



La mediación empresarial: una inversión indiscutible

La mediación empresarial crece en Europa a buen ritmo, pero ¿cómo ha sido recibida en España? Este medio de resolución de conflictos en el que las partes tratan de alcanzar un acuerdo *win-win* con la colaboración de un tercero, no hace más que ganar adeptos y popularidad entre empresarios y abogados continentales. Las ventajas son claras: ahorro de tiempo, costes y la posibilidad de continuar con una relación contractual en términos amistosos, a cambio de comprometerse contractualmente a acudir a la mediación durante un período determinado de tiempo



Clifford J. Hendel ⁽¹⁾

Socio ARAOZ & RUEDA



Tener la habilidad de tomar decisiones a contracorriente, que rompan con paradigmas culturales, pero que terminen por beneficiar al negocio, forma parte del instinto empresarial. A menudo, detrás del velo de la tradición y de la práctica empresarial, hay soluciones que mejoran la forma de hacer las cosas en la empresa. Ignorar estas nuevas posibilidades –o desdeñarlas sin un mínimo de reflexión– puede suponer una pérdida de oportunidades y, en definitiva, una deficiente utilización de los recursos.

Cuando se trata de solucionar controversias empresariales, en España solemos acudir mecánicamente a dos métodos de resolver estos conflictos: a través de los tribunales o (en particular, en los últimos años) por medio de un arbitraje. Pero existe otro medio de lidiar con las posibles disputas cuyo uso está poco extendido en España en el ámbito de la empresa y que puede conducir a una resolución más rápida y eficiente del problema, sin necesidad de recurrir (o al menos, antes de tener que recurrir) a aquellos métodos más arraigados: este método es la mediación.

Hay razones poderosas para pensar que el gran impulsor de la mediación empresarial en este país, el que podría darle a esta institución el empuje que necesita para romper las barreras culturales e históricas que actualmente impiden su pleno desarrollo, podría ser la empresa en sí, y en particular el director financiero. Y esto, por la sencilla razón de que el otro candidato lógico para servir de "campeón" –el abogado, ya sea interno o externo– está hasta cierto punto encorsetado por el conservadurismo y la cautela a la que aboca su formación y vocación, y que le hace

estar poco dispuesto a romper paradigmas o aconsejar a su cliente a tomar decisiones a contracorriente.

Partiendo de la base, pues, de que hará falta que el cliente arrastre al abogado (al menos, al abogado externo) a la mediación, este artículo tiene como objetivo esbozar en grandes líneas las bondades de la mediación para su uso por parte del director financiero.

QUÉ ES LA MEDIACIÓN⁽²⁾

La mediación es un sistema de resolución de conflictos en que dos entidades tratan de llegar a un acuerdo con la colaboración de un tercero, el mediador. El mediador no es un juez ni un árbitro, sino una persona designada por las partes que trata de resolver la disputa, intentando llegar a un acuerdo en el que ambas partes estén satisfechas, trata por tanto de obtener un acuerdo *win-win*, esto es, el mediador no toma decisiones, sino que trata de buscar acuerdos, por lo que nada de lo que diga o haga es vinculante para las partes ni tampoco oponible; tan solo ayuda a las partes en conflicto a llegar a su propio acuerdo.

Esta práctica, a pesar de las muchas y evidentes ventajas que tiene frente al arbitraje o a acudir a los-

⁽¹⁾ Socio de Araoz & Rueda (Madrid), Clifford J. Hendel desarrolla una práctica transaccional y contenciosa, en particular en el ámbito internacional, incluyendo como árbitro (ICC, LCIA, CAS...) y mediador. Forma parte del *Global Panel of Neutrals* del *International Institute for Conflict Prevention and Resolution* (CPR), es mediador acreditado por el *Centre for Effective Dispute Resolution* (CEDR) y es miembro de la lista de mediadores del Centro de Mediación y Solución de Conflictos (CEMED). Admitido en Nueva York (*Attorney*), Reino Unido y Gales (*Solicitor*), París (*Avocat*) y Madrid (*Abogado*).

