



COMILLAS

UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

EL MARCO JURÍDICO DE LA MEDIACIÓN MERCANTIL EN ESPAÑA: RETOS Y OPORTUNIDADES PARA EMPRESAS Y PROFESIONALES DEL DERECHO

Autor: Alejandro Escobar Araujo

5º E3-A

Grado en Derecho | TFG de Derecho Procesal

Tutor: Verónica González-Choren Respaldiza

Madrid

Junio 2024

Resumen

El marco jurídico de la mediación mercantil en España está convirtiéndose en un tema crucial y especialmente relevante en el ámbito del Derecho procesal y del Derecho mercantil, debido al gran potencial que este mecanismo presenta respecto al resto de métodos de resolución alternativa de conflictos y debido a los diversos problemas que han aparecido a lo largo del tiempo en los procedimientos relativos a los litigios tradicionales, tales como los elevados costes y la falta de eficiencia procesal. En este sentido, podemos observar que la mediación mercantil en España todavía no se ha implementado de manera extensiva, por lo que existe un amplio margen de mejora, tanto para las empresas como para los profesionales del Derecho de este país.

De esta manera, a lo largo de este trabajo de fin de grado se examinará el marco teórico y normativo de la mediación en España para observar de dónde venimos y hacia dónde vamos respecto a este mecanismo legal. Además, se explorarán los distintos retos, barreras y ventajas a los que se pueden enfrentar las empresas y los profesionales del Derecho que deciden solucionar sus conflictos a través de esa herramienta, y, adicionalmente, se explorarán los distintos modelos que existen de mediación mercantil para poder aportar sugerencias y recomendaciones con el objetivo de alcanzar una implementación más eficiente y extensa de este mecanismo en el marco legal español.

Palabras clave

mediación civil, mediación mercantil, mediación en España, empresas, MASCS

Abstract

The legal framework of commercial mediation in Spain is becoming a crucial and particularly relevant issue in the field of procedural law and commercial law, due to the great potential that this mechanism presents in relation to the rest of alternative dispute resolution methods and due to the various problems that have appeared over time in the procedures related to traditional litigation, such as high costs and lack of procedural efficiency. In this sense, we can observe that commercial mediation in Spain has not yet been extensively implemented, so there is a wide margin for improvement, both for companies and for legal professionals in this country.

Therefore, throughout this thesis we will examine the theoretical and regulatory framework of mediation in Spain in order to observe where we have come from and where we are going in relation to this legal mechanism. In addition, we will explore the different challenges, barriers and advantages that companies and legal professionals who decide to solve their conflicts through this tool may face, and, additionally, we will explore the different existing models of commercial mediation in order to provide suggestions and recommendations with the aim of achieving a more efficient and extensive implementation of this mechanism in the Spanish legal framework.

Key words

civil mediation, commercial mediation, mediation in Spain, companies, ADR

LISTADO DE ABREVIATURAS

- **ADR:** Alternative Dispute Resolution
- **APL:** Anteproyecto de Ley
- **ART:** Artículo
- **CE:** Constitución Española
- **LEC:** Ley de Enjuiciamiento Civil
- **MASC:** Medios Adecuados de Solución de Conflictos
- **PL:** Proyecto de Ley
- **UE:** Unión Europea

ÍNDICE

(1) INTRODUCCIÓN, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA	7
(1.1) Introducción y justificación del tema elegido	7
<i>(1.1.1) Introducción</i>	<i>7</i>
<i>(1.1.2) Justificación del tema elegido</i>	<i>8</i>
(1.2) Objetivos del trabajo	8
<i>(1.2.1) Primer objetivo</i>	<i>9</i>
<i>(1.2.2) Segundo objetivo</i>	<i>9</i>
<i>(1.2.3) Tercer objetivo</i>	<i>9</i>
(1.3) Metodología empleada	9
(2) MARCO CONCEPTUAL DE LA MEDIACIÓN Y LA MEDIACIÓN MERCANTIL	10
(2.1) Los mecanismos de resolución alternativa de conflictos.....	10
<i>(2.1.1) Los conflictos y su resolución a lo largo de la historia</i>	<i>10</i>
<i>(2.1.2) La aparición del movimiento ADR</i>	<i>11</i>
(2.2) Conceptos relativos a la mediación y la mediación mercantil.....	14
<i>(2.2.1) La mediación: origen y aproximación a su concepto</i>	<i>14</i>
<i>(2.2.2) La mediación mercantil: concepto</i>	<i>19</i>
<i>(2.2.3) La figura del mediador</i>	<i>21</i>
(2.3) Marco normativo europeo y nacional de la mediación	23
<i>(2.3.1) La Directiva 2008/52/CE.....</i>	<i>24</i>
<i>(2.3.2) El Real Decreto-Ley 5/2012 y la Ley 5/2012</i>	<i>25</i>
<i>(2.3.3) El APL de Medidas de Impulso de la Mediación de 2019</i>	<i>26</i>
<i>(2.3.4) El APL de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de 2020 ..</i>	<i>27</i>
<i>(2.3.5) El PL de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de 2022</i>	<i>29</i>
(3) BARRERAS, VENTAJAS Y OPORTUNIDADES DE LA MEDIACIÓN MERCANTIL	30
(3.1) El papel de abogados y jueces en la mediación.....	30
<i>(3.1.1) La figura de los abogados en la mediación</i>	<i>30</i>
<i>(3.1.2) La figura del juez en la mediación</i>	<i>33</i>

(3.2) Barreras de la mediación y los retos de su uso en el ámbito empresarial español.....	35
<i>(3.2.1) El problema cultural relativo a los conflictos en España</i>	<i>36</i>
<i>(3.2.2) El problema legal relativo a los MASC en España</i>	<i>37</i>
<i>(3.2.3) Las barreras de la mediación aplicadas al ámbito mercantil</i>	<i>39</i>
(3.3) Ventajas de la mediación en el ámbito mercantil.....	41
<i>(3.3.1) Ventajas generales asociadas a la mediación</i>	<i>41</i>
<i>(3.3.2) Ventajas de la mediación en el ámbito mercantil.....</i>	<i>43</i>
(4) LA INTEGRACIÓN EFECTIVA DE LA MEDIACIÓN MERCANTIL EN ESPAÑA	45
(4.1) Los modelos de mediación aplicados al ámbito mercantil.....	45
<i>(4.1.1) Los modelos de mediación en la práctica.....</i>	<i>45</i>
<i>(4.1.2) Los modelos de mediación en el ámbito mercantil</i>	<i>47</i>
(4.2) Sugerencias para una mejor integración de la mediación mercantil en España.....	49
<i>(4.2.1) Oportunidades y medidas para una mejor integración de la mediación</i>	<i>49</i>
<i>(4.2.2) Sugerencias aplicables al ámbito mercantil</i>	<i>51</i>
(5) CONCLUSIONES.....	52
(5.1) Primera conclusión.....	52
(5.2) Segunda conclusión	53
(5.3) Tercera conclusión	55
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	56

(1) INTRODUCCIÓN, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

(1.1) Introducción y justificación del tema elegido

(1.1.1) Introducción

La mediación como medio adecuado de solución de conflictos se presenta como una alternativa a la vía judicial tradicional, que suele extenderse en el tiempo, generar elevados costes y fomentar una cultura basada en la confrontación, mientras que este método presenta una serie de ventajas muy concretas que facilitan la búsqueda de soluciones colaborativas entre las partes.

Así, este mecanismo se configura de formas diversas en distintas áreas del Derecho, donde destacan la mediación civil, familiar, social o, aquella en la que nos enfocaremos en este TFG, la mediación mercantil. De esta manera, para entender verdaderamente cómo se establece este mecanismo, conceptualmente hablando, dentro del marco jurídico español, deberemos observar cómo se utiliza de manera general, y cuál es la regulación legal en España, para más adelante incidir en cómo se utiliza dentro del ámbito empresarial español.

Por tanto, este TFG se centrará, principalmente, en realizar un análisis de la mediación en España y de la mediación mercantil en el ámbito empresarial, para evaluar distintas sugerencias con el objetivo de fomentar la implementación de este método en la búsqueda de soluciones para los conflictos mercantiles. En ese sentido, este TFG se dividirá en 3 capítulos, sin contar con la presente introducción y las conclusiones.

Primeramente, se explorará el marco conceptual de la mediación civil y mercantil, proporcionando una visión detallada de sus fundamentos teóricos. En esa línea, se examinarán los orígenes y la evolución de los medios adecuados de solución de conflictos, así como la regulación legal europea y nacional de la mediación, su marco normativo y los diversos intentos legales que se han producido con el objetivo de promulgar este mecanismo en la sociedad española.

En segundo lugar, este trabajo evaluará las barreras y ventajas de la mediación mercantil en el contexto empresarial español. Se analizarán, de esta manera, las barreras que dificultan la integración de este mecanismo en España, y adicionalmente, se

destacarán las ventajas de la mediación en el ámbito empresarial, como por ejemplo la reducción de costes y tiempos, la preservación de relaciones comerciales y la confidencialidad del proceso.

Finalmente, se explorarán las sugerencias y oportunidades que se plantean por parte de la doctrina para lograr una mayor integración de la mediación mercantil en España, proponiendo medidas para superar las barreras identificadas y fomentar una cultura empresarial más abierta a la resolución colaborativa de conflictos.

En definitiva, este trabajo no solo pretende contribuir al conocimiento académico sobre la mediación mercantil, sino que también pretende ofrecer soluciones prácticas para una implementación más efectiva de este mecanismo en el ámbito empresarial.

(1.1.2) Justificación del tema elegido

Es preciso indicar que la elección del tema y del título elegido está razonada y justificada en virtud de dos dimensiones: una justificación teórica y una justificación personal.

Por un lado, la justificación teórica nace de que la mediación civil y la mediación mercantil y su impacto en el marco legal español puede suscitar un gran interés académico debido al enorme potencial que estas herramientas de solución alternativa de conflictos poseen. La mediación aplicada al ámbito mercantil está experimentando cambios e iniciativas para su impulso en los últimos años, por lo que realizar un TFG sobre esta temática y sobre los detalles de este mecanismo en el marco legal y empresarial español resulta interesante y oportuno para poder aportar información a esta línea de estudio.

Por otro lado, la justificación personal aparece por una inquietud por descubrir cuáles son los detalles que rodean al marco jurídico de la mediación en España y su potencial aplicación en el ámbito mercantil. Por ello, la actitud positiva con la que se afronta este TFG se debe a un interés intelectual por conocer la regulación legal que afecta a la mediación en España y por entender qué posibilidades existen para incrementar y expandir el uso de este mecanismo en el ámbito empresarial español.

(1.2) Objetivos del trabajo

Consecuentemente, los principales objetivos del presente TFG son tres:

(1.2.1) Primer objetivo

En primer lugar, analizar el marco jurídico del mecanismo de resolución alternativa de conflictos denominado como mediación, comenzando desde un enfoque general para posteriormente estudiar las particularidades de la mediación en el ámbito mercantil y su regulación en el ámbito europeo y español.

(1.2.2) Segundo objetivo

En segundo lugar, evaluar el papel de los abogados, jueces y profesionales del Derecho que acudan a esta herramienta de mediación mercantil, observando las barreras que este mecanismo puede presentar, así como las ventajas que pueden surgir al emplear esta técnica alternativa de resolución de conflictos en el ámbito mercantil.

(1.2.3) Tercer objetivo

Finalmente, el tercer objetivo de este TFG es el de identificar los modelos de mediación que pueden ser más útiles en el ámbito mercantil y posteriormente analizar las posibles sugerencias y medidas para concretar qué mecanismos pueden ser beneficiosos en el proceso de una integración más adecuada de la mediación mercantil en nuestro país.

(1.3) Metodología empleada

La metodología empleada para el desarrollo de este TFG será de carácter cualitativo, a través de dos pilares relativos a este tipo de metodología:

Por una parte, una revisión bibliográfica de la literatura académica relacionada con la mediación en España, abarcando diversos aspectos tales como particularidades legales, opiniones y doctrina. Esta revisión bibliográfica se hará a través de la herramienta de Google Scholar, y el método utilizado para citar la literatura y exponer las referencias bibliográficas será el sistema APA 7ª edición.

