



# La nueva normativa de mediación y la oportunidad de impulsar una práctica colaborativa del Derecho

**HELENA SOLETO MUÑOZ** [helena.soletotuc3m.es](mailto:helena.soletotuc3m.es)

Profesora Titular de Derecho Procesal. Directora del Master en Mediación, Negociación y Resolución de Conflictos. Directora del Programa de Mediación de la Universidad Carlos III de Madrid.

## El RDL de Mediación de marzo de 2012 y la Directiva de 2008

El recientemente publicado Real Decreto-Ley de Mediación, muy esperado y en la actualidad pendiente de tramitación en el Congreso, ha transpuesto la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación asuntos civiles y mercantiles.

Esta Directiva fue publicada el 25 de mayo de 2008, tras casi cuatro años de trámite, y ha supuesto el mayor éxito de la Unión Europea a la hora de promover el fortalecimiento de los métodos alternativos de resolución de conflictos en los países de la UE.

La inclusión de la resolución de conflictos como política relevante para la Unión Europea se ha consolidado en los últimos años al enfocarse en principio como parte del derecho de acceso a los tribunales, desde el Consejo Europeo de Tampere de 1999, y evolucionando en un concepto amplio del derecho a la Justicia.

En el texto consolidado del Tratado de la Unión Europea se aprecian referencias a la cooperación en materia civil con repercusión transfronteriza, teniéndose como objetivo el reconocimiento mutuo y ejecución de resoluciones "judiciales y extrajudiciales" (art. 81.1). El Parlamento y la Comisión habrán de garantizar entonces con este fin, y de acuerdo con el apartado 2. g) del mismo artículo, "el desarrollo de métodos alternativos de resolución de conflictos".

La regulación, por fin, en España, de la institución de la mediación de una forma genérica y de su relación con el sistema jurídico privado y la jurisdicción se presenta como una importante oportunidad para iniciar el cambio en el abordaje del

conflicto jurídico en nuestro país, en el que se asume por la mayoría de los operadores que la única vía de protección de los derechos se encuentra en el proceso judicial.

Como es bien sabido, los Tribunales españoles soportan una carga de asuntos muy elevada en comparación con la mayoría de los países de la Unión Europea, y ello deriva lógicamente en tardanza y menor calidad en los procesos y resoluciones.

Los factores de la alta judicialización de los conflictos en España son diversos. Entre los atinentes a la configuración del sistema de justicia se pueden encontrar un muy bajo coste judicial, un amplio reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita y una inflación por parte del legislador y del juzgador del derecho a la tutela judicial efectiva, probablemente como reacción al sistema de la dictadura.

Existen también cuestiones culturales, como la falta de tradición social de soluciones autocompositivas, e incluso otras profesionales. Así, en España tenemos la proporción más alta entre abogados y ciudadanos de la Unión Europea, además, hasta recientemente (noviembre de 2011) el acceso a la profesión de abogado no suponía nada más que la colegiación, a diferencia de la mayoría de los países, y, por último, la ejecución privilegiada de los honorarios y en resumen la falta de cultura del acuerdo entre abogados promueven también la existencia del importante flujo de asuntos hacia los Tribunales.

La normativa sobre mediación ha sido acogida de forma diversa por los distintos operadores jurídicos, muchos de ellos la afrontan con desconfianza, algunos con rechazo, y otros con iniciativas muy positivas. Entre estos últimos se encuentran notarios y abogados que están integrando las novedades que ofrece la normativa sobre mediación en su tarea habitual de servicio a los ciudadanos, informándose y formándose pri-

meramente para ello. Iniciativas como la fundación del Colegio Notarial de Madrid, o las del Colegio de Abogados de Madrid se encaminan a integrar la mediación como un instrumento más en su práctica, promoviendo el ejercicio colaborativo del Derecho.

La normativa de mediación es una gran oportunidad para el inicio o la consolidación de la práctica colaborativa entre abogados, notarios, mediadores, y, en general, todos los operadores jurídicos.

## El origen del ejercicio del Derecho Colaborativo

En Estados Unidos existen corrientes de ejercicio del derecho que abordan de forma primaria la resolución del conflicto de forma colaborativa, sin acudir a los Tribunales. Su origen se remonta a los años 90, y en la actualidad se entiende como una forma alternativa de resolución de conflictos, íntimamente relacionada con la mediación.

Se puede entender el Derecho Colaborativo de una forma estricta, o de una forma más flexible, que probablemente es más adecuada en España y en este momento histórico.

