

# La mediación como sistema de resolución de conflictos del S. XXI

Grupo de Trabajo Conferencia sobre el futuro de Europa-Mediación



8 propuestas para potenciar la mediación como sistema de resolución de conflictos

# La mediación como sistema de resolución de conflictos del SXXI

## Estructura del documento:

Presentación

- A. Propuestas Introdutorias
- B. Principios filosóficos sobre los que se apoya la Mediación
- C. Beneficios del modelo de la Mediación
- D. El concepto de la “soberanía de la ciudadanía” en el ejercicio de la Mediación
- E. La Mediación como una propuesta de solución de controversias para el siglo XXI
- F. El impacto de la mediación sobre el conjunto de la sociedad
- G. FIDE y los instrumentos para la promoción de la Mediación.

ANEXO: Integrantes

## Presentación

Ante la perspectiva de la Conferencia sobre el Futuro de Europa (2020-2022) promovida por la Unión Europea, un grupo de profesionales e intelectuales vinculados a la **Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa (Fide)**, motivados por la “celebración fructífera del diálogo con los ciudadanos” y como miembros de la **sociedad civil organizada**, han decidido colaborar en el **Ágora de los Ciudadanos**.

Con tal fin, dentro de los temas seleccionados en el marco de **Valores, Democracia y Transformación Digital**, se ha elegido a la “Mediación como modelo para el siglo XXI en lo que respecta a la solución pacífica de las controversias”. Para ello, se ha tenido en cuenta la especialización de los miembros componentes de este Grupo de Trabajo en temas relativos a la Mediación y la apuesta que Fide ha realizado con la creación del **Centro de Mediación Fide (CMF)**.

## Directores del Grupo de Trabajo



### **Manuel Díaz Baños**

Abogado en el Departamento de Litigación y Arbitraje de Cuatrecasas. Mediador acreditado por CEDR. Secretario General del Centro de Mediación Fide (CMF).



### **Juan Manuel de Faramiñán**

Catedrático (emeritus professor) de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Jaén, Titular de la Cátedra Jean Monnet Instituciones y Derecho de la Unión Europea.



### **Carmen Hermida Díaz**

Directora General de la Fundación Fide. Responsable del Centro de Mediación Fide (CMF).



### **Cristina Jiménez Savurido**

Presidente de la Fundación Fide. Mediadora Acreditada CEDR.

# La mediación como sistema de resolución de conflictos del SXXI

## PROPUESTAS

**1<sup>a</sup>**

La potenciación pública y privada de la mediación como sistema de resolución de conflictos por cuanto favorece la cohesión social y permite a los Estados liberar recursos judiciales.

**2<sup>a</sup>**

La creación de un marco normativo común a escala europea que permita el desarrollo de la mediación en el mayor ámbito posible, incluyendo no solo conflictos Civiles o Mercantiles, sino también conflictos de Derecho público.

**3<sup>a</sup>**

Estudio de impacto sobre la legislación europea que permita a los Estados Miembros una adhesión conjunta a la Convención de Singapur.

**4<sup>a</sup>**

Incorporar en la legislación europea una revisión sobre la Directiva de Mediación que permita un desarrollo de la mediación digital.

**5<sup>a</sup>**

Todos los profesionales del derecho deben conocer el proceso de mediación, desde los estudios universitarios de las profesiones jurídicas para incorporarlo en su asesoramiento como medio adecuado de resolución de determinados conflictos y adquirir las habilidades precisas para participar en él.

**6<sup>a</sup>**

Es necesario desarrollar instituciones y profesionales altamente cualificados para la prestación del servicio de mediación. La contribución de la Administración, las empresas, las instituciones y los ciudadanos serán determinantes para ello.

**7<sup>a</sup>**

La incorporación de la forma de resolución de conflictos por las empresas, y especialmente la Mediación, entre los epígrafes que se pueden incluir en la Información no Financiera las Cuentas Anuales de las compañías.

**8<sup>a</sup>**

La incorporación en las normas procesales de potenciales consecuencias económicas para las partes que no acudan a la mediación de buena fe con carácter previo al proceso (o durante el mismo).

## La mediación como sistema de resolución de conflictos del SXXI

### A) PROPUESTAS INTRODUCTORIAS

El grupo de trabajo Fide formula las siguientes **propuestas**:

**Primera:** La potenciación pública y privada de la mediación como sistema de resolución de conflictos por cuanto favorece la cohesión social y permite a los Estados liberar recursos judiciales.

**Segunda:** La creación de un marco normativo común a escala europea que permita el desarrollo de la mediación en el mayor ámbito posible, incluyendo no solo conflictos Civiles o Mercantiles, sino también conflictos de Derecho público.

**Tercera:** Estudio de impacto sobre la legislación europea que permita a los Estados Miembros una adhesión conjunta a la Convención de Singapur.

**Cuarta:** Incorporar en la legislación europea una revisión sobre la Directiva de Mediación que permita un desarrollo de la mediación digital.

**Quinta:** Todos los profesionales del derecho deben conocer el proceso de mediación, desde los estudios universitarios de las profesiones jurídicas para incorporarlo en su asesoramiento como medio adecuado de resolución de determinados conflictos y adquirir las habilidades precisas para participar en él.

**Sexta:** Es necesario desarrollar instituciones y profesionales altamente cualificados para la prestación del servicio de mediación. La contribución de la Administración, las empresas, las instituciones y los ciudadanos serán determinantes para ello.

**Séptima:** La incorporación de la forma de resolución de conflictos por las empresas, y especialmente la Mediación, entre los epígrafes que se pueden incluir en la Información no Financiera las Cuentas Anuales de las compañías.

**Octava:** La incorporación en las normas procesales de potenciales consecuencias económicas para las partes que no acudan a la mediación de buena fe con carácter previo al proceso (o durante el mismo).