Por otra parte, un análisis documental para establecer un contexto y un marco apropiados para el estudio de esta práctica legal, examinando la legislación nacional y europea, incluyendo leyes, reglamentos y otras normas relacionadas con la mediación mercantil en España.

(2) MARCO CONCEPTUAL DE LA MEDIACIÓN Y LA MEDIACIÓN MERCANTIL

(2.1) Los mecanismos de resolución alternativa de conflictos

Debemos comenzar este TFG explicando la definición y el origen de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos, para comprender en qué contexto nos movemos al hablar de mediación y potencialmente de mediación mercantil. En este sentido, es apropiado iniciar este capítulo explicando qué es lo que podemos considerar cuando hablamos del término conflicto y de cómo se han ido buscando soluciones a lo largo de la historia en este ámbito.

(2.1.1) Los conflictos y su resolución a lo largo de la historia

Un conflicto, analizado desde un punto de vista psicológico-social y con un relativamente limitado pero acertado fundamento legal, no es más que una situación de desacuerdo donde hay una confrontación de intereses, sentimientos, percepciones, valores, etc., entre dos o más partes que consideran sus posturas como mutuamente incompatibles (Ondongo Pérez, 2022).

Los seres humanos, desde que comenzamos a vivir en sociedad, hemos buscado establecer una estructura sólida y determinada para regular las interacciones sociales, y con ellas, también los conflictos. Mientras algunos sistemas de organización, como la propia moral, dependen de la voluntad individual, existen otros que se revisten de un carácter más protagonista y riguroso, como puede ser el marco normativo que nace a través de la elaboración del Derecho, donde, a diferencia de la moral, éste obliga a obedecer dicho marco normativo a todos los miembros de la sociedad, con independencia de su aceptación o no, o de su deseo de ser obligados o no por éste (Miranzo de Mateo, 2010).

Así, a grandes rasgos y sin profundizar excesivamente en este punto, podemos determinar que existen tres grandes momentos en la evolución histórica de la resolución de conflictos. En primer lugar, una primera etapa en la que, en las culturas antiguas, se observaba la presencia de un tercero con autoridad reconocida para arbitrar disputas entre individuos; en segundo lugar, un segundo periodo en la que existían diversos foros donde

se podía acudir en busca de justicia, y, finalmente, un tercer momento que podría considerarse como clave en todo este proceso, donde surge la denominada institucionalización del poder judicial (Otero Parga, 2007).

De esta manera, cabe continuar explicando que, históricamente, y desde el periodo de creación de los Estados de Derecho, el denominado como poder judicial (jueces y tribunales) ha ido evolucionando hasta ser reconocido como el principal encargado de aplicar las normativas legales correspondientes con el propósito de resolver los distintos conflictos que iban apareciendo. Podemos así establecer la base conceptual de que el poder judicial en los Estados de Derecho ha sido, a lo largo de la historia, el principal instrumento que ha quedado instaurado en cuanto al proceso de resolución de conflictos. En consecuencia, a lo largo del siglo XX, los Estados de Derecho fueron asumiendo cada vez más funciones sociales y de protección del ciudadano, provocando una mayor inmersión de la población en el sistema jurídico, y otorgando una mayor confianza al poder judicial, dado que la mayor parte de las cuestiones que se trataban en los conflictos y litigios estaban sujetas a Derecho (Macho Gómez, 2014).

Por tanto, fue siendo cada vez mayor y más extensa la percepción de la sociedad de que solo los órganos judiciales eran capaces de resolver los conflictos que afectaban a los ciudadanos. Esta corriente de pensamiento fue provocando, a medida que pasaba el tiempo, lo que en Estados Unidos se denominó como *litigation explosion* o *hyperlexis*, esto es, un colapso en el sistema judicial y un retraso notable en las soluciones que otorgaban los tribunales a los conflictos legales que surgían entre los ciudadanos (Ondongo Pérez, 2022).

En líneas generales, y como consecuencia del colapso en el sistema judicial derivado de la *hyperlexis* que mencionábamos anteriormente, la mediación como mecanismo moderno de resolución de conflictos, es decir, la mediación que profesionalmente se utiliza hoy en día, nacería en aquel momento en Estados Unidos, pero al mismo tiempo nacería también de manera prácticamente simultánea en varios lugares de Europa y Latinoamérica, con el fin de agilizar los procedimientos judiciales que se producían en los diversos lugares del mundo (Miranzo de Mateo, 2010).

(2.1.2) La aparición del movimiento ADR

En este sentido podemos afirmar, tal y como indican diversos autores, que el

nacimiento oficial del movimiento ADR se produjo en el mes de abril de 1976, en la celebración de la denominada *The Pound Conference: Perspectives on justice in the future*, o Conferencia Pound. Esta conferencia pretendía estudiar, debatir y proponer soluciones a las altas ineficiencias del sistema judicial estadounidense, y donde se concluyó que una de las soluciones podía ser la instauración de los ADR en relación con el proceso judicial (Macho Gómez, 2014).

Así es como nacen los denominados métodos de resolución alternativa de conflictos, esto es, los métodos ADR (acrónimo de la expresión anglosajona “Alternative Dispute Resolution”, que en español muchos autores traducen como MASC: “Medios Adecuados de Solución de Conflictos”, y que es como los denominaremos de ahora en adelante en este TFG). Los métodos MASC más conocidos son la mediación, el arbitraje, la negociación y la conciliación, y todos ellos se diferencian entre sí por la actuación que tienen los terceros implicados en el proceso de la resolución del conflicto entre las dos o más partes implicadas (Ondongo Pérez, 2022).

Además, tal y como hemos indicado, de manera casi simultánea a la aparición del movimiento ADR en Estados Unidos a través de la Conferencia Pound (y donde se empezaron a poner en marcha las ideas allí expuestas), surgió el denominado *The Florence Access-to-Justice Project*. Este programa, integrado por académicos de diversos países, tanto norteamericanos como europeos, tuvo como objetivo abordar y analizar las complejas cuestiones sociales, políticas y económicas que afectaban y dificultaban el acceso a la justicia a la población. Así, este programa surgió como respuesta a la creciente preocupación que había en EEUU y en Europa sobre el ineficiente funcionamiento del sistema judicial y las múltiples barreras que los ciudadanos encontraban para acceder a él. Adicionalmente, es necesario indicar que, como consecuencia de este trabajo de investigación relativo a los MASC, se consiguió elaborar un esquema que explicara más en profundidad el nacimiento, evolución y desarrollo del denominado “movimiento de acceso a la justicia”, que, según este proyecto, constaba de tres fases principales ocurridas a lo largo del tiempo (Macho Gómez, 2014).

La primera fase, producida en los años 60, con la introducción de la asistencia legal, permitió el acceso a los tribunales a aquellas personas que carecían de recursos económicos para hacer frente al pago de un asesoramiento profesional o una correcta representación letrada. La segunda fase, producida a principios de los años 70, se centraba

en las *class actions*, donde el surgimiento de algunos derechos e intereses colectivos ligeramente difusos produjo la necesidad de desarrollar mecanismos procesales específicos, dado que las instituciones tradicionales del proceso judicial estaban diseñadas principalmente para atender la resolución de problemas respecto a derechos individuales. Finalmente, la tercera fase, producida a finales de los años 70, y coincidiendo con la Conferencia Pound, se relaciona con el surgimiento del movimiento ADR como una alternativa destinada a superar las ineficiencias de los juicios tradicionales y garantizar un mayor acceso efectivo a la justicia. A través de este movimiento no se pretendía reemplazar por completo los procedimientos judiciales, sino establecer mecanismos más adecuados para distintos tipos de conflicto, de manera que no establecieran un coste tan elevado para los ciudadanos en relación a los distintos litigios a los que solían enfrentarse (Macho Gómez, 2014). De esta manera, estas tres fases supusieron un cambio sustancial en la forma en la que los Estados de Derecho afrontaban la resolución de conflictos, y donde el culmen de la última fase mencionada fue el nacimiento y la introducción al marco legal y normativo de los métodos MASC en diversas zonas occidentales, destacando Europa y Estados Unidos.

Ahora bien, también es oportuno comentar que la introducción de estos métodos al marco legal y jurídico occidental variaba mucho respecto a si los países donde se intentaban aplicar eran países que seguían el sistema de *common law* o el sistema de *civil law*, pues la implementación de éstos en los sistemas procesales de *common law* fue, tal y como indica Macho Gómez (2014 p. 963), “más fácil, mucho más «natural», que su ulterior instauración en los ordenamientos procesales del *civil law*”. Así, la mediación tuvo un temprano impacto en diversos países donde se utiliza el sistema de *common law* y su utilización se extendió rápidamente en Estados como Australia, Canadá o Reino Unido (Macho Gómez, 2014). En países donde se aplica el *common law*, este impacto ha sido más lento y progresivo, de manera que los resultados de estos cambios relativos a los métodos MASC se produjeron con menor intensidad.

Ahora bien, tras haber comentado el origen de los métodos de resolución alternativa de conflictos, en el presente TFG nos centraremos en uno de estos mecanismos, más concretamente, el de mediación, analizándolo desde un punto de vista general para posteriormente analizarlo desde un punto de vista mercantil y empresarial.

(2.2) Conceptos relativos a la mediación y la mediación mercantil

Por tanto, continuando con el análisis de elementos básicos para el entendimiento de esta materia, debemos centrarnos ahora en el estudio de los principales puntos conceptuales de la denominada mediación y de la mediación mercantil.

(2.2.1) La mediación: origen y aproximación a su concepto

Como concepto, y recuperando lo mencionado anteriormente, debemos indicar que la mediación apareció como una materia emergente dentro de los métodos MASC, que fue ganando importancia tanto en el ámbito social como jurídico, y donde el principal propósito que se perseguía era el de mejorar el acceso a la justicia, tal y como se ha explicado en el primer epígrafe de este capítulo. Por tanto, debemos explicar ahora qué es concretamente la mediación. Hemos visto que se trata de un método MASC, pero podemos añadir algunos otros detalles de especial relevancia para entender mejor en qué consiste.

En numerosas ocasiones, el sistema legal y judicial no cumplen con las expectativas buscadas por las partes involucradas en un conflicto, provocando además un elevado coste y un empleo masivo de distintos recursos, lo que ha llevado a que tanto organizaciones nacionales como internacionales hayan reconocido la importancia de implementar métodos alternativos para resolver conflictos, tanto dentro como fuera del ámbito judicial. Así, desde las instituciones, se busca promover el uso de procesos más ágiles y efectivos que reduzcan los costes y los problemas asociados a los litigios, facilitando de manera general la solución a los conflictos que ocurren a escala global (Dorado Picón, 2013).

Por tanto, debemos indicar que la mediación que conocemos hoy en día se trata de un procedimiento con carácter extrajudicial, que es elaborado por vía pacífica y voluntaria y que pretende alcanzar un punto de acuerdo en el conflicto entre dos o más partes a través de la figura del mediador, con el objetivo de impulsar la búsqueda de soluciones que acerquen las posturas mutuamente incompatibles que subyacen tras el conflicto (Ondongo Pérez, 2022). Es digno de mención que la mediación, a pesar de ser un método MASC, muestra características distintas a otros métodos de este tipo como pueden ser el arbitraje o la conciliación, principalmente en el hecho de que el acuerdo lo deciden plenamente las partes, de manera que el mediador no dictamina de manera unilateral la solución que se ha de imponer.

De esta manera, y como hemos indicado, a medida que pasaba el tiempo y se fueron popularizando estas medidas de resolución alternativa de conflictos (arbitraje, negociación...), la figura de la mediación se fue convirtiendo rápidamente en una prioridad política y jurídica de la Unión Europea, actuando como un medio para promover la paz social y mejorar la participación cívica, además de fomentar un mayor y más amplio enfoque de la justicia respecto a todas las partes involucradas en un conflicto (García Villaluenga y Vázquez de Castro, 2013).

