecanismos ofrecen para la protección de los intereses de las partes en un sentido muy amplio (económico-financieros, jurídicos, comerciales y de imagen). Se trata, pues, de identificar las ventajas que derivan de los principios y garantías que regulan la mediación y que determinan que sea el mecanismo alternativo de solución de conflictos empresariales más utilizado en el ámbito internacional.

La importancia de la materia viene dada por el creciente interés por los mecanismos alternativos de solución de conflictos y la necesidad de identificar soluciones para su aplicación en la práctica. En concreto, por ser la mediación una alternativa que se ha consolidado en los mercados financieros internacionales como el mecanismo más adecuado para resolver los conflictos entre empresas o, al menos, una gran parte de los mismos.

1.1 Tipos de conflicto

¿Cuáles son las características principales de los conflictos empresariales, singularmente aquellas que demandan los MASC como instrumentos más idóneos para solucionarlos eficientemente?

El conflicto empresarial presenta unas características que hacen de los MASC un vehículo especialmente adecuado para su solución. Se trata de conflictos en los que, además del problema específico que debe ser tratado y resuelto, concurren generalmente otros factores, que no podemos dejar de lado a la hora de plantear una estrategia de solución:

- Relaciones comerciales continuadas
- Riesgo reputacional
- Estrategia legal compleja

La continuidad en las relaciones comerciales

A la hora de buscar la solución de un conflicto empresarial, merece la pena detenerse a pensar en el coste que, para la relación comercial, puede tener apostar por una solución confrontacional, tras la que puede resultar difícil mantener la relación comercial con la otra parte.

Hay que tener en cuenta las eventuales relaciones endogámicas con competidores, que se dan en algunas áreas de negocio -como pueden ser los seguros y reaseguros-, la interdependencia y relaciones de *partnering* entre proveedores y clientes, la relación con las Administraciones públicas en sectores regulados o la necesidad de contar con financiación continuada.

En todas estas relaciones que, por diversos motivos, deben continuarse en el tiempo, apostar por una solución negociada, en el momento inicial del conflicto, puede conllevar ventajas a medio y largo plazo. La principal ventaja sustantiva de la

mediación para la solución de conflictos empresariales es que minimiza la erosión de las relaciones entre las partes.

La importancia del riesgo reputacional

Actualmente la reputación de una empresa es un importante activo que debe cuidarse al plantear la estrategia de solución de un conflicto. No sólo nos referimos aquí a la protección de la marca frente a situaciones que pueden generar conflictividad, también importa la incidencia del buen nombre de la empresa en su posicionamiento en mercados cotizados y ratings, la reputación de la cúpula directiva, en paralelo a la reputación corporativa o la valoración del impacto mediático en la toma de decisiones. No en vano la dirección de comunicación es hoy uno de los puestos claves en una empresa y su opinión es cuidadosamente estudiada a la hora de tomar determinadas decisiones estratégicas.

Si bien, en ocasiones, resolver el conflicto a plena luz puede ser el camino adecuado, en otras preservar la confidencialidad puede ser uno de los principales objetivos de la empresa, más importante, incluso, que los términos concretos del acuerdo económico al que se llegue.

Estrategia legal compleja

La complejidad de los conflictos empresariales, que, además de trascender, en muchas ocasiones, lo estrictamente legal, dan lugar a consecuencias jurídicas concatenadas, obligan a su solución con el concurso de equipos legales especializados y multidisciplinarios, en gran número de ocasiones de carácter internacional.

La pluralidad de partes e intereses también es una característica habitual en los conflictos empresariales, que aconseja la estructuración de varios mecanismos solutorios que aseguren una debida protección de la información y de la posición de las distintas partes.

1.2 Principios y garantías: límites

Tener presente las características del conflicto es esencial para ser capaz de distinguir el método adecuado para resolver el conflicto con el que encontramos; el color concreto de la paleta.

Teniendo en cuenta las características propias de cada uno de los MASC determinaremos cuál se adecúa mejor a la naturaleza del conflicto.