### B) PRINCIPIOS FILOSÓFICOS SOBRE LOS QUE SE APOYA LA MEDIACIÓN

La Mediación, como **sistema de resolución de conflictos**, se caracteriza por ayudar a las personas y a las empresas a solucionar los conflictos por sí mismos, sin necesidad de recurrir al Estado; y son los individuos quienes por sus propios medios buscan las soluciones que más les favorecen.

Siempre que se alcanza un compromiso entre los actores del conflicto, se obtiene la solución más eficaz de las posibles, puesto que son las partes quienes mejor conocen las posibilidades de solución y quienes más interesadas están en el provecho propio de la solución. Ellas son las que dedican su esfuerzo en el proceso de mediación para lograr lo que más les conviene y, por tanto, la solución más económica y provechosa tanto para ellas mismas como para el conjunto de la sociedad (a quién finalmente revierte la eficacia de sus sistemas).

No es un sistema coactivo sino componedor, por lo que **favorece la cohesión social frente al orden imperativo**, que por su propia naturaleza genera más reticencias, exige más recursos y dilata más en el tiempo las soluciones que demanda la sociedad. Además, resulta notablemente más económico que acudir a la jurisdicción, tanto para las partes (el proceso es más económico) como para el Estado (reduce la carga de recursos que debe destinar a la solución de conflictos privados).

## La mediación como sistema de resolución de conflictos del SXXI

Por otra parte, **permite a los Estados liberar recursos judiciales** (escasos) que actualmente se encuentran destinados en su mayoría a la resolución de los conflictos entre sujetos privados (con un éxito dispar en cuanto a su eficacia, por resultar insuficientes) para destinarlos a reducir la demora de la justicia y la eficacia de la impartición de la misma, es decir, colabora y refuerza el Estado de Derecho al potenciar su eficacia.

En este sentido, la referencia a la Unión Europea resulta indiscutible puesto que no hay más que dar lectura al Artículo 2 del Tratado de la Unión para apreciar que la Mediación es una excelente palanca para potenciar sus valores, su fortalecimiento y consolidación, tal como se recoge en el mencionado artículo:

“La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.”

Recordemos que la Mediación se encuentra fundamentada en:

a) El respeto a la dignidad humana y la libertad:

Se trata de un sistema de solución de conflictos no coactivo. La Mediación, resulta el más respetuoso con la dignidad humana y potencia el principio de respeto a la libertad individual, por cuanto fomenta la libertad de las partes en

la solución del conflicto. Las partes en el conflicto son dueñas y construyen el camino hacia la solución y la solución misma.

b) La tolerancia y la solidaridad:

La mediación fomenta, como pocas instituciones, la cultura de la tolerancia, ya que se basa en la reflexión no solo sobre el propio problema, sino sobre el problema del contrario en el conflicto, es germen de solidaridad.

c) El Estado de derecho y la justicia:

Como se apuntaba anteriormente, la liberación de recursos que en la actualidad los Estados destinan a impartir justicia les permitiría dedicarlos a mejorar sus sistemas judiciales y, consecuentemente, a reforzar el Estado de derecho y la justicia.

d) La Mediación es un instrumento que resalta la integración de la ciudadanía europea:

La Mediación es un modo de superar las normas nacionales hacia una homogeneización de los modelos.

Por todo ello, convenimos que se deberá potenciar la Mediación generando un **marco normativo común a escala europea** que regule, potencie e incentive el uso de la mediación civil y comercial. No debe pasarnos desapercibido que la resolución de conflictos fortalece los parámetros de una sociedad europea más justa, pacífica, sostenible e inclusiva.

La promoción de la Mediación se alinea con los criterios, objetivos, valores y principios europeos comunes para el fortalecimiento del marco de libertad y seguridad del que disponen los ciudadanos europeos para



## La mediación como sistema de resolución de conflictos del SXXI

ejercer plenamente su derecho de acceso a la justicia. Potenciar un medio consensual de gestionar los conflictos y de pacificación social redundará en una organización más eficiente de las disputas transfronterizas intraeuropeas y será, también, beneficioso para el mejor funcionamiento del mercado interior europeo.

La Mediación ha de convertirse en un mecanismo imprescindible para la integración de la ciudadanía europea y para la superación de ciertas normas nacionales a favor de la homogeneización de modelos más efectivos, sostenibles y eficientes de resolución de disputas que permitan determinadas certidumbres en torno a los procedimientos, su coste y el tiempo que consumen.

### C) BENEFICIOS DEL MODELO DE LA MEDIACIÓN

Los sistemas de solución de controversias, mediante el diálogo y en colaboración entre las partes, especialmente la Mediación, inciden positivamente tanto en los propios interesados como en el grupo social, y de forma indirecta en los costes públicos del sistema de justicia.

La Mediación se basa en la importancia esencial del **diálogo y la empatía: escuchar e intentar entender al otro. La reflexión y no la defensa a ultranza de la propia posición. El agravio no lo podremos evitar porque ya ha sucedido, pero sí podemos recomponer la convivencia.**

Los ciudadanos tenemos el derecho al **tratamiento adecuado de nuestro caso: la Justicia no es monopolio de jueces ni abogados. El valor de lo justo es inherente a cada cual** (las personas, las empresas, los grupos) que puede llegar a identificar qué es lo que más le conviene.

El desarrollo de actividad para lograr el valor de lo justo sin confrontación y enfocar el futuro comporta ciertos **aprendizajes de vida**. Las personas que han sabido gestionar su conflicto mediante un diálogo dirigido por un tercero, que les ha acogido y ayudado a identificar sus intereses, a plantear opciones y a valorar alternativas, a transformar su realidad vivida por un acuerdo de futuro, son personas que han aprendido la potencia de la palabra sobre la fuerza, el poder de uno mismo para ponerlo en valor sin acudir a manifestaciones violentas en situaciones conflictivas futuras, a hacer valer sus intereses y a aceptar que otros intereses distintos no suponen siempre una amenaza para los propios, incorporando la cultura del consenso. Y eso sencillamente es una de las mejores inversiones que se pueden hacer por una **sociedad democrática, avanzada y serena.**

Existe la necesidad de que la Administración de Justicia, entendida como organización que presta el servicio de justicia estatal, **sea el último recurso y no el primero**. Los tribunales son un bien escaso y costoso para el Estado. Hoy en día los tribunales, como los hospitales, están colapsados con un gran número de asuntos cuyo tratamiento adecuado sería a través de sistemas preventivos y curativos que no exigieran ingresar en los quirófanos. La Mediación permite la desjudicialización sin que se limite, sino todo lo contrario, el valor de lo justo, el derecho a la Justicia.