Podemos destacar, bajo esta premisa, las acciones del Consejo Europeo en su reunión de Tampere en octubre de 1999, donde ya recomendaba a los Estados Miembros establecer mecanismos extrajudiciales para la resolución de disputas de una forma exhaustiva. Desde entonces, la Unión Europea ha mostrado un fuerte interés en estas modalidades alternativas, al considerarlas como métodos rápidos, económicos y sencillos para resolver conflictos a través de procedimientos extrajudiciales y voluntarios, que promuevan el diálogo y faciliten el acuerdo entre las partes, con la asistencia y ayuda de una tercera persona que actúe como mediador (Dorado Picón, 2013).

Profundizaremos más adelante en las ideas relacionadas con el marco normativo de la mediación en Europa y en España, pero en este punto es oportuno indicar la definición oficial que hace la Directiva Europea 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, del concepto de mediación. La definición de esta Directiva (2008, p. 4, art. 6) del concepto de mediación es la siguiente:

«mediación»: un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro. Incluye la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio. No incluye las gestiones para resolver el litigio que el órgano jurisdiccional o el juez competentes para conocer de él realicen en el curso del proceso judicial referente a ese litigio.

Esta es, por tanto, la definición que tomaremos como referencia y como base para sustanciar los demás aspectos del presente TFG, debido a su importancia y relevancia en el contexto de la regulación normativa de este mecanismo de resolución alternativa de conflictos. Sin embargo, también es necesario indicar algunos aspectos clave propios de la mediación que se pueden sustraer de esta definición, de manera que, según Martín Diz (2010, pp. 50-51, como se citó en Barrón López, 2022), la mediación es “un sistema autocompositivo, complementario a la jurisdicción, extrajudicial y privado de solución de conflictos, voluntario e irritable, que cuenta con la imprescindible e insustituible asistencia de un tercero (mediador)”.

De esta forma, debemos hacer hincapié en que la mediación es una técnica de resolución alternativa de conflictos constituida por un sistema autocompositivo (a diferencia del sistema heterocompositivo que caracteriza al arbitraje o al juicio), donde interviene un tercero (mediador) que simplemente se limita a ayudar a las partes a alcanzar un acuerdo que satisfaga todos los intereses en juego. Así, la mediación se configura como un método colaborativo en el que las partes toman sus propias decisiones y que, como veremos más adelante, presenta ciertas ventajas en algunos ámbitos específicos del Derecho (Barrón López, 2022).

Por tanto, cabe añadir en este sub-epígrafe, adicionalmente, la cuestión relativa a los conocidos como principios informadores de la mediación, ya que, tal y como indica Ortiz Pradillo (2011, p. 7):

Los principios informadores de una determinada figura jurídica constituyen las notas características que lo diferencian del resto de figuras e instituciones de nuestro ordenamiento jurídico. Representan el armazón sobre el cual se irán asentando las distintas disposiciones jurídicas definitorias de esa figura, y de las cuales se derivarán, en su caso, trascendentales garantías, derechos y obligaciones para quienes se valgan de ella.

En otras palabras, mencionar estos principios informadores relativos al concepto de mediación nos puede ayudar a determinar qué es lo que diferencia a este mecanismo de otros tantos que existen en nuestro ordenamiento jurídico para la resolución de conflictos. De esta manera, debemos indicar que los principios informadores de la mediación son cinco: voluntariedad, neutralidad e imparcialidad, confidencialidad, flexibilidad y buena

fe. Podríamos extendernos de manera excesiva en el desarrollo y estudio de estos principios informadores, pero dado que no forma parte de los objetivos de este TFG profundizar de forma exuberante en ese aspecto, simplemente se comentarán los principales puntos que son de especial relevancia respecto a cada uno de los principios mencionados.

En primer lugar, el principio de voluntariedad se configura como el elemento fundamental y más esencial dentro del paradigma de la mediación, dado que la voluntariedad de las partes para someterse de manera expresa a un proceso de mediación establece los cimientos de la autodeterminación de la voluntad, y esta autodeterminación constituye el elemento fundamental para que las personas puedan manejar sus propios conflictos, asumiendo la responsabilidad de sus acciones y de las consecuencias que éstas conllevan. Cabe indicar, además, que tanto la Directiva Europea 2008/52/CE y la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, regulan de manera muy concreta el principio de voluntariedad de las partes como elemento clave en el desarrollo de este mecanismo (Carretero Morales, 2016).

En segundo lugar, el principio de neutralidad e imparcialidad, a menudo conceptos confundidos entre sí, se trata de un principio fundamental para la mediación en el que se expresan dos cosas distintas dentro del marco de los métodos MASC. La imparcialidad, por una parte, tiene una estrecha relación con la igualdad entre las partes, dado que se refiere principalmente a la actitud que debe tener el mediador respecto a su intervención en el conflicto, pues el mediador debe mantener una postura imparcial y equidistante entre las partes involucradas, sin favorecer a ninguna de ellas arbitrariamente. Así, es fundamental respetar los intereses y perspectivas de cada una sin mostrar ninguna preferencia en ningún caso. No obstante, hay que matizar que el principio de imparcialidad no prohíbe al mediador respaldar o fortalecer a alguna de las partes, de hecho, debe hacerlo cuando sea adecuado y necesario, pero es esencial que lo haga sin comprometer en ningún momento su posición de tercero imparcial. La neutralidad, por otra parte, significa que el mediador no puede permitir que sus propias convicciones sean prioritarias sobre las de las partes, quienes son en última instancia las protagonistas del conflicto. Es posible que las afirmaciones, valoraciones e incluso los acuerdos que las partes intenten alcanzar no coincidan con aquellos que el mediador adoptaría. Por tanto, en todo momento el mediador debe respetar las decisiones de las partes, incluso cuando él hubiese optado por otra solución distinta (Ortiz Pradillo, 2011).

En tercer lugar, y continuando con el principio de confidencialidad, éste también se plantea como crucial en el correcto desarrollo de un proceso de mediación, pues el objetivo de la mediación no es otro que el de establecer un canal de comunicación entre las partes con el fin de acercar posturas divergentes y alcanzar un acuerdo para resolver la controversia a la que se enfrentan. Sin embargo, para que esto ocurra, es necesario crear un ambiente de confianza mutua donde las precauciones con las que cada parte comparte información o define sus posiciones desaparezcan o, al menos, se reduzcan significativamente. De no ser así, y si las partes sospechan que la información compartida durante la mediación podría no estar bajo un estricto velo de confidencialidad, es probable que se abstengan de participar en el proceso o sean extremadamente selectivas en la información que comparten, lo que dificultaría mucho el proceso de mediación entre ellas (Ortiz Pradillo, 2011).

En cuanto al principio de flexibilidad, algunos autores como Soletto Muñoz (2017, p. 246), señalan que: “establecer límites claros y excluyentes en relación con el concepto de mediación no es conveniente, porque precisamente una de las características del procedimiento de mediación ha de ser la flexibilidad”. Así pues, en comparación con el proceso judicial e incluso con el arbitraje, la mediación se distingue por su menor formalismo, por lo que no está sujeta a normativas legales preestablecidas, sino que prioriza la voluntad de las partes involucradas y la figura del mediador en la configuración del proceso. Sin embargo, la falta de una exhaustiva rigidez formal en el ámbito de la mediación no implica que sea un proceso sin estructura y sin reglas, donde todo vale, sino que las partes y el mediador pueden dar forma al proceso según consideren oportuno, pero siempre respetando las mínimas formalidades establecidas por la ley para que la mediación tenga los efectos legales que la normativa vigente le atribuye (Carretero Morales, 2016).

En último lugar, debemos mencionar la importancia del principio de buena fe en el marco del uso de la mediación. La buena fe, además de ser un principio general del Derecho, es un principio fundamental que guía las actuaciones dentro del proceso de mediación. Por tanto, es esencial que todas las partes involucradas en el proceso de mediación colaboren de manera honesta en sus respectivos roles para que el proceso se desarrolle adecuadamente, ya que, a diferencia del proceso judicial, donde las partes utilizan la información exclusivamente a su favor, la mediación se presenta como un procedimiento más transparente en el que se espera la colaboración de todas las partes y

donde no hay ganadores ni perdedores, sino un enfoque especialmente concentrado en la búsqueda de soluciones mutuamente satisfactorias. Todos los participantes en la mediación ya sean las partes implicadas, el mediador u otros potenciales intervinientes, deben respetar el principio de buena fe, dado que de no ser así la mediación raramente será fructífera (Carretero Morales, 2016).

Estos son, en líneas generales, los principios básicos y fundamentales relativos al empleo del mecanismo de mediación para la solución de conflictos, de manera que éstos han de ser respetados para que el proceso de mediación se desarrolle con normalidad y pueda generar los efectos deseados.

Adicionalmente, y habiendo comentado los principios más básicos y fundamentales de este mecanismo MASC, es conveniente mencionar los distintos tipos de mediación que se dan en la práctica en España. Así, la mediación en España se puede englobar en cuatro grandes bloques: la mediación civil, la mediación empresarial o mercantil, la mediación familiar y la mediación penal. En el siguiente sub-epígrafe nos centraremos en algunas particularidades del concepto de la mediación mercantil, para poder proseguir con el estudio de este tipo de mecanismo más adelante, en el tercer capítulo de este TFG.

(2.2.2) La mediación mercantil: concepto

A continuación, debemos pasar a comentar algunas particularidades del concepto de mediación mercantil, para entender mejor este tipo de mediación, que se desarrollará en mayor profundidad posteriormente.

Pues bien, debemos indicar primeramente que la mediación mercantil es una rama esencial en el ámbito de la mediación, la cual se encarga de mediar en los conflictos entre distintas empresas o entre diversos elementos dentro de una organización, y donde la figura del mediador debe tener tanto conocimientos técnicos estrechamente relacionados con la materia que suscita la confrontación, como aptitudes y actitudes que puedan facilitar el proceso de acercamiento entre las posturas contrarias dentro del conflicto (Rojas Roldán, 2014).

Así, la mediación mercantil se postula como una herramienta esencial para abordar los conflictos tanto en el ámbito empresarial como organizacional. Cuando surgen conflictos intraempresariales o extraempresariales se generan unos elevados costes que incluyen tanto gastos legales e indemnizaciones como pérdidas de ingresos debido a la

disminución del rendimiento y la mala reputación de la organización. Dentro de estos conflictos en el ámbito mercantil podemos encontrar desde disputas interpersonales entre directivos o empleados hasta disputas con partes externas, como clientes o proveedores, así como conflictos frontales con otras empresas u organizaciones competidoras. Por tanto, la mediación mercantil se presenta como una solución idónea para abordar esta diversidad de problemas, fomentando la resolución dialogada y evitando así multitud de costes directos e indirectos (Carretero Morales, 2016).

Además, podemos añadir un matiz, y es que la mediación empresarial, aunque ampliamente adoptada en países como Estados Unidos o Reino Unido, aún no está completamente arraigada en España, a pesar de sus beneficios en la resolución de diversos conflictos internos y externos en el ámbito empresarial. Estos conflictos, como hemos visto pueden abarcar disputas con los empleados, entre departamentos, problemas con proveedores o clientes, problemas relativos a la competencia desleal, conflictos relacionados con la propiedad intelectual e industrial, entre otros (Ruiz Urdiales, 2018).

Adicionalmente, cabe indicar que, para algunos autores tales como Jiménez Cardona (2022) la mediación, especialmente en su rama mercantil y empresarial, debe fundarse en una extensa flexibilidad, para poder abordar así de una manera rápida y eficaz multitud de controversias referidas a los potenciales conflictos que puedan surgir entre comerciantes y empresas. Esta mediación mercantil presenta como principales características una tremenda agilidad en la resolución de los conflictos, un mantenimiento de las relaciones comerciales y de la reputación de las partes y un elevado ahorro en costes de tiempo y dinero, que permiten a las empresas y comerciantes evitar una vía judicial que cada vez está más saturada y que conlleva a una dilatación de los conflictos que no es beneficioso para ninguna de las partes envueltas en ellos.