⁽²⁾ Hay una creciente literatura sobre la mediación en España, estimulada lógicamente por la promulgación el año pasado de la Ley de Mediación descrita abajo. Para una comprensiva y a la vez eminente práctica y explicativa presentación de lo esencial de la institución, ver "Guía de Mediación para Abogados", de la Magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid, Rosario García Álvarez, *Diario La Ley*, nº 7828, Sección Práctica Forense, 29 de marzo de 2012, y "La Incorporación al Derecho Español de la Directiva 2008/52/CE por el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles", Vicente Magro Servet, *Diario La Ley*, nº 7852, Sección Doctrina, 7 de mayo de 2012. Para unas breves reflexiones sobre el pasado y futuro de la mediación en España con un cierto enfoque cultural, ver "Plotting a Future for Commercial Mediation in Spain", AIA Newsletter, febrero 2012 y "Sol and Sombra in Spain's New Mediation Law", AIA Newsletter, abril 2012, ambos artículos escritos por el autor.



La idea de mediación va unida a la de la voluntariedad. La mediación es un acuerdo libre entre las partes que se comprometen a escuchar a un tercero para resolver el conflicto

tribunales, no está en absoluto extendida en España, al menos en lo que a su uso en disputas empresariales se refiere⁽³⁾; sin embargo, sí que lo está en países anglosajones y cada vez más en países culturalmente parecidos al nuestro, como Francia o Italia.

Quizá la razón de que en nuestro país no acabe de generalizarse la puesta en práctica de la mediación se deba a factores histórico-culturales. En España, la idea de acudir a los tribunales se ve (quizá por razones históricas, en concreto la concepción "estado-céntrica" del régimen predemocrático, similares a las que frenaron el desarrollo del arbitraje en nuestro país) como la única manera de resolver conflictos; parece que la actitud litigiosa está muy arraigada en el empresario español (o al menos, en el de su abogado)⁽⁴⁾. Sin embargo, a medida que el concepto de mediación vaya siendo conocido esto seguro irá cambiando, incluso en lo que a la mediación empresarial se refiere. Lo mismo pasaba en Francia o Italia hasta hace unos años, y actualmente, una parte significativa de los abogados de estos países

⁽³⁾ En otras áreas, en particular, la mediación familiar, la institución sí que está bien implantada en España, lo que augura bien para su aceptación en otros sectores de actividad.

⁽⁴⁾ En unas interesantes reflexiones sobre la Ley de Mediación (<http://www.diariojuridico.com/opinion/reflexiones-sobre-ley-de-mediacion-viii-juan-jimenez-la-iglesia-y-samuel-rivero-socio-y-asociado-dla-piper.html>) Juan Jiménez-Laiglesia y Samuel Rivero, socio y asociado de DLA Piper, han escrito: "[E]l sometimiento generalizado de las controversias a un tercero con facultades para imponer su decisión es una prueba de la inmadurez que afecta a nuestra sociedad, además de la manifiesta ausencia de diálogo imperante hoy en día. Lo paradójico es que la apatía ciudadana no se limite a cuestiones de ámbito colectivo cuyos efectos pudieran verse desdibujados en el contexto global. Esa falta de compromiso, la indiferencia hacia lo que nos rodea y la ausencia de participación en la toma de decisiones despliegan efectos igualmente perversos en cuestiones que atañen de manera directa y particular a la esfera jurídica del individuo. En este contexto, la nueva ley de mediación constituye un nuevo e ilusionante elemento del sistema que, de resultar exitoso, contribuiría a la recuperación del papel primordial del individuo como sujeto de relaciones jurídicas en la sociedad. En realidad, el impulso de la mediación no deja de ser una medida que permite institucionalizar el diálogo entre los individuos como mecanismo de resolución de conflictos."

prefieren resolver las cuestiones antes de ir a juicio y, por supuesto, fuera de los tribunales. La rapidez del proceso, el ahorro en costes o la posibilidad de acabar en términos amistosos con la parte contraria son unas de las muchas razones por las que la mediación debería ser una opción a considerar.