El impacto diferencial de la Mediación consiste precisamente en favorecer valores y principios que facilitan la convivencia pacífica, que permiten la superación de las crisis y conflictos y el avance hacia un futuro posible para los propios interesados, que ellos mismos diseñan, y para el conjunto social, y que limita el incremento del coste público en el área de Justicia.

## La mediación como sistema de resolución de conflictos del SXXI

Precisamente por ser un medio de realizar la justicia en concreto, la que cada cual en cada caso precisa, se propone su incardinación con la Administración de Justicia (servicio prestacional del Estado) para limitar el acceso a éste sin haber intentado antes la gestión positiva de la controversia mediante otros sistemas adecuados.

Resulta una necesidad generalizar el uso de la Mediación en todos los Estados miembros de la Unión Europea, máxime cuando la digitalización de los servicios y de las comunicaciones trasciende la idea del territorio nacional. Y para que su uso se generalice es imprescindible que previamente se conozca por los profesionales jurídicos.

A nivel nacional sería conveniente establecer como requisito de admisión de las demandas ante los tribunales la justificación de haber intentado previamente la solución amigable de la controversia, para lo cual la mediación es el mejor sistema. Del mismo modo debería regularse que el derecho a la justicia gratuita, por quien carece de medios, abarcara la gestión de los conflictos en mediación.

Las intervenciones a nivel europeo podrían abarcar desde la obligación del conocimiento de los ADR en la formación universitaria, fomentando su inclusión en los programas de intercambio (ERASMUS); una revisión del código de deontología de los abogados en la Unión Europea aprobado por el Consejo de la Abogacía Europea (CCBE) para dar mayor énfasis a la obligación de valorar en primer lugar el acudir a métodos adecuados de solución de controversias; la obligación en las distintas áreas de actividad que se regulan a nivel comunitario (transportes, telecomunicaciones, actividad bancaria y financiera, etc.) de incluir en los contratos una cláusula de prevención y gestión de

conflictos mediante la Mediación u otros medios adecuados de solución de controversias (“MASC” o “ADR”) antes de acudir a la Administración de Justicia, del mismo modo que se regulan las ofertas motivadas en derecho de daños o en contratos con consumidores; y la referencia a la Mediación en el Proyecto del marco común de referencia para el Derecho Privado Europeo (Draft Common Frame of Reference –DCFR).

Si debemos reflexionar y tener en cuenta los beneficios del modelo de la Mediación, no debería desecharse la idea de la importancia de suscribir en Europa la Convención de Singapur como modelo de “procedimiento” entre las partes frente a la idea del “proceso”, como se analizará más adelante en el epígrafe D).

Siguiendo con la identificación de las ventajas, nos hemos planteado la necesidad de analizar las reticencias existentes ante el modelo de la Mediación y destacar los beneficios frente a esas reticencias con el fin de plantear un estudio exhaustivo de las ventajas e inconvenientes con la intención de presentar un documento que resulte lo más objetivo posible.

Un posible obstáculo al desarrollo de la Mediación puede ser la reticencia de algunos abogados esencialmente procesalistas a recomendarla, ya sea por su escasa experiencia con el modelo de la Mediación o por su preferencia comercial por asumir la defensa de los clientes en litigios y arbitrajes.

Por este motivo, con el fin de promover el desarrollo de la Mediación como medio alternativo de resolución de disputas, deseamos señalar, afirmar y explicar que **el asesoramiento a los abogados en relación con la Mediación** resulta fundamental para que sus clientes estén correctamente representados.

## La mediación como sistema de resolución de conflictos del SXXI

### **En particular:**

En primer lugar, porque el abogado estará en condiciones de ofrecer un importante valor añadido a sus clientes si conoce las necesidades y características de la Mediación. El conocimiento por los abogados en materia de Mediación contribuirá a que el asesoramiento prestado por los mismos sea más completo, y permitirá al cliente ganar control y poder de decisión sobre la controversia que le afecta.

En segundo lugar, el abogado puede aportar seguridad jurídica a su cliente durante el desarrollo de la Mediación, y su papel es fundamental para asesorar al mismo antes, durante y después del proceso de Mediación. A título de ejemplo, los abogados de las partes serán esenciales para dar forma jurídica al eventual acuerdo que se pueda alcanzar por las mismas.

En tercer lugar, un cliente estará más satisfecho con los servicios prestados por su abogado si éste le ha asesorado de forma transparente sobre las distintas alternativas disponibles para la resolución de la controversia y le ha ofrecido asesoramiento especializado sobre la necesidad o conveniencia de acudir a la Mediación.

**En síntesis:** El valor añadido del abogado, en un proceso de mediación, se manifiesta en: a) que conocer la Mediación le permite ampliar el menú de soluciones a disposición del cliente, así como las ventajas que esta alternativa tiene frente a otros medios tradicionales de resolución de disputas (celeridad, mantenimiento de la relación, exigibilidad del cumplimiento del resultado); b) que aporta seguridad en el transcurso de la Mediación y con respecto a la exigibilidad del acuerdo final; c) un buen asesoramiento por parte del abogado al cliente.

Finalmente, cabe destacar el “impacto diferencial” de la Mediación frente a otros modelos de solución de controversias que han generado una amplia lista de incentivos para su efectiva promoción.

### **D) EL CONCEPTO DE LA “SOBERANÍA DE LA CIUDADANÍA” EN EL EJERCICIO DE LA MEDIACIÓN**

Como ya se ha señalado en el primer apartado, la concienciación de la ciudadanía de su capacidad para resolver sus conflictos resulta un elemento clave en el desarrollo y promoción de la Mediación.