Cabe indicar en este punto que, según algunos autores como Barrón López (2022), la inclusión y el impulso de los MASC en el ordenamiento jurídico español ha permitido a muchos ciudadanos seleccionar el método con el que resolver sus conflictos, siendo uno de estos mecanismos la mediación. La mediación, como hemos indicado previamente, es un medio adecuado de solución de conflictos de carácter autocompositivo que cuenta con una serie de principios informadores determinados, siendo estos también aplicables y tomando un papel sumamente relevante en el ámbito mercantil.

Así, debemos destacar dos principios informadores que sobresalen respecto a los

demás cuando hablamos de mediación mercantil. Uno de ellos es el principio de la confidencialidad, que juega un papel fundamental en procesos relativos a materias de delicada naturaleza que se producen en el ámbito mercantil entre empresas. Es decir, la confidencialidad del proceso de mediación mercantil y de los acuerdos fijados entre las partes puede ser de gran utilidad para empresas y comerciantes que decidan solventar sus conflictos por esta vía, dado que esta técnica les permite compartir información de manera confidencial para facilitar los potenciales acuerdos que se logren conseguir. El otro principio que también puede considerarse como especialmente destacable en los procesos de mediación en el ámbito mercantil es el principio de flexibilidad, que permite al propio conflicto y a las partes involucradas amoldar la solución a la que llegar para poder satisfacer los intereses de todos los sujetos partícipes del conflicto. Este principio en el ámbito mercantil puede sobresalir en importancia debido a que, de forma habitual, los conflictos económicos en el marco empresarial son complejos y extensos, de manera que establecer una técnica que permita un elevado nivel de flexibilidad puede ser especialmente útil para intentar, o bien seguir con el proceso y buscar soluciones de manera colaborativa, o bien proceder en la búsqueda de otros mecanismos como el arbitraje o, como suele ser más común, el proceso judicial.

Es decir, en otras palabras, y para aterrizar los apuntes que se han realizado a partir de la literatura académica consultada, podemos decir que la mediación mercantil es una rama del propio mecanismo de mediación que sirve, en última instancia, para evaluar si verdaderamente es necesario acudir a los tribunales en caso de un conflicto dentro del ámbito empresarial, o si por el contrario a través de un mediador se puede llegar a alcanzar un acuerdo (o al menos un acercamiento de posturas) con diálogo, respetando siempre los intereses de las partes en igualdad de condiciones. Además, en caso de ya estar involucradas en un litigio, la mediación permite a las partes suspenderlo para intentar llegar a un acuerdo, lo cual puede resultar especialmente útil para aquellos sujetos del ámbito mercantil que desean solucionar los conflictos de una manera más rápida y sencilla que la establecida por la vía judicial y ya se hayan embarcado en ella.

(2.2.3) La figura del mediador

Antes de continuar, es necesario pararse momentáneamente a analizar una figura clave de este método de resolución alternativa de conflictos: la figura del mediador. A lo largo de la historia han existido múltiples conflictos donde el mediador (o en ocasiones,

el llamado hombre de paz) ha intervenido de manera exitosa para lograr un punto en común en el que las posiciones de las partes se encontraran en cierta sintonía. En la mayoría de los casos y a lo largo de la historia, la figura del mediador era ejercida por un sacerdote o un líder político, debido a su reputación de pacificadores y debido a la autoridad moral que les era atribuida; donde podemos destacar, por ejemplo, la mediación realizada en 1648 entre Austria y Francia por el Papa Inocencio X. También es necesario indicar que en muchas civilizaciones antiguas se ha contado con intermediarios o figuras neutrales, cuya autoridad no se basaba en un poder político expresamente reconocido, sino más bien en otros fundamentos que permitían a la comunidad elegir libremente a estas personas para resolver sus disputas. Estas figuras cumplían en todos los casos una doble función: reemplazar al juez y prevenir sanciones impuestas por un poder ajeno y extraño (Miranzo de Mateo, 2010).

Por lo tanto, es oportuno indicar también una idea fundamental acerca de la figura del mediador, y es que, al ser los conflictos inherentes a la naturaleza del ser humano, y al observar que todas las sociedades han tenido que lidiar de una forma u otra con diversos conflictos, debemos ser conscientes de que los mediadores han jugado un papel fundamental en las resoluciones de dichos problemas.

Es por ello por lo que, a modo de apunte sobre la materia, debemos destacar que, en el contexto de la mediación, la persona que actúe como mediador debe ser un experto en la gestión de conflictos, capaz de transmitir a las partes involucradas una sensación de calma respecto a la existencia y la resolución de los problemas que les afectan, y además debe tener un conocimiento técnico sustancial y completo de la materia a tratar, para intentar, de esa manera, conectar las posturas de las partes enfrentadas entre sí (Miranzo de Mateo, 2010).

Ahí reside gran parte de las claves para que una mediación sea próspera y acerque las posturas hasta un punto de mutuo acuerdo: en la figura del que actúa como mediador, y que debe conocer, tanto a nivel técnico como a nivel profesional, y en profundidad, de qué trata el problema que suscita el conflicto entre las partes.

En España, a modo de ejemplo, podemos mencionar la importancia de la figura del mediador en el caso del Tribunal de las Aguas de Valencia, el cual operaba en situaciones conflictivas desde el siglo XIII, y donde tenía la tarea de garantizar la distribución justa del agua en la región. Adicionalmente, cabe acudir también al caso de las cooperativas en

el ámbito rural, ya que, para su funcionamiento, exigen un proceso de aceptación por todos los miembros para resolver los desacuerdos y las disputas internas y donde los que representan la figura del mediador tienen mucha importancia. La idea detrás de estos ejemplos históricos es demostrar que la figura del mediador tiene que tomar una serie de decisiones que busquen un orden justo y eficaz para todas las partes implicadas, de manera que puedan alcanzar acuerdos sólidos y completos en virtud de la autonomía de su voluntad (Ruiz Urdiales, 2018).

En cuanto a la figura del mediador en el ámbito de la mediación mercantil, hay que destacar que el conocimiento técnico y la profesionalidad con la que el mediador desempeña sus funciones cobra una vital importancia en asuntos de carácter empresarial, debido al hecho de que normalmente las materias que suscitan los conflictos entre empresas suelen ser muy complejas, y donde es posible que alcanzar un acuerdo a través de la autonomía de las partes pueda resultar más complicado que en otros ámbitos de materia civil. Así, para dotar a las partes de herramientas específicas que sean útiles para la consecución de los objetivos de la mediación mercantil, la figura del mediador debe contar con una formación muy concreta y unos conocimientos, aptitudes y actitudes que faciliten todo el proceso, desde su inicio hasta su fin (Rojas Roldán, 2014).

(2.3) Marco normativo europeo y nacional de la mediación

Como ha sido abordado previamente, los métodos MASC nacieron en Estados Unidos en el siglo XX, y posteriormente se fueron convirtiendo en una prioridad política, social y jurídica de la Unión Europea a lo largo de los años. Debido a que el análisis de este TFG se enfoca en el marco normativo europeo y español, deberemos detenernos en este punto para entender de una manera completa el alcance que tiene la regulación legal en este ámbito.

Primeramente, es preciso indicar que a lo largo del tiempo han existido diversos instrumentos europeos que han recogido la idea de la resolución alternativa de conflictos, como por ejemplo las Recomendaciones R (86) 12 del Consejo de Ministros de los Estados miembros, respecto a medidas para prevenir y reducir la carga de trabajo excesiva en los Tribunales y la Recomendación R (98) 1 del Consejo de Ministros a los Estados miembros, sobre la Mediación Familiar (Petronela Popiuc, 2021).

Adicionalmente, al hablar de ejemplos de instrumentos relativos a los mecanismos de

resolución de conflictos debemos mencionar el Libro Verde del año 2002, presentado por la Comisión a las Comunidades Europeas, cuyo objetivo es el de “[...] proceder a una amplia consulta de los medios interesados sobre una serie de cuestiones jurídicas que se plantean en lo referente a las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil” (Paşolea, 2021).

(2.3.1) La Directiva 2008/52/CE

Sin embargo, si queremos hablar de la normativa fundamental que actualmente regula la mediación en los distintos Estados miembros debemos centrarnos en la existencia de la Directiva Europea 2008/52/CE, sobre Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

La mencionada Directiva, que establece las bases para conformar en la Unión Europea un marco legal predecible (que garantice una correcta seguridad jurídica) para aquellos que deseen recurrir a la mediación, inicialmente, y de forma un tanto limitada, tenía como objetivo la resolución de conflictos transfronterizos. No obstante, y tal y como indican García Villaluenga y Vázquez de Castro (2013, p. 73), esta Directiva “abre la posibilidad a que los Estados miembros apliquen las mismas reglas en los procedimientos de mediación de carácter nacional, lo que ha determinado que se haya tomado como modelo para la legislación interna de muchos países de la UE”. Por tanto, podemos observar que, a pesar de tener un alcance ciertamente limitado, muchos países de la Unión Europea han ido utilizando esta Directiva y este marco normativo para elaborar sus propias leyes internas relativas a la mediación civil y mercantil.

En el caso de España, esta Directiva se ha transpuesto y materializado en nuestro ordenamiento jurídico a través de la aprobación del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, convalidado por el Congreso de los Diputados el 29 de marzo de 2012 y tramitado posteriormente como Proyecto de Ley por vía de urgencia, concluyendo todo este proceso en la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

Sin embargo, cabe añadir que antes de la promulgación de la Ley 5/2012 en España, algunas Comunidades Autónomas ya tenían normativas específicas que regulaban la mediación en casos de asuntos familiares principalmente, extendiéndose luego a otros ámbitos civiles de distinta índole. Estas normativas autonómicas fueron surgiendo gradualmente desde el año 2001, siendo la Ley 1/2001 de Mediación Familiar de Cataluña

una de las primeras, reemplazada posteriormente por la Ley 15/2009 de mediación en el ámbito del Derecho Privado, que abarcaba aspectos más amplios, incluyendo algunos puntos relativos a la mediación civil y mercantil. Otras CCAA como Galicia, la Comunidad Valenciana o Castilla-La Mancha siguieron la regulación de esta normativa con leyes similares, aunque con variaciones en su alcance y contenido, todas ellas estableciendo principios generales de mediación y regulando aspectos como la formación y la calidad del proceso de ésta. Así, la legislación autonómica relativa a la mediación se ha enfocado históricamente hacia la mediación familiar, estableciendo regulaciones comunes en aspectos como el concepto, propósito y alcance de la mediación, sus principios fundamentales, los procedimientos a seguir, el estatus legal del mediador o los derechos y responsabilidades de las partes (Pañolea, 2021).

(2.3.2) El Real Decreto-Ley 5/2012 y la Ley 5/2012

Ahora bien, debemos analizar brevemente qué supusieron para el marco jurídico español tanto la promulgación del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles como la posterior Ley 5/2012, de 6 de julio, relativa al mismo ámbito.

En cuanto al Real Decreto-Ley 5/2012, éste marcó un hito muy significativo en la legislación española al introducir regulaciones sobre mediación a nivel estatal y al realizar importantes cambios en el proceso legal en líneas generales. Este decreto modificó cerca de veinte disposiciones de la LEC, expandiendo el alcance más allá de los procesos matrimoniales y permitiendo la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad con la solicitud de mediación. Más adelante, y tal y como se ha explicado previamente, se tramitó la Ley 5/2012 que respetaba, por un lado, las leyes autonómicas previas y, por otra parte, subrayaba las ventajas de la mediación, tales como su capacidad para ofrecer soluciones prácticas, efectivas y rentables, la flexibilidad del proceso en general, el ahorro de tiempo y recursos, y el papel crucial del mediador (Blohorn-Brenneur y Soletto Muñoz, 2019).

Ahora bien, para analizar el articulado de la Ley 5/2012, es necesario comentar el contenido de los cinco títulos que la componen, además de las disposiciones finales que añaden un adicional enfoque para la implementación de la mediación en España.