El Derecho Colaborativo en sentido estricto sería la forma de resolución de conflictos que evita completamente los Tribunales. El abogado colaborativo se comprometería con su cliente a intentar resolver el conflicto de forma colaborativa, trabajando conjuntamente con el abogado contrario, negociando, acudiendo a mediación, e, incluso, cuando sea necesario, como puede ser en el ámbito del conflicto de familia, a otros profesionales como psicólogos, educadores o trabajadores sociales.

Conforme a lo estipulado en los acuerdos entre clientes y abogados que se suelen firmar en estos casos, si no fuera posible la consecución del acuerdo y fuera ineludible el acceso contencioso a los Tribunales, el abogado participante hasta el momento cesaría en su función y el cliente se vería representado por otro abogado.

El Derecho Colaborativo está evolucionando en Estados Unidos como una forma específica de resolución de conflictos, y se ha aprobado incluso una normativa (Uniform Law Collaborative Act, de 2009) por la Conferencia Nacional de Comisionados para

**El Derecho Colaborativo en sentido estricto sería la forma de resolución de conflictos que evita completamente los Tribunales. El abogado colaborativo se comprometería con su cliente a intentar resolver el conflicto de forma colaborativa, trabajando conjuntamente con el abogado contrario**

la Uniformidad de Leyes Estatales, que ya ha sido adoptada por algunos Estados.

La práctica colaborativa es muy extendida en el ámbito familiar, aunque también se está desarrollando cada vez más en otras materias del derecho civil y mercantil, y conlleva, como decíamos, la firma de un acuerdo inicial entre partes y sus abogados comprometiéndose a intentar de forma generosa y ética el acuerdo, excluyendo el proceso.

De forma más flexible, el Derecho Colaborativo se puede entender como el ejercicio del Derecho proclive a la cooperación, y que se enfoca en los intereses de las partes y terceros y a la resolución consensuada.

También se define el derecho cooperativo o colaborativo como aquel en el que se produce colaboración de juristas para la consecución de un acuerdo o la resolución de un conflicto.

## El ejercicio colaborativo del Derecho en España

El ejercicio colaborativo del Derecho se produce en España, si bien no existen líneas consistentes de promoción por los Colegios profesionales.

Esta forma de trabajar ante el conflicto jurídico es extraña a bote pronto a nuestra cultura jurídica, sin embargo nuestro sistema cada vez más se ve influido por prácticas externas co-



Será esencial la asociación de Abogados colaborativos con Notarios y a la inversa, que los notarios puedan derivar a sus clientes a abogados colaborativos.

laborativas, como ocurre en el ámbito del derecho de los negocios, en el que despachos internacionales de abogados incluyen las prácticas colaborativas como elementos básicos del ejercicio.

La nueva normativa de mediación va a provocar el acercamiento a la mediación de muchos juristas, que van a empezar a integrar técnicas y procedimientos colaborativos a su día a día.

La forma más simple de ejercicio colaborativo del Derecho será la que se lleve a cabo cuando las partes, asesoradas por sus abogados, inicien un procedimiento de mediación.

Para el favorecimiento de la resolución de conflictos o de problemas de forma colaborativa, es muy conveniente la introducción de cláusulas de sumisión a mediación en testamentos, convenios reguladores, contratos..., que pueden establecer incluso fórmulas mixtas como el *medarb* (fórmula mixta entre mediación y arbitraje). En este sentido, es muy interesante el análisis jurídico de la cláusula de sumisión en testamentos por parte del Notario del Colegio de Madrid Fernando Rodríguez Prieto.

También es muy interesante el uso de facilitadores o mediadores en Juntas y órganos de gobierno de personas jurídicas para la obtención de acuerdos.

Los juristas han de ser conscientes de las novedades introducidas por el Decreto que regula la mediación, como la introducción de la no participación en mediación como factor de condena en costas cuando existe allanamiento (art. 395 LEC), o de la posibilidad de plantear declinatoria cuando existe sumisión a mediación (cuestión ciertamente llamativa desde un punto de vista procesal) entre otras, y, sobre todo, el valor de título ejecutivo del acuerdo de mediación elevado a escritura pública.

Para favorecer el uso de técnicas cooperativas, es esencial que el jurista esté formado en negociación y en mediación, que posea una red de contactos igualmente formada con la que ejercer el procedimiento colaborativo, y que utilice los instrumentos jurídicos adecuados.

Habrán el jurista de desarrollar entonces protocolos o contratos de trabajo con el cliente, que pueden pasar simplemente de la nota de encargo que contemple los honorarios por consecución de acuerdo de determinado contenido incluso antes del proceso, a un tipo de contrato más evolucionado y completo y en la línea con los que señalábamos que se utilizan en el ámbito del Derecho Colaborativo en sentido estricto, que establezcan la imposibilidad de litigar por parte de los abogados, la intención de participar con buena fe en el procedimiento y la confidencialidad de lo conocido durante el procedimiento colaborativo.