En este sentido y, sin lugar a dudas, los empresarios, como verdaderos interesados en el modelo de la Mediación, se pueden constituir en sus más sólidos aliados y pueden ejercer de “altavoces” sobre sus ventajas. La empresa puede ver en la Mediación un instrumento jurídico seguro que respalda sus intereses, máxime cuando, en numerosas ocasiones, los empresarios se sienten constreñidos por los procedimientos judiciales o arbitrales y en donde la Mediación puede resultarles una alternativa eficaz y operativa.

El dinamismo y la celeridad con que se desenvuelven en la actualidad las relaciones comerciales internacionales exigen soluciones rápidas y eficaces a los conflictos que de dichas relaciones pueden surgir entre empresas con presencia e intereses cada vez más globalizados geográficamente.

Razón por la cual, deferir la solución de estos conflictos a la decisión de un tercero supone no solo dilatar en el tiempo su desenlace, por lo demás, incierto, sino sustraer a las empresas la posibilidad de solventar amistosamente y por sí mismas sus controversias comerciales en el modo que menos erosione sus relaciones mercantiles y que mejor satisfaga sus necesidades e



## La mediación como sistema de resolución de conflictos del SXXI

intereses, según las circunstancias concretas de cada caso. No se trata pues de adaptar la legislación general y abstracta, o decisiones previas de otras controversias parecidas a una solución específica, concreta y con sus matices relevantes, sino de articular una solución a medida de la controversia específica; y hacerlo en el menor tiempo y coste.

El carácter autocompositivo de la Mediación afirma y refuerza la autonomía de la voluntad, **la “soberanía” del empresario en la gestión de sus conflictos comerciales**, colmando su libertad de decidir sobre sus propias disputas, como expresión de justicia, y lejos de la injerencia que supone una solución ajena e impuesta que, en ocasiones, se puede presentar alejada de la efectiva satisfacción de los intereses o necesidades de las partes en conflicto o, incluso, de imposible realización práctica. Es fácil comprender en el contexto empresarial, que el análisis en términos de oportunidad-riesgo y coste beneficio determina utilizar un sistema que evite la incertidumbre del resultado impuesto.

La solución alcanzada de forma autocompositiva, con la ayuda de un mediador, ya sea antes o después de remitir la disputa a la decisión de un tercero o, incluso, cuando este ya la haya impuesto, no sería plena sin el reconocimiento de su eficacia y efectividad allí donde haya de surtir efecto, pero no mediante la autotutela de las partes en conflicto, sino dentro del marco de la confianza y seguridad jurídica, una vez contrastada la legalidad y autenticidad de esa solución libremente querida y adoptada por las partes.

Facilitar y agilizar la ejecución de las soluciones alcanzadas en Mediación fomentaría su progresiva utilización por las empresas como método habitual en la gestión de sus conflictos comerciales, coadyuvando así, sin duda, en la promoción de su conocimiento y utilización generalizada por toda la ciudadanía, no solo

como alternativa a la solución judicial de conflictos, sino también como expresión de su propia libertad y del principio de acceso a la justicia.

En esta línea de reflexiones, no podemos olvidar la importancia de la ciudadanía en el marco de la Mediación y que hemos denominado la **“soberanía de los ciudadanos”**. Puesto que como se ha apuntado, una de las principales características que definen a la Mediación como método de solución de conflictos es el hecho de que sean las partes las que deciden. En puridad, las partes deciden todo. Deciden ir a Mediación, quién será su mediador, deciden quedarse o no durante todo el proceso y son ellas quienes, en primera persona y en nombre propio, van tomando las pequeñas o grandes decisiones que llevan a la solución final de acuerdo o bien a la falta de acuerdo.

En los cursos sobre Mediación una de las primeras cosas que uno aprende es que las partes tienen el control de la posible solución, lo cual es consecuencia, *prima facie*, de la voluntariedad del proceso, si bien, a un nivel más profundo, supone una toma de control y de responsabilidad. Y es que hemos de tener presente que, ya sea en el ámbito personal o en el ámbito empresarial, las partes, es decir, las personas que han ido tomando decisiones hasta llegar al día de la Mediación, son o han sido las creadoras del problema y, tomando la decisión de ir a Mediación, se convierten a sí mismas en creadoras de la solución, lo cual supone un empoderamiento y una toma de responsabilidad que habla, en definitiva, de soberanía.

Por ello, empoderar a la ciudadanía para que se sienta dueña de sus problemas y capaz de tomar las decisiones necesarias para resolverlos es un acto de madurez como sociedad que implica devolverle, por decirlo de algún modo, al pueblo lo que es del pueblo. Su capacidad, soberanía y autonomía de la voluntad en todos los

## La mediación como sistema de resolución de conflictos del SXXI

estadios de las relaciones que una persona física o una empresa sea capaz de establecer. Y, quizás, una vez que el tejido social sea percibido con esa capacidad de decisión y ese “poder”, los intereses creados alrededor de la solución de conflictos al modo tradicional sientan la necesidad de evolucionar hacia una vocación de servicio más sofisticada y acorde con la realidad de un pueblo que sabe cuáles son sus necesidades.

Algo que, sin duda, interesa a la “Europa de los ciudadanos”, es tomar el pulso de la ciudadanía y para ello hemos generado una serie de encuestas, dado que la obtención de datos resulta esencial con el fin de poder realizar propuestas que estén debidamente fundamentadas en información objetiva, veraz y actualizada. Por ello, adjuntaremos un análisis de las diferentes encuestas que se han ido realizando en los últimos años para poder igualmente identificar los indicadores más adecuados que puedan orientarnos para realizar alguna propuesta relativa a la necesidad de implementar nuevas políticas, o nuevas regulaciones que favorezcan el uso de la mediación entre los particulares y las empresas.