Por una parte, el Título I aborda las disposiciones generales, definiendo el ámbito de

aplicación de la ley, su aplicación a conflictos transfronterizos y los efectos sobre los plazos legales, así como las instituciones mediadoras. En el Título II se enumeran los principios fundamentales de la mediación, como la voluntariedad, imparcialidad y neutralidad, confidencialidad y buena fe, mientras que en el Título III se establece el estatuto mínimo del mediador, detallando los requisitos y principios de su actuación, con un elevado enfoque en la imparcialidad y la comunicación transparente con las partes. Más adelante, el Título IV regula el procedimiento de mediación, destacando su simplicidad y flexibilidad, permitiendo que las partes determinen libremente sus etapas fundamentales, y estableciendo requisitos mínimos para la validez del acuerdo resultante. Por último, el Título V aborda el proceso de ejecución de los acuerdos, ajustándose a las leyes existentes en España, y estableciendo la elevación a escritura pública como requisito para su consideración como título ejecutivo. Por otra parte, cabe indicar también que las disposiciones finales son fundamentales en este texto jurídico porque establecen elementos muy relevantes, como el motivo que justifica la modificación de la LEC para integrar la mediación en el proceso legal y en el marco normativo español (Blohorn-Brenneur y Soleto Muñoz, 2019).

Adicionalmente, debemos hacer especial mención al Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, que desarrolló determinados aspectos de la Ley 5/2012, y que tenía como objetivo regular tres aspectos específicos establecidos en esta norma: la formación de los mediadores, el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, y el obligado aseguramiento de la responsabilidad civil del mediador. Este reglamento encuentra su fundamento en la disposición final octava de la Ley 5/2012, que otorga al gobierno la facultad de desarrollar ciertos aspectos mediante el proceso de reglamentación (Martínez Pallarés, 2019).

(2.3.3) El APL de Medidas de Impulso de la Mediación de 2019

Llegando a fechas más recientes, podemos comentar, a continuación, algunas particularidades del Anteproyecto de Ley de Medidas de Impulso de la Mediación de 2019.

Este Anteproyecto de Ley, como su propio nombre indica, tenía como objetivo impulsar el uso de la mediación como un mecanismo eficiente y alternativo a la vía judicial, que adicionalmente intentaba establecer a esta última como un recurso subsidiario en la resolución de conflictos a través de 3 principales medidas. En primer

lugar, modificar la Ley 5/2012 y la LEC para establecer una obligatoriedad mitigada, en el sentido de que para ciertas materias fuese obligatorio acudir a una mediación extrajudicial antes de iniciar un procedimiento judicial. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, este APL pretendía calificar la mediación como una prestación incluida en el derecho a la asistencia gratuita, en el caso de imponerse su obligatoriedad, por lo que también pretendía modificar la Ley 1/996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. En tercer lugar, el APL de Medidas de Impulso de la Mediación de 2019 tenía como objetivo, además de desarrollar otras medidas adicionales a las mencionadas, crear una Comisión de Seguimiento del Impulso de la Mediación para valorar y seguir la aplicación de los mecanismos en cuanto a la promoción de esta herramienta de solución alternativa de conflictos (Feliu Rey, 2022).

Sin embargo, y a pesar de que algunas medidas podían tener un impacto positivo en el desarrollo de la mediación, este APL no tuvo mayor desarrollo legislativo que el que hemos comentado y se quedó simplemente en una mera iniciativa.

(2.3.4) El APL de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de 2020

Ahora bien, debemos hablar ahora del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de 2020, que nace para mitigar y responder ante los cambios y problemas producidos en el ámbito judicial y lo relativo a la impartición de justicia tras la declaración de la pandemia del COVID-19. Este Anteproyecto, posteriormente, se concretó en el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público en el año 2022, aunque entre ambas versiones se produjeron cambios, tal y como veremos más adelante.

El objetivo de este Anteproyecto de Ley era similar al APL de 2019, y consistía en intentar descongestionar el sistema judicial y el número de procedimientos a través de la mejora y el impulso de la aplicabilidad de los MASC, lo cual implicaría también un incremento en el uso de procesos como la mediación y la mediación mercantil e, indirectamente, provocaría una redirección de diversos recursos económicos que podrían destinarse a mejorar sustancialmente los servicios públicos de justicia, especialmente para aquellos asuntos que realmente requiriesen de la intervención de un juez o tribunal (Petronela Popiuc, 2021).

De esta forma, este APL pretendía realizar ciertas modificaciones legislativas y

potenciar la mediación como MASC, por lo que su intención era la de modificar la Ley 5/2012 y la LEC, de manera similar a como lo hacía el APL de 2019, pero con matices. Así, el principal matiz en esta cuestión es que a través de este Anteproyecto se producía una sustancial transformación del concepto de mediación, de manera que se pasaba de los términos “voluntariedad y libre disposición” a los términos “requisito de procedibilidad y libre disposición”. Es decir, se transforma la mediación en un proceso que deja de ser completa y absolutamente voluntario para pasar a ser un requisito de procedibilidad que funciona como requisito para poder presentar la demanda en ciertos casos establecidos por ley (Feliu Rey, 2022).

Ahora bien, debemos mencionar también que esta tendencia hacia el hecho de que sea obligatorio acudir a un mecanismo MASC con carácter previo al proceso judicial ha tenido críticas y apoyos de distinta índole.

Respecto a los apoyos, se defiende por un sector de la doctrina que las propias bondades del sistema de mediación permitirían que se produjese esa medida de obligatoriedad, porque tras implementarla se manifestarían rápidamente los beneficios que conlleva, de manera que produciría una mejora en la calidad de la justicia y además ahorraría tiempo y dinero a los ciudadanos que se ven envueltos en un conflicto.

Por otra parte, y respecto a las posturas contrarias de esta medida de obligatoriedad, la principal y mayor crítica es que la mediación, al convertirse en obligatoria, puede llegar a transformarse en un trámite meramente burocrático que aumente los procedimientos y plazos de las resoluciones judiciales, por lo que es fundamental que, si se quisiese establecer esta obligatoriedad, se generasen también, paralelamente, medidas que incentiven este proceso entre las partes (Herrera de las Heras, 2017).

Por lo tanto, vemos que a raíz de estos Anteproyectos ya se están intentando promover medidas de impulso reales y más concretas para que se permita descongestionar el sistema judicial y se aumente el uso y extensión de mecanismos MASC como puede ser la mediación, dado que a pesar de ser herramientas muy útiles con grandes beneficios no han calado en el sistema español y necesitan un nuevo enfoque en materia legislativa para convertirse en procedimientos más frecuentes en nuestro país. Como mencionábamos anteriormente, este último APL que hemos comentado se concretó en el año 2022 en el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público, de manera que podemos indagar en qué consiste este PL y así terminar de estudiar el marco normativo

sobre esta materia.

(2.3.5) El PL de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de 2022

En último lugar, y respecto al marco normativo de la mediación en España, debemos mencionar algunos detalles del Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público del año 2022, que como hemos indicado, concretaba las modificaciones a las que se refería el Anteproyecto de Ley de 2020, salvo por una serie de cambios que se produjeron entre ambas versiones.

En líneas generales, este PL mantiene múltiples similitudes con el APL de 2020, donde el principal punto de semejanza es el paso de la voluntariedad de la mediación a la obligatoriedad para transformar este mecanismo en un requisito de procedibilidad, pretendiendo modificar la Ley 5/2012 y la LEC, y donde las principales diferencias entre ambos textos residen en puntos relativos a una ordenación más sistemática del PL respecto a las diferentes modalidades de negociación previas a la vía jurisdiccional, el establecimiento de un sistema específico de MASC en el PL frente al sistema poco concreto del APL y el establecimiento expreso por parte del PL de la inadmisión de la demanda en caso de no cumplir con el requisito de procedibilidad que se establece en la modificación del artículo 403.2 de la LEC (Feliu Rey, 2022).

Por tanto, este Proyecto de Ley, actualmente en trámite para su aprobación, y que puede variar en su cometido, alcance y extensión durante este proceso, es el intento más reciente por completar y mejorar el marco jurídico español respecto a los MASC y, por tanto, respecto a la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Como hemos indicado, la principal medida que se intenta promover a través de este PL es pasar de un absoluto marco de voluntariedad a que los MASC pasen a ser requisitos de procedibilidad, es decir, que antes de iniciar la vía judicial debe acreditarse que se intentó previamente un acuerdo extrajudicial. Ya hemos explicado alguna postura en relación a este asunto, pero más adelante, en el cuarto capítulo del presente TFG, comentaremos en mayor profundidad, al hablar de sugerencias para una mejor integración de la mediación en el ámbito mercantil, si esta obligatoriedad como requisito procedimental puede ser beneficiosa o si por el contrario puede generar más trabas burocráticas.

En definitiva, podemos observar, tras comentar los apuntes de distintos autores mencionados en este epígrafe, que la Ley 5/2012 establece el marco normativo esencial

respecto a la mediación en asuntos civiles y mercantiles en España, de manera que ésta se presenta como base esencial para entender el alcance de este mecanismo MASC en el ámbito jurídico español, y que se complementa, además, con otra normativa adicional y más reciente que está intentando ayudar al establecimiento de un marco jurídico más completo para esta práctica, debido a que su uso no se ha producido de la manera que se esperaba que lo hiciera.

Por consiguiente, en el siguiente capítulo se analizarán las barreras, ventajas y oportunidades de la mediación civil y mercantil, con el objetivo de profundizar más en este mecanismo de resolución de conflictos y ver las particularidades de su uso en España, dado que, como hemos indicado, a pesar de tener un marco normativo cada vez más completo, su implementación todavía está enfrentándose a ciertas barreras que hacen que no termine de encajar en el ámbito legal español.

(3) BARRERAS, VENTAJAS Y OPORTUNIDADES DE LA MEDIACIÓN MERCANTIL

(3.1) El papel de abogados y jueces en la mediación

Para comenzar este epígrafe debemos centrarnos primeramente en hablar del papel que desempeñan los abogados al implementar dentro de su marco de actuación algunos procesos y mecanismos como es el de la mediación, para posteriormente analizar el papel que puede desempeñar el juez en este tipo de procedimientos, observando si ambas figuras pueden generar un impacto sustancial en la implementación de la mediación en España.

(3.1.1) La figura de los abogados en la mediación

Analizando la figura de los abogados en la mediación en general y más concretamente en la mediación mercantil, debemos tener en cuenta algunos aspectos fundamentales.

Cabe indicar que el papel de los abogados en los procesos de mediación en España ha estado sujeto a debate en múltiples ocasiones, debido principalmente a que, en los procesos de solución alternativa de conflictos, se debe hacer una distinción clara entre los

tipos de abogados que participan en ellos. Estos tipos de abogados, que han ido evolucionando a medida que pasaba el tiempo, excedían el concepto de lo que habitualmente se asociaba con el tradicional papel litigante que se enlaza con esta figura, de manera que a lo largo del tiempo han ido apareciendo abogados-defensores, abogados-negociadores, abogados-colaboradores y, la figura que nos interesa especialmente, los abogados-mediadores (Garrido Soler, 2013).

Siguiendo esta línea, cabe indicar que algunos autores conciben a los abogados-mediadores como figuras más accesorias y secundarias en los procesos de mediación, dado que el protagonismo real recae sobre las partes implicadas, esto es, los ciudadanos, clientes, proveedores...etc., que están involucrados en el conflicto (Garrido Soler, 2013). Esta nueva concepción que pone en un plano más secundario a los abogados choca frontalmente con la realidad en nuestro país, dado que la figura de los abogados en el sistema judicial español está enmarcada dentro de una cultura arraigada en los litigios, siendo la cultura española muy litigante y donde muchos procesos, en ocasiones, se ven extensamente dilatados y provocados por las actuaciones de los abogados (Carretero Morales, 2016). Es decir, en la cultura litigante que impera en España, en muchas ocasiones se tiende, por parte de los involucrados en el conflicto y por parte de los profesionales del Derecho como los abogados, a acudir a la vía judicial antes de, por ejemplo, buscar soluciones alternativas como pueden ser los MASC.