Es cierto y evidente que la mediación no es un método 100% infalible a la hora de resolver conflictos, pero sí debería de considerarse como paso previo a la resolución de los mismos en los tribunales o mediante arbitraje.

Es aquí donde entra en juego la idea de incorporar una cláusula escalonada en los contratos⁽⁵⁾. Existe la posibilidad de que, al surgir un conflicto, una parte proponga acudir a un mediador para intentar resolverlo, y que la otra parte considere que de contrario se recurre a la mediación por miedo o por tener pocas probabilidades de ganar. La incorporación, desde un principio, de una cláusula escalonada que prevea que ambas partes deben someterse

⁽⁵⁾ Una cláusula escalonada empezando por negociación entre altos ejecutivos ajenos a la disputa en sí, pasando luego por mediación si la negociación no prospera, y luego al arbitraje solo si la mediación no prospera, podría rezar como la propuesta en el documento "Directrices de la IBA Para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional" publicado en 2010 por la International Bar Association:

"Todas las controversias derivadas del presente contrato o que guarden relación con el mismo, incluyendo cualquier asunto relacionado con su existencia, validez o terminación ("Controversia"), serán resueltas de conformidad con los procedimientos especificados a continuación, los cuales serán los únicos y exclusivos procedimientos para la resolución de tal Controversia.

(A) Negociación. Las partes deberán esforzarse por resolver cualquier Controversia amigablemente mediante negociación entre ejecutivos con autoridad para resolver la Controversia [y que estén en un nivel más alto en la administración que las personas con responsabilidad directa en la administración o ejecución de este contrato].

(B) Mediación. Cualquier Controversia no resuelta mediante negociación de conformidad con el párrafo (A) dentro de los [30] días siguientes a que cualquiera de las partes haya solicitado por escrito la negociación establecida en el párrafo (A), o dentro de otro período que las partes acuerden por escrito, será resuelta amigablemente a través de mediación bajo el [reglamento de mediación seleccionado].

(C) Arbitraje. Cualquier Controversia que no haya sido resuelta por la mediación prevista en el párrafo (B) dentro de los [45] días siguientes al nombramiento del mediador o dentro de otro período que las partes acuerden por escrito, serán resueltas definitivamente de acuerdo con [el reglamento de arbitraje seleccionado] por [uno o tres] árbitro[s] nombrados de conformidad con dicho reglamento. El lugar del arbitraje será [ciudad, país]. El idioma del arbitraje será [...]. [Todas las comunicaciones durante la negociación y mediación conforme a los párrafos (A) y (B) serán confidenciales y se considerarán como efectuadas en el curso de negociaciones de transacción y avenimiento a los fines de las normas aplicables en materia probatoria y de confidencialidad y secreto profesional previstas en el derecho aplicable.]"

necesariamente a un proceso de mediación cuando aparezca un motivo de disputa antes de acudir a los tribunales puede solucionar esta situación⁽⁶⁾.

Con la incorporación de esta cláusula podrían ahorrarse meses y miles (o cientos de miles) de euros en litigios a cambio de obligarse a acudir a la mediación durante un período determinado de tiempo. Si la mediación funcionara, quedarían ambas partes satisfechas antes de haber ido a juicio, y en caso contrario, tan solo se habrían perdido unas pocas semanas y siempre estaría abierta la posibilidad de ir a los tribunales o al arbitraje para que un tercero resuelva la disputa.

LEY DE MEDIACIÓN

En mayo de 2008 se promulgó, en el Diario Oficial de la Unión Europea, la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, tratando, sobre todo, de temas de mediación transfronterizos.

No fue hasta 2012, cuando la trasposición de la directiva en España se produjo a través del Real Decreto-ley 5/2012. Sin embargo, y quizá para compensar la tardanza, el legislador aprovechó la oportunidad para ir más allá de la directiva y de las exigencias europeas y quiso asentar unos cimientos fuertes para la aplicación y el fomento de la mediación en España.