En este sentido, resulta interesante un reciente informe de la OCDE realizado desde la visión de los usuarios, y sus necesidades legales, en el que se pone énfasis en la diferenciación entre necesidades e intereses para la resolución de conflictos, al igual que ocurre en la Mediación. Siendo además muy interesante por cuanto se evidencia que los casos que finalmente se judicializan o llegan a un bufete de abogados son menos de lo esperado. Además, en dicho texto aparecen una serie de cuestionarios que pueden servir para identificar esos indicadores para que se pueda actuar correctamente por parte de los organismos competentes para acercar la justicia a sus ciudadanos.

### E) LA MEDIACIÓN COMO UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS PARA EL SIGLO XXI

El siglo XXI es el siglo de la revolución digital y también, a la vez, es el siglo de la humanización que implica la **sostenibilidad y armonía del ser humano tanto con su entorno o medio ambiente**, como con los valores éticamente aceptados en forma universal. Como ya hemos apuntado, la Mediación humaniza la resolución de conflictos en cuanto no hay imposición de soluciones sino convencimiento de las partes en el acuerdo, con la ayuda de un mediador.

La Mediación es necesariamente *adaptativa*. Debe adaptarse a los diferentes conflictos, sujetos, ámbitos y metodologías para responder a las necesidades del siglo XXI.

La normativa europea y la convencional internacional se refieren a conflictos civiles y mercantiles. La incorporación de otras materias propias del Derecho público requerirá una decisión del legislador (o doctrina jurisprudencial) que reconozca el efecto ejecutivo de la Mediación efectuada en su jurisdicción. Si bien, conviene recordar que ya existe, a través de fórmulas transaccionales como los acuerdos de valoración previa, en sede tributaria, o los undertakings en materia de Competencia y Antitrust, pero el campo es muy limitado ya que la Mediación supone la conciliación de dos intereses privados y que no entre en juego el Interés Público. El funcionario ad-hoc no tiene el mismo interés que un particular y su interés personalísimo, y además, la confidencialidad –elemento esencial de la Mediación– es bastante contraria a los principios rectores de la actuación de la Administración.

La idoneidad de la Mediación como método de resolución de conflictos en el ámbito digital exige un estudio profundo para analizar todos los aspectos que ello implica.

## La mediación como sistema de resolución de conflictos del SXXI

En primer lugar, la digitalización supone la quiebra de la jurisdicción, no existe un foro competencial evidente. No conoce fronteras, implica la utilización de tecnologías tanto en el proceso, en cuya tramitación puede ser sustituido el ser humano en diferentes trámites, como en la propia solución del conflicto. La notificación de las partes, la protección de datos, la transparencia del proceso o la seguridad de las actuaciones deben ser duda ser analizadas.

Además, para el siglo XXI existen también otros retos, por ejemplo, tengamos en cuenta que el desarrollo internacional de la Mediación es insuficiente en relación con el desarrollo del Arbitraje. Cabe citar, en el ámbito europeo, la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008 y en el ámbito internacional, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, conocida como la “Convención de Singapur sobre la Mediación” (Nueva York, 2018). La misma está en vigor entre seis (6) Estados (Singapur, Qatar; Arabia Saudita; Ecuador, Fiji y Belarús (Bielorusia); si bien más de cuarenta (40) Estados ya la han firmado como gesto político.

Las firmas europeas merecen tener la oportunidad de resolver disputas con empresas de países no comunitarios de manera ágil y económica, y que esto les permita conservar sus valiosas relaciones comerciales. Para esto es crucial que **Europa se integre a la Convención de Singapur potenciada desde las Naciones Unidas**, la cual, en esencia, permite que los acuerdos logrados vía Mediación – entre empresas de distintos países – sean ejecutables. Teniendo en cuenta que ya la firmaron los principales competidores de la Unión Europea, tales como Estados Unidos, China e India, no creemos conveniente de que la Unión Europea se quede fuera de estas importantes corrientes de desarrollo.

El desarrollo internacional es muy incipiente y el Convenio además plantea un problema en Europa en su conflicto con la Directiva comunitaria. Este conflicto deriva del carácter mixto del Convenio, entre competencias nacionales (la ejecución de los acuerdos, art. 6.2 de la Directiva).

Hace falta un estudio de impacto sobre la legislación europea como primer paso para una posible acción de la Unión, identificando sus competencias, que permitiera a los estados miembros una adhesión al mismo conjuntamente (como en el Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales), dado que late la tensión entre las competencias exteriores de la Unión, en expansión, y las competencias nacionales.

En todo caso, parece claro que Europa apostará por la Mediación, pues el perfil de los Estados miembros es alto en esta técnica de resolución de conflictos y deberá dar un paso que posibilite la firma del Convenio a los Estados interesados; aunque si bien, para ello será posiblemente necesaria una modificación de la directiva 2008/52/CE.

En conclusión, la Mediación, máxime en un contexto de pandemia como el actual, deberá adaptarse a las nuevas tendencias, especialmente tecnológicas, pero sin duda, presenta un futuro espectacular según nos adentramos en el S. XXI.

### **F) EL IMPACTO DE LA MEDIACIÓN SOBRE EL CONJUNTO DE LA SOCIEDAD**

#### **• La mediación empresarial como valor social.**

Las empresas valoran, cada vez más, el comportamiento ético como un elemento que contribuye a generar valor a través de la generación de confianza, cuestión que también es esencial para el mantenimiento de la organización y las relaciones comerciales con sus clientes, proveedores, accionistas, etc. Tengamos en cuenta el

## La mediación como sistema de resolución de conflictos del SXXI

ingrediente tan potente de la confidencialidad en la Mediación, que hace que la transparencia de los códigos de Buen Gobierno se vea afectada. Vincularía mucho en este caso la Mediación a ser una obligación previa a arbitraje o ejercicio activo de acciones judiciales.

En la actualidad, se presta más atención a cuestiones tales como la sostenibilidad, no sólo por el impacto que genera la actividad empresarial en las futuras generaciones, sino también, en el entorno económico social y medioambiental que su actividad puede ocasionar.