No obstante, este enfoque se está volviendo cada vez menos habitual. Algunos autores tales como Fajardo Martos (2015) defienden que los abogados en los procesos de mediación pueden tener un gran valor añadido dado que pueden actuar en el ámbito civil, pero especialmente en el mercantil, de distintas formas. Las actuaciones que pueden realizar los abogados pueden englobar desde el asesoramiento sobre si acudir o no a procesos como la mediación, la redacción de los acuerdos fruto de este proceso, la regulación para la elección del mediador y la intervención de terceros, así como la preparación de las estrategias para participar correctamente en la mediación antes de iniciar un procedimiento judicial.

De esta manera, vemos que los abogados-mediadores, es decir, los que se especializan en adaptar su labor legal a las circunstancias propias de la mediación, pueden aportar mucho valor en cada fase de este proceso, desde el acuerdo inicial para someterse a este tipo de mecanismo MASC hasta el final de éste, donde se agrupan todos los acuerdos y

se redactan los acercamientos finales para que se cumplan todos los requisitos formales y legales que sean necesarios para su validez.

Así, esta nueva perspectiva que se enfoca en darle un papel menos litigante y más colaborador a los abogados-mediadores tiene también que pasar por un proceso de adaptación, de manera que toda la normativa europea y nacional debe centrarse en la transformación desde una cultura de confrontación y litigiosidad hacia una cultura más pacífica y colaborativa. En esta cultura más pacífica, los conflictos deben poder resolverse de manera extrajudicial con mayor frecuencia y donde en el ámbito mercantil las empresas, los clientes, proveedores...etc., puedan comenzar a demandar a sus abogados soluciones que se dilaten menos en el tiempo, que sean menos costosas desde un punto de vista económico y legal y que faciliten la resolución de problemas y conflictos de una forma más rápida y sencilla (Fajardo Martos, 2015).

Por tanto, si bien es cierto que el papel de los abogados en los procesos de mediación puede aportar un valor añadido sustancialmente positivo para las partes y para el proceso en general, también es indudablemente cierto que este impacto puede verse exponencialmente ampliado en procedimientos que involucren elementos del ámbito mercantil. Esto se debe principalmente, y como bien indica Fajardo Martos (2015) a muchos factores propios de las relaciones comerciales y del ámbito mercantil en sí mismo, como por ejemplo la especial urgencia en los procesos, la importancia en el conflicto mercantil de salvaguardar la privacidad de las partes y gestionar cautelosamente el riesgo reputacional derivado de éste o el mantenimiento de relaciones comerciales continuadas que normalmente son fruto de una serie de estrategias legales complejas y extensas.

Por lo tanto, podemos observar que la mediación es un mecanismo que, a pesar de no haber tenido todo el impacto que se pretendía por parte de la legislación y la normativa europea y nacional, ha llegado para quedarse, especialmente si atendemos a los beneficios y a las necesidades que puede cubrir tanto en el ámbito judicial como en el ámbito mercantil, de manera que los abogados, tanto de unas disciplinas como de otras, en lugar de percibirlo como una amenaza para su profesión, deben adoptar una postura conciliadora para aprender a convivir con esta herramienta, aprender a utilizarla y recomendarla a sus clientes cuando lo consideren oportuno (Carretero Morales, 2016).

(3.1.2) La figura del juez en la mediación

Ahora bien, en cuanto a la figura del juez en la mediación y en la mediación mercantil, debemos indicar también algunos aspectos importantes que destacan diversos autores en relación al papel que toman alrededor de estos mecanismos.

Algunos autores como Freire Pérez (2017) establecen que el juez desarrolla una triple función dentro del papel que juega en los procesos de mediación intrajudicial. Por una parte, actúa como espectador dado que la mediación como proceso realmente ocurre fuera de los tribunales y además es confidencial, de manera que el juez debe limitarse a observar externamente para ver si las partes pueden llegar a alcanzar un acuerdo. Por otra parte, el juez tiene que actuar como participante desde un punto de vista externo y limitado, eligiendo en los procesos judiciales los asuntos y las causas aptas para acudir a mecanismos como la mediación e invitando a las partes a intentar alcanzar un acuerdo a través de ésta. Además, la citada autora indica que el juez debe actuar como garante de la calidad del proceso, pues debe analizar de forma crítica el contenido de los acuerdos alcanzados y observar si los derechos y garantías procesales de las partes han sido debidamente respetadas en todo momento.

Por otro lado, pero también en la misma línea que lo explicado anteriormente, autores como Carretero Morales (2016) determinan que, de cara a garantizar plenamente el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24 de la Constitución Española, los jueces no deberían limitarse exclusivamente a buscar una solución jurídica a la cuestión que suscite el conflicto, sino que deberían ir más allá. De esta forma, Carretero Morales (2016, p. 336) defiende la postura de que “el juez tiene que intentar ver más allá de los límites del propio proceso, entender que el conflicto se puede resolver mejor en un marco mucho más amplio, donde se tengan en consideración cuestiones que no sean simplemente jurídicas”. De esta manera, si el juez conoce y tiene una formación mínima relativa a la mediación, podrá valorar correctamente la situación y realizar un diagnóstico preliminar para ver si este mecanismo en un caso concreto tiene posibilidades de éxito o indicios de poder ser útil para la solución del conflicto entre las partes.

Por tanto, podemos ver, en líneas generales, que la figura del juez en los procedimientos relativos a la mediación intrajudicial puede tener una marcada relevancia, dado que el juez puede sugerir y trasladar a las partes litigantes y a sus abogados la idea de acudir a otro tipo de mecanismos alternativos a la vía judicial, es decir, tiene la potestad

de trasladar a las partes una visión alternativa, que no sea estrictamente jurídica, enfocada en abordar el conflicto de otro modo. Esta visión alternativa debe sustentarse en el profundo conocimiento que tiene el juez del conflicto, para así advertir a las partes de los diversos costes procesales, económicos y temporales que puede conllevar un juicio, además de hacer eco del amplio abanico de soluciones que están en poder de las propias partes si se acude al proceso de mediación (Carretero Morales, 2016).

No obstante, y como mencionábamos anteriormente, el juez debe tener un papel relevante pero externo y limitado en los procesos de mediación, por lo que algunos autores opinan que no es conveniente que el juez pretenda coaccionar o forzar la aplicación de la mediación en un conflicto, sino que simplemente lo que debe hacer es sugerir, mediante el uso de su autoridad y competencia, que existen otros mecanismos alternativos al juicio que pueden ser utilizados por las partes. Esto contrasta ligeramente con la legislación que últimamente se está intentado promover en España, donde la tendencia es asimilarse a los sistemas de Francia e Italia, de manera que la legislación pretende acercarse a una tendencia cercana a la obligatoriedad procesal de la mediación, estableciéndola como un requisito de procedibilidad para continuar con el proceso judicial. Así, en un capítulo posterior se incidirá en cómo esta obligatoriedad puede llegar a ser beneficiosa o no para una mejor integración de la mediación en nuestro país.

Adicionalmente a todo lo expuesto, cabe añadir que la figura del juez en la mediación (en la que no actúa como mediador, sino que simplemente favorece y sugiere que se intente aplicar este mecanismo) puede ser de especial relevancia para el proceso y las partes, pero que también nos encontramos con la particularidad de que los jueces pueden tener también una gran importancia en la mediación en el ámbito mercantil. Es decir, partimos de la base de que los jueces pueden promover el uso de la mediación como MASC, pero que, además, esta aportación y utilidad tan relevantes pueden verse extensamente ampliadas en el mundo empresarial y los procesos de mediación asociados a él.

Pues bien, el motivo por el cual esta utilidad del juez se puede ver altamente potenciada en los procesos de mediación del ámbito mercantil reside, principalmente, en la propia naturaleza de los conflictos mercantiles. Los conflictos mercantiles, como ya se ha mencionado con anterioridad, abarcan una extensa lista de controversias, que incluyen conflictos societarios, conflictos externos con clientes y proveedores, conflictos internos

de las empresas, etcétera (Fajardo Martos, 2015). Así, estos conflictos demandan el poner una especial atención a la hora de evaluar cuál va a ser el proceso seguido para encontrar una solución, puesto que, en las controversias de índole empresarial, los costes relacionados con las relaciones comerciales, la reputación de las empresas y las estrategias seguidas en el mercado cobran una especial relevancia y pueden verse incrementados a la hora de acudir a la vía judicial (Carretero Morales, 2016). Es decir, el abanico de soluciones a los conflictos empresariales, dada su concreta naturaleza, puede verse ampliamente mejorado por el hecho de que los jueces opten por una visión adicional para abordar estas controversias, debido a que el juez, en la medida de lo posible, debería velar por la obtención de la mejor solución posible para pacificar de manera libre y colaborativa el conflicto empresarial que involucra a las partes, y en muchas ocasiones esta óptima solución pasa por no acudir al conflicto judicial, sino que pasa por buscar soluciones como la mediación mercantil.

En resumidas cuentas, debemos indicar que, en el ámbito de la mediación y concretamente en la mediación mercantil, tanto abogados como jueces tienen la capacidad de afectar al uso y divulgación de estos métodos MASC tanto positiva como negativamente, de manera que el papel que jueguen en la implementación de estos mecanismos en España dependerá mucho de la actitud y el conocimiento que se tenga y lo que se aporte por parte de cada sujeto involucrado en el proceso, para que esta rama de ejercicio legal pueda incrementar su impacto y generar corrientes más profundas de eficacia y eficiencia procesal con el paso del tiempo.

(3.2) Barreras de la mediación y los retos de su uso en el ámbito empresarial español

Continuando con el desarrollo de este capítulo es preciso comentar ahora las distintas barreras a las que se está enfrentando y puede enfrentarse en el futuro la mediación en el ámbito jurídico y empresarial español, con el objetivo de hacer una reflexión acerca de por qué este mecanismo de resolución de conflictos no se ha integrado todavía en su totalidad en el marco mercantil de España y en un capítulo posterior ver cómo se puede conseguir una implementación más efectiva de este método. De esta manera, analizaremos las barreras y problemas asociados a la mediación como concepto, para más adelante profundizar en cómo estas barreras se trasladan a la mediación mercantil.

Partiendo de la base expuesta en el presente TFG, y fundamentada en la opinión de diversos autores, podemos decir que los motivos principales que impulsaron y motivaron

la aparición e implementación de los medios alternativos de solución de conflictos, analizados de una manera simple, fueron dos: por una razón de eficiencia procesal y por una razón cultural para modificar la manera en la que se afrontan las controversias.

Sin embargo, debemos indicar que estos dos motivos pueden ser, en algunos casos, también el origen de algunos problemas que hacen que los métodos MASC no lleguen a conseguir la relevancia y el uso que se espera de ellas, incluyendo la mediación. De esta manera, observamos que, dependiendo de cómo entendamos en un país los métodos MASC, y concretamente la mediación, estos mecanismos se integrarán en mayor o menor medida en el ámbito jurídico (Feliu Rey, 2022).

(3.2.1) El problema cultural relativo a los conflictos en España

En el caso concreto de España, es innegable que la carga de trabajo que históricamente han asumido los juzgados y tribunales ha sido alta, y que se ha ido incrementando recientemente aún más por los efectos de las diversas crisis que hemos afrontado, por la pandemia provocada por el COVID-19 y por el incremento del número de operaciones comerciales, operaciones transfronterizas y las innovaciones tecnológicas de las últimas décadas. Todos estos cambios, por tanto, han producido una exponencial ralentización en el desarrollo de los procesos judiciales, y en ese sentido la mediación ha servido como mecanismo para descongestionar esa excesiva carga de trabajo. Es por ello por lo que a través de la normativa que se ha ido desarrollando a lo largo de los años se ha intentado impulsar y motivar el uso de la mediación, pero generalmente el único objetivo detrás de ello ha sido la descongestión de la administración de justicia, en lugar de intentar implementar también un cambio cultural respecto a la solución de conflictos. Por esta razón, es importante considerar que la sociedad española quizás no deba acercarse a la mediación y a otros métodos MASC únicamente desde el punto de vista de una mayor eficiencia procesal en la administración de justicia, sino que deberían ser vistos también, y por encima de todo, como mecanismos óptimos para abordar diversas controversias, provocando así un cambio cultural relativo a la solución de conflictos (Feliu Rey, 2022).