	Negociación	Mediación	Arbitraje	Proceso judicial
Confidencial	SI	SI	SI	NO
Decisorio	NO	NO	SI	SI
Intervención de un tercero	NO	SI	SI	SI
Voluntario	SI	SI	SI (pero)	NO
Flexible	SI	SI	Depende	NO

El uso de MASC es más eficaz en los conflictos en los que encontramos relaciones comerciales continuadas con intereses convergentes, en aquéllos en los que los hechos se plantean de forma divergente por las partes o existe incertidumbre en su valoración jurídica, también en aquellos supuestos en los que la duración del conflicto puede suponer una penalización grave para alguna de las partes (p.e. los intereses reforzados de demora en el contrato de seguro).

Plantearse la mediación u otro método alternativo obliga también a una cierta confianza en la actitud de la otra parte. Esto supone que no debe proponerse en casos sospecha de fraude o mala fe. Tampoco debe recomendarse la mediación en el caso en que sea

necesario la solicitud de medidas cautelares, cuando exista un riesgo de quiebra de la confidencialidad o cuando, por el contrario, se pueda ser interesante dar publicidad al conflicto o cuando se considere conveniente la judicialización del conflicto para obtener pronunciamientos que puedan crear jurisprudencia sobre una determinada materia.

1.3 Ventajas prácticas

De igual modo, las innegables ventajas prácticas de la mediación, o de cualquier otro de los MASC, deberán ser puestas en relación con el conflicto concreto, sin dejar de lado las desventajas que puedan existir como puede ser el peligro de la quiebra de confidencialidad o el coste añadido si la mediación no tiene éxito.

	Negociación	Mediación	Arbitraje	Proceso judicial
Control	SI	SI	NO	NO
Coste	1	2	4	3
Tiempo	2	1	3	4
Erosión	2	1	3	4
Creatividad /Gestión	SI	SI	NO	NO

2. El Papel del abogado en la mediación

En las conclusiones presentadas por el Taller Civil en el Taller de Derivación a la Mediación conectada con el Tribunal, organizadas por el Consejo General de Poder Judicial, en mayo de 2012, respecto al papel que debían jugar los abogados en el contexto de la mediación civil y mercantil se recogían las siguientes actuaciones:

- Asesorar sobre la conveniencia o no de acudir a la Mediación, teniendo en cuenta el asunto concreto y el tipo de conflicto.

- Redacta el acuerdo para mediar, en el que deben incluirse las condiciones y fases de la Mediación, los representantes de las partes, las bases para la elección del mediador y regular, en su caso, la intervención de terceros.
- Preparar la estrategia de las partes para la Mediación.
- Representar a las partes o asistirles durante las sesiones.
- Redactar el acuerdo y controlar que se cumplen los requisitos de capacidad y de forma así como la viabilidad del cumplimiento.

Se expresaba, además, la importancia de que en la fase embrionaria de la Mediación, el abogado no obstaculice los intentos de Mediación o el desarrollo de la misma.

La intervención del abogado en la mediación ayuda a cada una de las partes a obtener el acuerdo que mejor se ajuste a sus propios intereses y genera ventajas en todas sus fases.

Premediación

La elección del mediador es uno de los aspectos más importantes para la resolución del conflicto. En una encuesta dirigida en 2011 a los clientes de nuestro despacho, un 81% respondió afirmativamente a la pregunta “¿Ha abandonado alguna mediación por sentirse defraudado por el mediador?”. El abogado debe investigar las habilidades del mediador elegido, teniendo en cuenta los diferentes estilos de mediación que pueden practicarse.

Es útil que los abogados de las partes puedan reunirse previamente con el mediador tanto para explicarle la naturaleza del conflicto como para informarle sobre la manera de ser y peculiaridad de sus clientes, así como las razones por las que, a juicio del abogado, han impedido la obtención de un acuerdo en las negociaciones previas. Los abogados de las partes, además, deben ponerse de acuerdo sobre diversos aspectos relacionados con la mediación, desde el lugar en el que se realizará, duración máxima de la misma, documentos que se entregarán al mediador, etc.

La correcta preparación de la mediación es otro de los aspectos estratégicos para incrementar el éxito de la misma. Es importante que nuestro cliente tenga claro el arco económico en el que puede llegar a un acuerdo, así como que el mediador y la otra parte lo conozcan, los puntos fuertes y débiles de su posición, así como una idea lo más aproximada posible de cuáles son sus opciones fuera de la mediación. El abogado debe tener presente si es necesario o no contar en la mediación con testigos y peritos, guardando el necesario equilibrio entre su utilidad y la confidencialidad requerida en el proceso de mediación.