Tengamos en cuenta que las empresas no son solo entidades económicas, sino que también constituyen un elemento esencial que contribuye al bien y al interés general de la sociedad en la que se integran. Por ello hay que entender su papel y su valor más allá de las responsabilidades legales y de los logros orientados a objetivos económicos o la obtención de beneficios.

Por ello la cultura empresarial que define su posición con respecto a sus empleados, sus proveedores, sus clientes, sus accionistas e incluso sus competidores, pone su foco de atención no sólo en cómo obtiene sus beneficios y logros económicos, sino también en cómo los consigue. Así numerosos estudios resaltan que, para prosperar a lo largo del tiempo, cada empresa debe ofrecer un rendimiento financiero y también mostrar cómo realiza una contribución positiva a la sociedad y a su entorno.

Como consecuencia de lo anterior, existe un consenso mayoritario en que las empresas han fallado en múltiples ocasiones en su autorregulación, por lo que resulta adecuado desarrollar un marco legal que promueva un enfoque ético en la gestión empresarial. Desde la regulación se fomenta que las empresas vayan más allá del cumplimiento de las normas, para que

adopten un enfoque basado en principios y valores.

Es por esta razón que desde los últimos años diversas regulaciones han incidido en la importancia del buen gobierno de las sociedades, siendo una muestra de ello las numerosas iniciativas comunitarias; la importancia del Código de Buen Gobierno de las Sociedad Cotizadas aprobado por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) el 26 de Junio de 2020, que sin duda ha influido notoriamente en la actual regulación contenida en la Ley 11/2018 de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y la Ley 22/2015 de 20 de julio de Auditoria de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad.

Por ello, la importancia de la Responsabilidad Social Corporativa (RSC) y el buen gobierno corporativo, se ha visto reconocida por la Ley 11/2018 de información no financiera y diversidad, impulsando un cambio de paradigma para fomentar igualmente un cambio cultural empresarial orientado hacia la sostenibilidad y la generación de valor para la sociedad. En dicha Ley se establece que las empresas obligadas, deben facilitar información adecuada sobre aquellos aspectos en los que existen más probabilidades de que se materialicen o se hayan materializado ya los riesgos con efectos graves.

Entre dichos riesgos graves, no sólo se encuentran aquellos que pueden tener una mayor incidencia económica, sino también reputacional.

Por tanto, las cuentas anuales incluirán, cuando proceda, estado de información no financiera, entre otras cuestiones sobre: a) Información sobre cuestiones medioambientales; b) Información sobre cuestiones sociales y relativas al personal; c) Información sobre el respeto de los

## La mediación como sistema de resolución de conflictos del SXXI

derechos humanos; d) Información sobre la sociedad; f) Información significativa y sobre diversidad.

En la medida en la que deseamos determinar el impacto de la Mediación en el conjunto de la sociedad, tenemos que generar una doble estrategia: a nivel nacional y a nivel comunitario en el marco de la Unión Europea.

O A nivel nacional, proponemos que se impulse la modificación legislativa de la Ley 11/2018 para introducir un nuevo apartado dentro de la información no financiera en la formulación de las cuentas anuales.

O A nivel comunitario, que se impulse una nueva regulación comunitaria o recomendación o en su caso cualquier instrumento de *soft law*. para procurar la modificación la regulación nacional sobre información no financiera

Por tanto, nuestra propuesta, en consonancia con los anteriores antecedentes se concreta en que, en la información no financiera que deben las empresas suministrar en sus cuentas anuales, se sugiera un epígrafe referido a la Información relativa a la resolución de conflictos. En este apartado las empresas pueden suministrar información sobre los diferentes medios de solución de conflictos que habitualmente utilizan, informando sobre los porcentajes de utilización de cada uno de los métodos alternativos de solución de conflictos (ADR/ MASC), y haciendo mención expresa a la Mediación.

También las empresas pueden informar sobre el uso de las cláusulas escalonadas en la resolución conflictos, así como si entre los diferentes medios de resolución de conflictos que se contempla en dichas cláusulas escalonadas, se encuentra expresamente la Mediación. Esta información puede ser verificada tanto por

los órganos de control interno, como de auditoría interna y externa de las empresas.

Para el caso de que las empresas que no contemplen la utilización de la Mediación dentro de los métodos de resolución de conflictos, éstas pueden indicar las razones por las cuales entienden que no resulta adecuado acudir a dicho método de resolución de conflictos.

De esta forma las empresas podrán tener ocasión de considerar las cuestiones más relevantes para decidir sobre si les resulta adecuado o no acudir a Mediación para la resolución de sus conflictos.

### • La mediación como parte del Proceso judicial y que la irrazonable negativa a participar en ella pueda tener consecuencias económicas.

Dentro de la filosofía relativa al impacto de la Mediación en el conjunto de la sociedad, cabe preguntarse acerca de las ventajas de que existan consecuencias negativas para quienes se nieguen – irrazonablemente – a solucionar disputas civiles vía Mediación. En este sentido, cabe recurrir al asunto Sir Anthony Clark, presidente de la Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales (Master of the Rolls), 2008, en el que se entiende que “la Mediación y las ADR forman parte del proceso de procedimiento civil. No son simplemente auxiliares a los procedimientos judiciales, sino que forman parte de ellos.”

Hay poco debate en torno al franco avance de la mediación en el Reino Unido a partir de la vigencia de las Reglas de Procedimiento Civil (CPR) en 1999. En ellas se estableció que el “objetivo supremo” de las CPR es “manejar los casos de manera justa” (Parte 1.1.1), lo cual incluye: a) ahorrar gastos excesivos; y, b) actuar de manera proporcional. Tanto las cortes como las partes en conflicto están obligadas a



## **La mediación como sistema de resolución de conflictos del SXXI**

perseguir el 'objetivo supremo' (Partes 1.2 y 1.3).