Es decir, debemos indicar que una de las principales barreras a las que se ha enfrentado la mediación en nuestro país es el hecho de que no se ha instaurado como tal un cambio cultural en la forma de entender los conflictos, porque tal y como indicábamos previamente, en España se sigue apostando habitualmente por enfrentamientos frontales y procedimientos judiciales por encima de distintas soluciones como pueden ser los

métodos MASC. Así, este arraigo cultural que se basa en el fomento de un sistema adversarial frente a un sistema colaborativo y mediador tiene su origen en una extensa falta de información y divulgación, que hace que las partes involucradas en un conflicto puedan a menudo ignorar la utilidad de los MASC, sumado, además, al hecho de que los abogados, como indicábamos anteriormente, puedan presentar un cierto recelo ante estos mecanismos, por ser considerados como potenciales amenazas para su profesión.

De esta manera, bajo el amparo de este arraigo cultural relativo a la preferencia de la vía judicial frente al uso de la mediación en España se pueden agrupar la mayoría de los argumentos que algunos autores defienden para posicionarse en contra de la mediación y que, de algún modo, dificultan también la extensión de su implementación y uso.

(3.2.2) El problema legal relativo a los MASC en España

No obstante, indica también Carretero Morales (2016) que existen otros argumentos de índole legal que diversos autores utilizan para sostener una postura en contra de la mediación. Estos argumentos, que nacen a través de un enfoque más legalista, también suponen una barrera para conseguir una apropiada divulgación e implementación de la mediación en España, lo cual dificulta, junto al problema cultural que mencionábamos previamente, que se introduzca de una manera más completa en el ordenamiento jurídico y en el marco empresarial español. Nosotros destacaremos tres argumentos que podemos considerar como especialmente relevantes para entender la resistencia y reticencia que presentan algunos autores de cara a adoptar los MASC.

En primer lugar, y en relación al primer argumento legal que explica Carretero Morales (2016) en base a las posturas de diversos autores, nos encontramos con el hecho de que parte de la doctrina se ha cuestionado, a lo largo de los años, si verdaderamente los métodos MASC son alternativas reales al proceso judicial clásico. Defienden este argumento algunos autores puesto que consideran que la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado corresponde únicamente a los sistemas judiciales a través de los jueces y tribunales, de manera que no existe la posibilidad de integrar un sistema alternativo a esa potestad exclusiva. Por tanto, estos nuevos modelos de “justicia informal” no pueden ser verdaderamente considerados como vías alternativas de solución de conflictos, sino que deben ser considerados como formas de prevenir los conflictos y evitar su judicialización.

En segundo lugar, se ha señalado también por una parte de la doctrina que el uso de

estos mecanismos puede degenerar en un cierto proceso de privatización de la justicia. Autores como Taruffo et al. (2009), ya defendían esta postura, siendo críticos con la implementación de los métodos MASC como “vía maestra” para solucionar los conflictos en diversas áreas de la sociedad y estableciendo que los esfuerzos por parte del Estado y del legislador para promulgar el uso de estas herramientas podría traducirse en el futuro en una posible privatización de la justicia. De esta manera, la postura de estos autores no niega que en algunos casos las soluciones aportadas por los MASC, y en concreto por la mediación, puedan ser positivas e incluso más eficientes que el proceso, pero inciden en destacar el peligro de que la utilización extensiva de estas herramientas pueda convertirse en la única opción de las partes para solucionar sus conflictos.

Ante este argumento Carretero Morales (2016) defiende una postura contraria, indicando que los métodos MASC no presentan en sus características y en su naturaleza el objetivo de privatizar la justicia ni sustituir al proceso judicial, y que, aunque ese fuese el caso, no podría llegar a ocurrir por dos motivos. En primer lugar, por la voluntariedad de la utilización de dichos mecanismos, y, en segundo lugar, por el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en la CE, que hace que todos los ciudadanos tengan abierta la posibilidad de acudir a los tribunales si así lo consideran oportuno.

De esta forma, lo que se pretende no es priorizar la utilización de dichos métodos de manera excluyente, sino que lo que se busca con la implementación de éstos es salvaguardar todo lo relativo al proceso judicial, de manera que se dejen para éste cuestiones y conflictos que realmente lo demanden y necesiten, evitando que se tramiten a través de él conflictos y procesos que quizás podrían haber encontrado una solución más satisfactoria a través de otras vías como son los MASC y, en concreto, la mediación (Carretero Morales, 2016).

En tercer lugar, debemos destacar el argumento legal que defienden diversos autores que, además, se conecta estrechamente con los dos anteriores, y es el hecho de que la implementación de mecanismos como la mediación en el ámbito jurídico y como medio de resolución de conflictos puede llegar a suponer un ataque al modelo de justicia clásico que está instaurado en nuestro país. Así, autores como Aliste Santos (2011, p. 81, como se citó en Carretero Morales, 2016) defienden que la implementación de instrumentos como los MASC puede generar y alimentar un rechazo y una elevada desconfianza hacia la Justicia del Estado español y hacia sus mecanismos clásicos de resolución de conflictos.

Ante esta postura, Carretero Morales (2016) determina que las posibles ventajas que puedan extraerse del uso de los MASC en España no tienen realmente nada que ver con las insuficiencias de la administración de justicia en nuestro país. Éste indica que no se trata de impulsar el uso de estos mecanismos para encontrar una solución limitada o una especie de justicia de clase B, sino que el legislador intenta impulsar e implementar estos instrumentos para que los ciudadanos (y más adelante veremos que también las empresas) puedan resolver los conflictos en los que están involucrados sin tener que dirigirse a los tribunales, no siendo estos métodos intrínsecamente superiores al juicio, sino que son mecanismos al servicio de los ciudadanos que, lejos de perjudicar al sistema judicial, lo complementan y perfeccionan.

Por tanto, podemos ver que existen múltiples barreras, ejemplificadas a través de varios argumentos defendidos por parte de la doctrina, que afectan a la implementación y extensión del uso de los mecanismos MASC, entre los que se incluye la mediación civil y mercantil. Estas barreras tienen un origen cultural y legal, que, apoyadas por las resistencias y reticencias de algunos sujetos del tráfico jurídico, dificultan la integración completa de los métodos MASC en el marco jurídico español.

(3.2.3) Las barreras de la mediación aplicadas al ámbito mercantil

Ahora bien, tras mencionar algunas de las barreras de índole legal y cultural en España relativas a la integración e implementación completa de la mediación en nuestro país, debemos observar ahora las particularidades que estas barreras presentan en el ámbito empresarial y, en consecuencia, en el ámbito de la mediación mercantil.

Podemos observar en primer lugar que el orden mercantil, junto al orden social y el contencioso-administrativo, es el ámbito en el que menos se desarrolla el mecanismo de la mediación intrajudicial, dado que escasamente se utiliza en 11 de las 50 provincias que componen el territorio nacional, y ni siquiera en esas 11 provincias se utiliza de manera habitual y extensa (Isla Narganes, 2022).

De esta manera, cabe indicar que las causas y barreras que apuntan a esta falta de extensión y promulgación del uso de la mediación en el ámbito mercantil son, fundamentalmente, las mencionadas con anterioridad en el sub-epígrafe previo a éste, pero sí que debemos destacar un par de particularidades que hacen que en el ámbito mercantil estas barreras se acentúen.

Por una parte, debemos destacar el problema de la falta de información y divulgación de la mediación en España, haciendo hincapié en que apenas se ha extendido entre la sociedad española y entre las empresas que operan en el tráfico económico español las diversas posibilidades que ofrece la mediación. Cualquier empresario en España sabe que ante la aparición de controversias y conflictos en el ámbito de su ejercicio empresarial puede acudir a la vía judicial, pero escasas son las ocasiones en las que se pone de manifiesto como vía inicial para resolver los conflictos la posibilidad de acudir a la mediación, salvo que previamente el empresario sea aconsejado por un experto en la materia (Isla Narganes, 2022). Por lo tanto, debemos destacar que una barrera que afecta mucho a la mediación mercantil es el gran desconocimiento por parte de los empresarios de los trámites, procesos y ventajas de este mecanismo en el ámbito empresarial, de manera que pocas son las veces en las que inicialmente se acude a estos procedimientos para resolver los conflictos que surgen en la empresa.

Por otra parte, uno de los problemas que afecta a la mediación mercantil y actúa como barrera para su implementación extensiva en el marco jurídico español es la falta de mediadores especializados en materia mercantil. En estrecha relación con el problema mencionado anteriormente, esta falta de profesionales del Derecho que se deben especializar en Derecho mercantil, Derecho procesal y en mediación, es fruto también de la falta de información relativa a este método de solución alternativa de conflictos.

Nos encontramos, en relación a este punto, con el hecho de que en España es más frecuente encontrar mediadores especializados en Derecho procesal y en Derecho de familia, dado que las mediaciones en el ámbito familiar son más comunes que las mediaciones mercantiles. Por tanto, en cuanto a éstas, podemos observar que no se dan tan comúnmente en la práctica, porque como hemos explicado, existe una capa de desinformación al respecto y hay una cierta falta de mediadores mercantiles que aparte de conocer el Derecho mercantil de manera completa, sean expertos en esta técnica de solución de conflictos (Isla Narganes, 2022).

Por lo tanto, debemos incidir en el hecho de que gran parte de las barreras y problemas que están dificultando la implementación general de la mediación como mecanismo de solución de conflictos alternativo a la vía judicial y poniendo trabas a su expansión se pueden aplicar también al ámbito mercantil, donde además destacan por encima del resto de problemas la falta de mediadores conocedores de la técnica y expertos en Derecho

mercantil y una extensa falta de divulgación de las posibilidades que ofrece este mecanismo.

(3.3) Ventajas de la mediación en el ámbito mercantil

Finalizando este tercer capítulo, es necesario indicar ahora las diferentes ventajas que pueden ser inherentes al uso de la mediación tanto para el ámbito judicial como para el ámbito mercantil en general. Estas ventajas ya han sido ligeramente mencionadas a lo largo del presente TFG, pero ahora se explicarán algo más en profundidad para exponerlas de una manera más clara y concisa. Adicionalmente, hemos de hacer un apunte antes de comenzar el sub-epígrafe, y es que muchas de las ventajas aquí descritas son comunes en otros tipos de mediación, tales como la civil o la familiar, pero que entendidas dentro del contexto mercantil pueden resultar aún más ventajosas debido a la naturaleza de este ámbito. Por lo tanto, comenzaremos explicando ventajas generales asociadas al propio concepto de la mediación, que como hemos indicado pueden aparecer en varias disciplinas y áreas del Derecho, para más tarde analizar qué ventajas concretas pueden aparecer en el ámbito empresarial a través del uso de este instrumento de solución de conflictos.

(3.3.1) Ventajas generales asociadas a la mediación

La primera ventaja que podemos destacar del uso de la mediación frente a los procedimientos judiciales tradicionales es la ventaja económica y la agilidad procesal que produce en relación a la gestión del conflicto. Se trata de un proceso más económico tanto en comparación al juicio, como a los procesos de arbitraje, de manera que los costes relativos a todos los procedimientos llevados a cabo para solucionar el conflicto son inferiores a estos procesos mencionados. En cuanto a la agilidad procesal y a la sencillez del proceso de mediación, debemos indicar que, en líneas generales, las sesiones de mediación pueden configurarse siguiendo la voluntad de las partes, de manera que el tiempo que se emplea para alcanzar un acuerdo es menor que el tiempo empleado en todo el proceso judicial, por lo que la mediación evita resultados que puedan ser insatisfactorios para alguna de las partes y, adicionalmente, acorta el tiempo que se emplea para alcanzar una solución concreta al conflicto en cuestión (Monterroso Casado, 2016).