Durante la mediación

El abogado debe asistir al cliente durante el procedimiento, teniendo en cuenta la flexibilidad de éste, desde el asesoramiento y participación en el diseño de la estrategia de la parte hasta, si es necesario, la intervención en sesiones conjuntas y privadas, junto a su cliente o, incluso, a solas con el mediador. Esto supone que el abogado debe seguir la evolución del proceso, asegurándose en todo momento de que sus decisiones son compatibles con la debida protección de su posición legal y sus intereses. El abogado, además, debe estudiar la viabilidad jurídica de los posibles acuerdos que puedan plantearse y asesorar a su cliente sobre la conveniencia o no de aceptarlos.

El Acuerdo

La redacción del acuerdo es claramente el momento de la mediación en el que la presencia de los abogados de las partes es esencial por razones técnicas. Los abogados deben velar por que la redacción del acuerdo se adecue con el resultado de la mediación, así como verificar el cumplimiento de los requisitos necesarios para dotarlo de ejecutabilidad en el caso necesario.

Según sea la complejidad del acuerdo, éste podrá llevar aparejado un calendario de ejecución, condiciones específicas de cumplimiento, establecer consecuencias para su incumplimiento, etc. La inclusión de cualquier cláusula en el acuerdo debe ser valorada por los abogados de las partes.

3. Necesidad de cambios en la formación de los abogados

Nuestro éxito como abogados en la mediación dependerá del desarrollo de algunos conocimientos y habilidades, algunos de los cuales no han sido objeto de nuestro estudio, al menos para los que nos licenciamos con el “Plan del 53”.

Para ser capaces de prestar el debido asesoramiento a nuestros clientes, en los términos que se sugieren en el punto anterior, es necesario que profundicemos en las siguientes áreas:

- Conocimiento legal y estratégico del sector en el que se desarrolla la actividad comercial de nuestro cliente.
Este conocimiento es fundamental para poder analizar debidamente el conflicto y elegir la estrategia de solución adecuada.
- Conocimiento de la mediación como MASC, así como de las diversas instituciones de mediación nacionales e internacionales, así como de sus Estatutos y Reglamentos y de sus cuadros de mediadores.
Esta será la manera en la que podremos orientar a nuestro cliente hacia una institución o mediador más adecuado y explicarles debidamente cómo va a desarrollarse la mediación.
- Habilidades de negociación, comunicación y desbloqueo, para asesorar a estratégicamente a nuestro cliente durante las sesiones de mediación.
- Conocimientos de derecho civil y procesal, así como de la legislación específica sobre mediación del lugar en el que esta se desarrolle o del que debe ser cumplido el acuerdo.

4. Conclusión: cambio en la cultura (y también en el abogado)

1. La decisión de trasponer la Directiva más allá del marco de los conflictos transfronterizos puede ser un acicate, no solo para la desjudicialización de los

conflictos sino también para una mejora de las relaciones comerciales y entre organizaciones que posibiliten la construcción de una "cultura de paz" como contraposición a una "cultura de confrontación".

2. A esta "cultura de paz" deben llegar también los abogados, no sólo por los beneficios que puede reportar a la sociedad sino por qué, cada vez en mayor medida, el propio cliente va a ser quién demande del abogado una solución más eficaz de los conflictos.
3. El cliente espera hoy que su abogado sea capaz de proporcionarle un asesoramiento eficaz, esto es, espera que el abogado sea un conocedor de los problemas específicos de su negocio y tenga en cuenta las necesidades de su cliente, más allá de un mero asesoramiento basado en posiciones jurídicas. Ante un eventual problema, nuestro cliente espera de nosotros –como, de hecho siempre ha ocurrido- una valoración del conflicto y el consejo sobre qué método de solución debe intentarse para resolverlo.
4. Epílogo: En la misma encuesta a la que he hecho referencia más arriba, la pregunta "¿Las ventajas de la mediación se reducen por la intervención excesiva de los abogados?" arrojó el siguiente resultado: 3%, siempre, 32%, a menudo, 62%, algunas veces, 3% , nunca. Por lo tanto, debemos mantener el equilibrio entre la necesaria protección de los intereses de nuestro cliente sin llegar a una posición obstruccionista que impida la consecución del acuerdo.