La principal herramienta que utilizan las cortes británicas para cumplir y hacer cumplir el 'objetivo supremo' es motivar a las partes a intentar solucionar sus disputas vía Mediación. La clave de esta exhortación radica en la capacidad e inclinación de las Cortes para obligar a quien se niegue (irrazonablemente) a mediar, a pagar los costos legales de la otra parte. Esto es una excepción a la arraigada costumbre inglesa de ordenar a la parte perdedora a pagar los costos legales del ganador del litigio. Como se puede intuir, el sendero adoptado por la justicia del Reino Unido no ha estado exento de dificultades.

Afortunadamente, el camino ya recorrido permite visualizar los aspectos legales que se deben considerar. Lo importante es que la 'motivación' que lleguen a ejercer las cortes sea eficaz, y a la vez respetuosa de los derechos fundamentales de las partes. Lo expresado por Sir Anthony Clark no es una opinión aislada.

Consideramos que la positiva experiencia británica, es pertinente para que la Unión Europea considere la posibilidad de que haya consecuencias negativas para quienes se nieguen – irrazonablemente – a solucionar disputas civiles vía mediación.

### **G) FIDE Y LOS INSTRUMENTOS PARA LA PROMOCIÓN DE LA MEDIACIÓN**

La Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa (Fide) es un proyecto colectivo nacido en el seno de la sociedad civil con una vocación claramente definida: ser un lugar de encuentro para las empresas, la administración pública y los profesionales independientes del Derecho. Su organización se estructura en torno a un Patronato, un Consejo Académico y

Entidades Colaboradoras. Fide es un think-tank jurídico-económico que permite conocer de primera mano las resoluciones, normas o cuestiones que surgen a diario en el entorno jurídico-empresarial.

Por tales razones, para Fide la Mediación resulta un instrumento fundamental para la sociedad del siglo XXI y la resolución de conflictos por la vía pacífica y del entendimiento. Con tales fines ha creado un Centro de Mediación Fide, especializado en Mediación y en solución alternativa de conflictos empresariales.

La filosofía de tales instrumentos se basa en tres principios fundamentales: Confidencialidad, Confianza y Transformación Cultural.

#### **Confidencialidad**

La gran virtud de la Mediación coadyuva, sin embargo, en gran medida a su desconocimiento: la confidencialidad.

Cuando las empresas, las instituciones, los Estados o los particulares alcanzan un acuerdo a través de la Mediación han conseguido no solo resolver su conflicto de forma satisfactoria sino, también, de manera confidencial. La discreción que buscan las partes durante el desarrollo de las conversaciones, la obtención del acuerdo y su ejecución constituye uno de los elementos esenciales del éxito de la Mediación.

Han sido las propias partes quienes han construido la solución. Han creado el marco adecuado para ello. Han participado activamente, superando todas las reticencias existentes y han sido capaces de colaborar en el diseño de una solución eficaz para ambas. Todo este proceso, que se desarrolla confidencialmente, requiere también, en su ejecución, de confidencialidad.

## **La mediación como sistema de resolución de conflictos del SXXI**

La comunicación interna y externa de las condiciones alcanzadas en un acuerdo exige, en la gran mayoría de las ocasiones, confidencialidad acerca del proceso a través del cual se ha alcanzado. Probablemente la estrategia de las partes va a ser trasladar esas condiciones como las absolutamente idóneas a su objetivo comercial o institucional y no necesariamente como las resultantes de un proceso de Mediación en el que ha habido que hacer cambios, concesiones y renunciaciones.

Tal vez en ello radique una de las dificultades de encontrar casos de éxito sobre los que trabajar públicamente, como si lo podemos hacer sobre casos que fueron debatidos y resueltos por los tribunales. La posición inicial, los intereses ocultos de cada parte, la estrategia seguida en las reuniones mantenidas con el mediador y con la otra parte, el resultado final del convenio e incluso el proceso de ejecución de este quedará en la absoluta confidencialidad de las partes y del propio mediador si la mediación concluyó con éxito.

Por tanto, encontramos en la propia esencia de la Mediación una debilidad para su reconocimiento público y ello exige, por tanto, una comunicación más compleja, más inteligente.

### **Confianza**

Otra característica de la Mediación es la aceptación por las partes de la necesaria intervención de un profesional cualificado. Aceptar la idea de que el proceso creador de soluciones adecuadas requiere algo más que la propia voluntad de las partes e incluso el conocimiento profundo de las circunstancias del caso y de los obstáculos que hay que superar, no es automático. Depositar la confianza y toda la información sensible en un tercero, de manera voluntaria, requiere de un conocimiento detallado del proceso de mediación. Es por

tanto una cuestión de actitud, de hábitos. Y los hábitos se pueden adquirir.

Si conseguimos transformar la cultura de enfrentamiento en cultura de diálogo. La cultura de la imposición de decisiones judiciales o arbitrales en la cultura de creación de soluciones consensuadas, transformaremos de manera decisiva la sociedad.

### **Transformación cultural**

Para esta transformación cultural son necesarios cambios en muy diferentes ámbitos y niveles. Desde el regulatorio, favoreciendo espacios y tiempos para la solución consensuada de conflictos, incentivándola decididamente, hasta la institucional o comercial, fijando desde el inicio de las relaciones con terceros mecanismos de gestión de conflictos que transiten por el diálogo. Asimismo, precisa de transformación la cultura individual, que sólo puede alcanzarse a través de la formación y conocimiento por profesionales y particulares de técnicas adecuadas y necesarias para la Mediación.

Todos estos son los trabajos que tenemos que impulsar desde las instituciones, las empresas, los despachos profesionales y la academia:

- Crear las condiciones necesarias para incentivar de manera decisiva la Mediación, atribuyendo a las partes todos los beneficios que de manera individual y colectiva se producen cuando una sociedad gestiona sus conflictos de manera consensuada.
- Protocolizando de manera estratégica las relaciones comerciales e institucionales y la gestión de los eventuales conflictos.
- Integrando en los procesos formativos de todos los empleados, directivos, y responsables las habilidades y el conocimiento preciso para la gestión de

## La mediación como sistema de resolución de conflictos del SXXI

los conflictos de manera activa y eficaz.