Algunos aspectos clave de la Ley de Mediación fueron la voluntariedad, la deslegalización y la naturaleza de título ejecutivo del acuerdo.

La idea de mediación va unida a la de la voluntariedad; no es posible concebirlas por separado, puesto que la mediación se basa en un acuerdo libre entre las partes que se comprometen a escuchar a un tercero para resolver el conflicto en los términos que ellos establezcan, de manera que el proceso de mediación quede sometido a las reglas de las partes. También es importante aquí el aspecto de deslegalización puesto que la Ley deja más que nunca al arbitrio de las partes los términos de la mediación y el principio dispositivo en perjuicio del papel principal de la Ley.

En caso de llegar a un acuerdo efectivo entre ambos, la Ley observa la posibilidad de que se convierta dicho acuerdo voluntario en un título ejecutivo, de

obligado cumplimiento y oponible ante la parte contraria, si deciden elevarlo a escritura pública. Con esto se garantiza el cumplimiento efectivo y necesario del acuerdo fruto del proceso de mediación.

Se está tramitando actualmente el reglamento previsto en la Ley.

UNA INVERSIÓN A CONSIDERAR

Se puede decir que la mediación, entendida como un proceso anterior al pleito que acarrea por una parte, un desembolso de dinero y, por otra, un empleo de tiempo que supone un coste de oportunidad, es una inversión para la empresa. Ahora bien, ¿es esta inversión rentable? O dicho de otra manera, ¿cómo puede el negocio crear valor mediante esta inversión? No es el objetivo de este trabajo llevar a cabo un estudio financiero pormenorizado de cómo la mediación puede ahorrar costes en el largo plazo, pero sí el de alentar a las empresas a que consideren la posibilidad de realizar este tipo de análisis por lo provechoso que puede ser para la compañía convertir la mediación en una práctica habitual.

En la firme opinión del que suscribe, el riesgo -entendiéndolo como pérdida de tiempo y dinero y/o de postura estratégica relativa- que puede comportar la mediación es mínimo en comparación con las ventajas que se obtienen, si se generaliza su práctica en el seno de una empresa. La duración y costes medios de cualquier litigio son notablemente superiores a los de una mediación, por lo que si se consigue evitar que se alcance esa última etapa de la resolución del conflicto por métodos amistosos, la rentabilidad que se conseguiría es extraordinariamente significativa.

VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN

Como vemos, determinar la variable clave para considerar que un proceso de mediación ha sido un éxito o un fracaso no tiene mucha ciencia: basta con comprobar que se haya alcanzado un acuerdo para que se materialicen las ventajas de la mediación y el extraordinario ahorro de costes y tiempo del que hablamos. Pero ¿no es demasiado inocente pensar que se va a alcanzar un acuerdo en la mediación, si la mayoría de los conflictos entre dos empresas parecen irreconciliables? Más bien, los datos parecen indicar lo contrario. Según las estadísticas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), se llegó a un acuerdo en el 74% de los casos en que el asunto fue transmitido al mediador, y ese porcentaje se elevó al 80% cuando se concertó una primera reunión con el mediador. Por su parte, el Centro de Mediación y Arbitraje de París (CMAP) afirma que en 2011, el 70% de los casos que fueron mediados acabaron en un acuerdo. Entendemos que hay que ser prudentes con respecto a estas cifras y que se ha de reconocer un valor relativo a estas estadísticas, pero lo cierto es que generalmente se suele hablar de que, al menos, casi dos tercios de los casos de mediación son exitosos. Cifras así -incluso aunque sí estén algo

(6) Una medida que se ha manifestado extraordinariamente eficaz para impulsar la mediación en los EE. UU. ha sido la iniciativa del "Center for the Prevention and Resolution of Disputes" (CPR) iniciado en las últimas décadas del siglo pasado para que miles de empresas norteamericanas suscribieran su "pledge", un compromiso para conocer la mediación y una declaración que se consideraría su uso en casos indicados. En su versión española actualizada, este "pledge" o compromiso reza así: "Nuestra empresa se compromete, cuando sea apropiado, a destinar sus recursos a gestionar y resolver disputas a través de la negociación, la mediación y otros mecanismos alternativos de resolución de controversias (ADR), con vistas a establecer e implementar una gestión de controversias y unos procesos de resolución globales y sostenibles".