**El abordaje colaborativo de los conflictos, y la exclusión de la resolución por los Tribunales, puede suponer varias ventajas: un mayor control de las partes sobre el contenido de la resolución del conflicto; la reducción del estrés de las partes vinculado a la falta de control, y una mayor adecuación de la resolución a los intereses de las partes**



La normativa de mediación es una gran oportunidad para la práctica colaborativa entre abogados, notarios y demás operadores jurídicos.

### Ventajas del trabajo colaborativo

El abordaje colaborativo de los conflictos, y la exclusión de la resolución por los Tribunales, puede suponer varias ventajas: en primer lugar, un mayor control de las partes sobre el contenido de la resolución del conflicto; en segundo lugar, y muy relacionado con la anterior, la reducción del estrés de las partes vinculado a la falta de control, en tercer lugar, la mayor adecuación de la resolución a los intereses de las partes, y, en general, puede reducir el tiempo de incertidumbre, mejorar la situación de los interesados durante y tras la resolución del conflicto y los costes derivados de su gestión.

Es evidente que el conflicto de familia encontrará su mejor forma de solución a través de un abordaje colaborativo: los cónyuges o progenitores resolverán con la ayuda de abogados y mediadores en su caso, su conflicto, recuperando la responsabilidad sobre éste y el control de una etapa de su vida.

En otros ámbitos distintos del familiar la práctica colaborativa ya se

produce, aunque al menos en España no es habitual el uso de un mediador o de un facilitador por las partes y sus representantes, pues en general los propios abogados se consideran capacitados para participar en una negociación colaborativa.

### Y mirando al futuro

Se presenta en la actualidad un interesante panorama que favorece el impulso de prácticas colaborativas o cooperativas entre operadores jurídicos, que redunden en el beneficio del cliente, pero también del jurista, que observará de forma inmediata las bondades de una aproximación no confrontativa al conflicto.

Considero que es muy adecuado que los abogados y asesores en general acudan a terceros facilitadores, expertos en mediación o negociación, y que probablemente los costes que puedan producir son mínimos en relación con las ventajas que puedan aportar.

La negociación, la facilitación, la mediación, son procesos facilitativos que precisan de una formación específica, y la aproximación de forma intuitiva a su práctica puede conllevar importantes perjuicios. Es muy conveniente que los

### Abstract

The recently passed Royal Decree-law on mediation eagerly awaited and pending for approval by Spanish Congress provides a great chance to change the way legal disputes are tackled in Spain and to overcome the idea judicial proceedings are the only channel to be considered.

Several reasons are causing the heavy workload of Spanish Courts. One of them is the lack of knowledge among legal practitioners regarding collaborative procedures. The author describes these techniques, mentioning other countries have specialized lawyers in this field and explaining their scope for action.

The author argues that lawyers should be trained in these techniques, which include negotiation and mediation. She analyzes as well the advantages these methods offer in terms of cost and greater satisfaction of all parties involved. Lawyers will soon find out about all these advantages, she forecasts.

Finally the author describes in detail the training needed in the field and the sort of strategies that could boost these channels.

**Se presenta en la actualidad un interesante panorama que favorece el impulso de prácticas colaborativas o cooperativas entre operadores jurídicos, que redunden en el beneficio del cliente, pero también del jurista, que observará de forma inmediata las bondades de una aproximación no confrontativa al conflicto**

abogados y juristas en general tengan una mínima formación en negociación y mediación con el fin de que puedan auxiliar a los clientes cuando participen en procedimientos de mediación o de facilitación, pudiendo así conocer los límites, riesgos, ventajas, etc, de cada situación y asesorar convenientemente a sus clientes.

Será muy conveniente para los Abogados el desarrollo de protocolos de trabajo colaborativo con otros Despachos o Abogados afines, con el fin de ofrecer a los clientes una representación independiente pero colaboradora para la resolución del conflicto.

De la misma forma, los Abogados y Despachos de Abogados habrán de establecer las consecuentes relaciones con mediadores o Instituciones de Mediación, así como con psicólogos y otros profesionales que puedan intervenir como mediadores y asesores respectivamente, en los conflictos que los requieran.

También será esencial la asociación de Abogados colaborativos con Notarios, con cuya participación puedan asegurarse de la legalidad de los acuerdos e incluso dotar de eficacia

ejecutiva a los acuerdos conseguidos (art. 517 LEC). Y lo mismo se puede decir a la inversa, es decir, será muy interesante que los Notarios puedan derivar a sus clientes a Abogados colaborativos que puedan asesorarlos convenientemente en el abordaje de procedimientos de resolución de conflictos de carácter cooperativo. ■