- Evaluando los procesos y las medidas adoptadas en los distintos niveles y materias.

Por ello desde Fide hemos iniciado una serie de actuaciones estratégicamente planificadas para atender y alcanzar todos estos objetivos:

1. Formación especializada en Mediación comercial dirigida profesionales de reconocido prestigio y desarrollo de actividades permanentes de formación continua en las habilidades y conocimientos necesarios para mantener un alto estándar de calidad en la Mediación.

2. Creación de un Centro de Mediación Fide dirigido principalmente a la Mediación comercial, abierto a profesionales con una amplia formación en Mediación. Incorporando en el mismo un sistema tecnológico avanzado que permite (i) un seguimiento individualizado de cada procedimiento por todas las partes, el centro y los mediadores; (ii) medición estadística de los diferentes indicadores que permitirán una mejora en los procesos, la formación, la calidad de los acuerdos y su ejecución; (iii) un sistema tecnológico seguro de videoconferencia para la realización de los procesos de mediación online.

3. Celebración de convenios con centros de Mediación nacionales e internacionales que acrediten unos objetivos similares de calidad, procedimientos y objetivos.

4. Desarrollo de múltiples acciones de análisis de las acciones necesarias para un mayor desarrollo de la mediación en el ámbito nacional e internacional.

- Creación de Grupos de Trabajo de expertos de distintos países y distintas instituciones, realización de encuestas dirigidas al conocimiento del desarrollo

de la mediación en diferentes países con el objetivo de formular propuestas regulatorias incentivadoras de la mediación.

- Talleres de formación para profesionales del ámbito jurídico que complementen sus habilidades y conocimiento del proceso de mediación.
- Publicación de un decálogo de actuaciones tendentes a la promoción de la mediación y su difusión entre los profesionales del ámbito jurídico en España y Latinoamérica.
- Declaración de un compromiso de los profesionales del ámbito jurídico de tomar en consideración la mediación como medio adecuado para la resolución del conflicto, y su difusión en España y Latinoamérica.
- Participación en las instituciones públicas y privadas que favorecen el uso de la mediación como mecanismo de resolución de conflictos.

5. Consideramos que el cambio cultural debe empezar desde la escuela, por ello hemos puesto en marcha tres iniciativas dirigidas a los jóvenes de edades comprendidas entre 14 y 28 años: (i) el Centro de Mediación Fide Junior, (ii) los programas formativos categorizados por edades y objetivos, y, (iii) el grupo de trabajo sobre un protocolo de referencia para la implementación en los centros escolares de las herramientas adecuadas para que la mediación se configure como el procedimiento de gestión de los conflictos surgidos en los mismos.

En definitiva, desarrollar en todo el itinerario formativo de jóvenes y profesionales lo que podríamos titular como una “cultura de la Mediación”.

### ANEXO: INTEGRANTES

Las reflexiones y propuestas presentadas son el resultado del trabajo y de los debates mantenidos por los integrantes que se destacan a continuación. Nos hacemos solidarios con el conjunto de la propuesta. La propuesta se firma a título personal y no representa la posición oficial de las instituciones a las que pertenecemos.

- **Francisco Alarcón**, Fundador, actual Director y Mediador del Centro de Mediación Empresarial, Guayaquil. Miembro del Consejo de Regentes de la Universidad Casa Grande, Guayaquil.
- **Raquel Alastruey**, Magistrada. Fundadora del Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación. Profesora asociada de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona. Miembro de la Comisión Técnica del Centro de Mediación Fide (CMF).
- **Manuel Díaz Baños**, Abogado en el Departamento de Litigación y Arbitraje de Cuatrecasas. Mediador acreditado por CEDR. Secretario General del Centro de Mediación Fide (CMF).
- **Juan Manuel de Faramiñán**, Catedrático (emeritus professor) de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Jaén, Titular de la Cátedra Jean Monnet Instituciones y Derecho de la Unión Europea.
- **Ana Fernández Tresguerres**, Notaria de Madrid. Académica de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Miembro del Consejo Académico de Fide. Miembro de la Comisión Técnica del Centro de Mediación Fide (CMF).

- **Carlos Gutiérrez**, Director de Litigios en Siemens Gamesa Renewable Energy S.A. Mediador del Centro de Mediación Fide (CMF).
- **Clifford Hendel**, Fundador de HENDEL- IDR. Mediador del Centro de Mediación Fide (CMF).
- **Cristina Jiménez Savurido**, Presidente de Fide. Magistrada en excedencia. Mediadora del Centro de Mediación Fide (CMF).
- **María José Lanchares**, Abogado en Lanchares Abogados SLP. Mediadora del Centro de Mediación Fide (CMF).
- **Marta Lázaro**, Mediadora. Abogada. Mediadora del Centro de Mediación Fide (CMF).
- **Miguel Ángel Malo**, Consejero de Cuatrecasas. Mediador acreditado por CEDR y miembro del Chartered Institute of Arbitrators. Mediador del Centro de Mediación Fide (CMF).
- **Carolina Revenga**, Abogada. Mediadora acreditada por CEDR.
- **Sergio Redondo**, Corporate Legal Counsel de Pinsent Masons. Mediador del Centro de Mediación Fide (CMF).
- **Mariví Rodríguez**, Mediadora empresarial, fundadora de Compromiso de Mediación. Gerente de la Asociación para el Ejercicio de la Mediación y el Arbitraje, ASEMARB. Mediadora del Centro de Mediación Fide (CMF).
- **Pedro Sangro**, Socio del despacho Sangro & BLF Abogados, Secretario General de Memora. Mediador del Centro de Mediación Fide (CMF).

**DOCUMENTO DE PROPUESTAS**

# La mediación como sistema de resolución de conflictos del S. XXI

Grupo de Trabajo Conferencia sobre el futuro de Europa-Mediación



**Fundación Fide**

**Marzo 2021**