Según las estadísticas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), se llegó a un acuerdo en el 74% de los casos en que el asunto fue transmitido al mediador

infladas por la falta de estadísticas realmente científicas al respecto- hablan por sí solas sobre la sensatez para la empresa de recurrir a la mediación, y de invertir en ella.



Y si nos encontramos en el -probable- caso de que se haya alcanzado un acuerdo, los "rendimientos" de la mediación se van a concretar en las bondades que venimos mencionando. Sin intención de agotar la enumeración de estas posibles ventajas, resumimos las siguientes:

1. Reducción de costes. La mediación ofrece la posibilidad de reducir drásticamente los costes de la empresa en cuestiones jurídicas. El precio medio de una mediación es ridículamente inferior al de un posterior litigio sobre la misma cuestión, y la implicación activa de las partes en el proceso puede resultar ser, en este sentido, tremendamente provechosa.

A título ejemplificativo es conveniente traer a colación el caso de Estados Unidos, por ser uno de aquellos países en los que hace tan solo dos o tres décadas la mediación empresarial estaba tan ausente como en España a día de hoy. Un estudio realizado hace 10 años en este país por la institución AAA (*American Arbitration Association*) ilustra bastante bien esta idea; acaba concluyendo que aquellas empresas que, a la hora de administrar temas legales, optaron por tener en cuenta métodos privados de resolución de conflictos -entre ellos, evidentemente, la mediación- tenían un menor presupuesto dedicado a cuestiones legales.

2. Ahorro de tiempo. Se estima que las mediaciones no suelen durar más que 4 ó 6 semanas, mientras que un procedimiento judicial -como bien sabrá el lector- puede llegar a extenderse muchos años y un procedimiento arbitral normalmente un año o algo más. Y huelga resaltar la importancia del valor del tiempo para un profesional en la empresa, y lo ineficiente que resulta tener que dedicar ese valioso y escaso recurso a resolver disputas del pasado en lugar de dedicar sus energías y recursos al futuro de la empresa, su competitividad, sus productos, su posicionamiento en el mercado, etc.

3. Reducción del riesgo y control del proceso.

A diferencia de lo que puede pasar en un juicio o un arbitraje donde el ámbito de disposición de las partes es muy reducido, en la mediación las partes controlan en todo momento el proceso. En el caso de que una de las partes entienda que la mediación no está progresando y que está siendo excesivamente costosa, o que perciba que la contraparte no tiene interés en implicarse en las negociaciones, pueden poner término al proceso en cualquier momento del mismo. Esta característica de la mediación es, por tanto, enormemente ventajosa; por un lado, se pueden evitar decisiones judiciales o arbitrales que apliquen estrictamente el derecho pero que no convengan o beneficien a ninguna de las dos partes, y por otro, siempre queda la posibilidad de "subir un

escalón" y resolver la contienda por los métodos tradicionales antes de incurrir en demasiados costes.

4. Mantenimiento de las relaciones comerciales.

Como el lector habrá tenido ocasión de experimentar, en muchos casos las relaciones con la parte contraria se acaban deteriorando tras un proceso litigioso o arbitral. La mediación consigue evitar precisamente eso, ya que alcanzar una solución amistosa en la que las dos partes estén de acuerdo incrementa la probabilidad de volver a mantener relaciones en el futuro. Esto, naturalmente, también supone un beneficio a largo plazo.

POSIBLES RIESGOS DE LA MEDIACIÓN

Sin embargo, la empresa también ha de conocer y evaluar qué pasaría si la mediación no llega a buen término y el conflicto acaba en los tribunales. En primer lugar, se incurriría en los costes derivados de la mediación sin obtenerse ningún beneficio concreto. Además, se tardarían algunas semanas más en iniciar acciones legales, retrasando el comienzo del litigio o del arbitraje, con los posibles inconvenientes que esto podría acarrear. Por otra parte, a pesar de que la mediación es confidencial –y así lo exige la ley española–, puede existir el riesgo de que el mediador o la otra parte revelen datos que han salido a lo largo de las negociaciones, lo que puede perjudicar a la empresa(7).

A pesar de lo anterior, si la empresa considera todos los potenciales conflictos legales en su conjunto, parece que los resultados de la mediación acaban siendo muy beneficiosos. Aun partiendo del escenario pesimista de que si por cada caso mediado que tiene éxito, otro de ellos fracasa –esto es, acaba en los tribunales o en un arbitraje–, la rentabilidad obtenida por el primero es de una entidad extraordinariamente mayor que las posibles desventajas del segundo.

CONCLUSIÓN

Por todo lo expuesto, parece muy aconsejable para las empresas españolas tener muy presente la posibilidad de recurrir más a la mediación. Las desventajas son mínimas en comparación con los potenciales beneficios que puede reportar el uso habitual de este método de resolución de conflictos. Si echa-

(7) La otra cara de una misma moneda, que bien podría ser objeto de un artículo en sí, es la percepción –en ojos del autor, injustificada pero hasta cierto punto self-fulfilling [que tiende a cumplirse/hacerse realidad]– de que la posible violación de confidencialidad frena o impide el pleno diálogo que maximiza las posibilidades de éxito; en otros términos, la posible falta de confianza en la institución da lugar a su inadecuada y desconfiada utilización, lo que en un círculo vicioso impide su éxito, lo cual no disipa la desconfianza... y así sucesivamente.

Si la empresa considera todos los potenciales conflictos legales en su conjunto, parece que los resultados de la mediación acaban siendo muy beneficiosos

mos la mirada más allá de las fronteras, veremos que otros países ya han comprendido la ventaja competitiva que supone incluir la mediación en la práctica empresarial.

Pero esta decisión corresponde únicamente a la compañía, sea su departamento financiero, sea su asesoría jurídica interna: no ha de esperar a que el abogado externo –cauteloso, desconfiado y, en general, con limitado o nulo conocimiento, formación y experiencia en el tema– se convierta en el impulsor principal de la institución, sino habrá que conducirlo hacia esta forma de resolución de disputas(8), por lo que ha de ser la compañía la que realice un análisis sobre la idoneidad de invertir en mediaciones.

En los próximos años, es previsible y altamente deseable que el conocimiento de la institución de la mediación vaya creciendo en el ámbito empresarial español... y que sea la empresa –y en particular, el director financiero– la que juegue el papel clave en el proceso. ■

(8) Las palabras enunciadas hace más de un siglo y medio por uno de los abogados más reconocidos y de más éxito de la historia de EE. UU. (antes de saltar a la fama mundial al dejar el ejercicio de la profesión y llegar a la presidencia del país durante su guerra civil) siguen de actualidad: "Discourage litigation. Persuade your neighbors to compromise whenever you can. Point out to them how the nominal winner is often a real loser –in fees, expenses and waste of time. As a peacemaker the lawyer has a superior opportunity of being a good man. There will still be business enough." O en castellano: "Evita el litigio. Trata de convencer a tus vecinos de llegar a un acuerdo siempre que sea posible. Hazles ver cómo el ganador es a menudo el perdedor –en honorarios, gastos y tiempo. Como mediador el abogado tiene una oportunidad única de ser una buena persona. Quedará negocio suficiente...".

SÓLO EN http://estrategiafinanciera.wke.es	Acceda a:	
		Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
		La mediación en litigios permitirá ahorros del 75%
		El 52% de las multinacionales recurren al arbitraje para resolver disputas internacionales
		Todo lo publicados sobre #mediación