La segunda ventaja, relacionada estrechamente con la anterior, es que la mediación

permite desjudicializar determinados asuntos, que encuentran una solución más adecuada a su naturaleza y la obtención de un acuerdo adaptado a las necesidades e intereses de las partes, donde, además, y gracias a ello, se constituye un mecanismo mediante el cual se reduce el colapso de los tribunales y se evita, consecuentemente, la ralentización de la justicia, produciendo un incremento sustancial en el conjunto de la eficiencia procesal en España (Monterroso Casado, 2016).

La tercera y última ventaja destacable de este método es el concepto de lo que podríamos denominar como la humanización de las controversias y el impulso hacia la gestión conjunta del conflicto. La humanización de las controversias hace referencia a que a través de la mediación se hace referencia, también, a aspectos del conflicto que no son estrictamente jurídicos y que subyacen en el fondo de éste, de manera que la mediación se puede convertir en una herramienta especialmente útil para alcanzar acuerdos concretos y soluciones específicas para cada conflicto, siempre respetando el marco jurídico vigente y la legalidad del asunto que se trate (Monterroso Casado, 2016). En cuanto a la gestión conjunta del conflicto, ésta hace referencia a que el control del proceso y la determinación del resultado final siempre se encuentran determinados por el juez en el caso de la vía judicial, mientras que en el caso de la mediación ambas partes pueden abordar el conflicto desde una posición más dialogante para lograr el acuerdo que ambas partes encuentran como justo y donde se pasa de un escenario de ganador-perdedor a un escenario de ganador-ganador. En ese sentido, Miranzo de Mateo (2010, p. 14) indica que:

El gran aporte de la mediación al conflicto es la sustitución de la concepción tradicional de “ganar-perder” en las disputas, por “ganar-ganar”, pues este cambio de concepción no sólo afecta a los resultados sino también al proceso mismo, ya que modifica la actitud de las partes. La mediación se convierte en una negociación cooperativa, promueve una solución en la que las partes implicadas ganan u obtienen un beneficio y no sólo una de ellas. Por este motivo, es un proceso ideal para aquellos conflictos en que las partes enfrentadas deban o deseen continuar la relación en el futuro.

Por tanto, vemos sustentada en la opinión de este autor que, a través de la mediación pasamos a un escenario más atractivo para las partes envueltas en el conflicto, donde se

obtienen beneficios bilaterales a través de una negociación cooperativa y donde se respeta el principio de igualdad de las partes y el principio de buena fe en el proceso, lo cual hace que la mediación sea un medio muy adecuado y oportuno para los conflictos en los que las partes deban o quieran continuar con la relación en el futuro (Monterroso Casado, 2016).

(3.3.2) Ventajas de la mediación en el ámbito mercantil

A continuación, y tras haber explicado algunas ventajas asociadas al uso de la mediación como concepto, debemos profundizar en cómo estas ventajas pueden trasladarse al ámbito empresarial y, en consecuencia, a la mediación mercantil.

En cuanto a las ventajas de índole económica, debemos destacar algunos aspectos tales como la diferencia entre los costes que se producen a partir del uso de la vía judicial y los costes que, por el contrario, suelen generarse en los procesos de mediación mercantil. Si bien es cierto que, como hemos explicado, la mediación mercantil no tiene un uso extremadamente extendido en España, sí que podemos hacer una aproximación a los costes que se pueden generar al utilizar esta herramienta de solución de conflictos. Así, algunos autores como Fernando Rodríguez (2017) indican, a partir de datos pertenecientes a estudios del Parlamento Europeo, que a modo orientativo el coste medio de litigar en Europa es de 10.449 euros, siendo el coste medio de la mediación una cifra de 2.497 euros. Por tanto, podemos deducir que, en España, las cifras relativas a los costes de los litigios rondan esa cifra aproximadamente, y, además, debemos añadir que los costes en el ámbito mercantil tienden a ser notablemente superiores en ambos casos. No obstante, el punto clave aquí es el hecho de que, en comparación a los costes del litigio, aquellos asociados a la mediación mercantil son proporcionalmente mucho más inferiores, por lo que para las empresas puede ser muy útil acudir a esta herramienta para ahorrar costes cuando surjan conflictos legales en los que se vean involucradas.

Respecto a la desjudicialización de asuntos concretos y de la mejora en la eficiencia procesal, estas son ventajas que se pueden ver claramente amplificadas en el ámbito mercantil. En ese sentido, indica Barrón López (2022) que un medio muy completo y útil para solventar problemas de índole empresarial, donde existan cuestiones relativas a especificidades técnicas complejas, es sin duda la mediación por encima de la vía judicial, dado que la mediación puede englobar un enfoque del conflicto más amplio y completo, donde se tengan en cuenta las particularidades intrínsecas que le caracterizan y donde

tanto las empresas, por ver sus intereses protegidos de una manera holística, como los tribunales, por poder centrar sus esfuerzos en asuntos que verdaderamente requieran de su actuación, salgan ganando.

Es decir, podemos indicar que se obtienen, a través de la mediación procesal, beneficios y ventajas para las empresas respecto a la solución de sus conflictos, pero también su uso en el ámbito empresarial produce beneficios para la administración de justicia, porque se incrementa la eficiencia procesal y los asuntos que pueden verse resueltos a través de la mediación se solucionarán, presumiblemente por este método, y se logrará descongestionar progresivamente el colapso de los tribunales por asuntos de naturaleza mercantil.

Por último, y en relación a la gestión conjunta del conflicto, esta ventaja se plasma de manera especialmente extensa en el proceso de solución de controversias que nacen en el seno de las empresas. La mediación mercantil se configura, de esta manera, como una herramienta más beneficiosa para las relaciones mercantiles de las empresas, tanto entre ellas como con los clientes y proveedores, ya que uno de los objetivos de la mediación en este ámbito es el de mejorar las relaciones empresariales y la comunicación para generar lazos comerciales más sólidos y duraderos (Isla Narganes, 2022).

Además, la dimensión colaborativa que mencionábamos previamente alcanza un nivel aún mayor cuando se trata de procesos de mediación en el ámbito mercantil, dado que, como hemos indicado, un mayor grado de cooperación suele conllevar a resultados económicos y legales más beneficiosos para las empresas, pero también debemos mencionar que esta dimensión cobra especial importancia en el ámbito de las empresas familiares, donde la mediación mercantil se puede llegar a convertir en una herramienta que facilite enormemente el acercamiento de posturas y evite que el conflicto vuelva a surgir posteriormente en la unidad familiar encargada de la empresa (Barrón López, 2022).

En definitiva, hemos observado a lo largo de este tercer capítulo que los jueces y abogados pueden jugar un papel fundamental en la implementación de los MASC en nuestro país, hemos estudiado a través de los argumentos de distintos autores que existen diversas barreras que afectan a la integración de la mediación mercantil en España, de índole cultural y legal, y, finalmente, hemos analizado las potenciales que se derivan del uso de la mediación como concepto, además de las ventajas que pueden aparecer a través

de la mediación mercantil en el ámbito empresarial español. Por lo tanto, ahora debemos avanzar hasta el último capítulo de este TFG para identificar los modelos que existen para llevar la mediación a una aplicación práctica y cuál de estos modelos es más útil para promover e implementar la mediación mercantil en España.

(4) LA INTEGRACIÓN EFECTIVA DE LA MEDIACIÓN MERCANTIL EN ESPAÑA

(4.1) Los modelos de mediación aplicados al ámbito mercantil

Como hemos indicado anteriormente, la mediación, como mecanismo alternativo de solución de conflictos, puede manifestarse de diversas maneras en el cauce legal, por lo que debemos analizar, en este primer epígrafe del último capítulo y, en primer lugar, cuáles son los métodos y modelos de mediación más comunes en la práctica, para posteriormente observar cuál de esos modelos puede llegar a ser más útil para una mayor y mejor integración de la mediación mercantil en España.

(4.1.1) Los modelos de mediación en la práctica

Partiendo de la base de que dentro de la propia mediación encontramos características inherentes y principios informadores que son comunes en todas las ocasiones en las que se aplica, podemos entonces abordar los distintos modelos que permiten la aplicación práctica de este concepto y que varían dependiendo de los objetivos de la mediación y el papel que desempeña el mediador en cada caso. En ese sentido, encontramos que la mayoría de los autores coinciden en tres modelos que son especialmente relevantes a la hora de trasladar a la realidad el concepto de la mediación: el modelo directivo de Harvard, el modelo de mediación transformativa y el modelo circular-narrativo (Martínez Pallarés, 2019).

El modelo directivo de la escuela de Harvard también es conocido como el modelo tradicional-lineal de solución de problemas, y sus principales representantes son Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton, miembros del *Harvard Negotiation Project* (Rojas Roldán, 2014).

Este modelo busca, a través de la figura del mediador, que las partes involucradas en

el conflicto ignoren el regateo posicional, de manera que se dibuje una clara línea que separe a las personas del problema y el foco se ponga sobre los intereses de las partes y su conciliación y acercamiento, obteniendo soluciones centradas en un beneficio bilateral y utilizando criterios objetivos, justos e imparciales con el objetivo de lograr un acuerdo que preserve, o que al menos no perjudique la relación entre las partes (Martínez Pallarés, 2019).

Así, este modelo se asienta sobre siete pilares fundamentales, que son conocidos como los siete elementos del método Harvard, y que son, según Isla Narganes (2022), (1) la búsqueda de soluciones alternativas, (2) la defensa de los intereses de las partes en los que se ha de profundizar, (3) la generación de opciones y alternativas de beneficio bilateral, (4) la legitimidad de los acuerdos, (5) el compromiso frente a la solución acordada, (6) el mantenimiento de la relación entre las partes y (7) la facilitación de la comunicación.

En cuanto a estos pilares, debemos indicar también que todos ellos deben guiarse a través de la superación del regateo posicional que se presenta entre las partes, tal y como indicábamos en un párrafo anterior, y que esta superación tiene que basarse en cuatro aspectos. En primer lugar, se tienen separar a las personas del propio problema, para no personificar el conflicto en una parte o en otra. En segundo lugar, el foco debe estar puesto en los intereses de las partes, no en sus posiciones, de manera que pueden existir algunos intereses compartidos que el mediador puede revelar si se centra en ellos y no simplemente en las posiciones de las partes. En tercer lugar, hay que hacer una distinción entre los intereses particulares y los compartidos, consiguiendo facilitar el alcanzar objetivos y soluciones bilaterales. Finalmente, se debe dilucidar entre los criterios objetivos y subjetivos, ya que la búsqueda de criterios objetivos puede ser muy beneficiosa para determinar qué solución es la más adecuada y cómo debe aplicarse (Martínez Pallarés, 2019).

Por tanto, vemos que el método Harvard establece la mediación como un proceso de negociación colectiva en la que interviene un tercero imparcial (mediador) que no fuerza la obtención de una decisión conjunta, pero sí realiza múltiples esfuerzos para alcanzar un acercamiento real de los intereses de las partes a través de la búsqueda de soluciones creativas y colaborativas.

Por otra parte, el modelo de mediación transformativa, cuyos representantes más

reconocidos son Robert A. Baruch Bush y Joseph P. Folger, presenta un mecanismo mucho más centrado en los aspectos relacionales y la gestión del conflicto por encima de la propia consecución de un acuerdo. De esta manera, el concepto de mediación y de mediador respecto de este modelo difiere del modelo tradicional-lineal, puesto que aquí el enfoque se pone en cambiar y transformar la cualidad de la relación entre las partes para modificar los puntos negativos de ésta y convertirlos en puntos positivos y constructivos a través de cambios en la percepción, en la valoración y en el reconocimiento de las partes en la relación (Martínez Pallarés, 2019).

Por tanto, cabe indicar que este método se utiliza habitualmente en ámbitos donde el enfoque se pone en la mejora de las relaciones que deben continuar y perdurar en el tiempo, de manera que se utiliza más comúnmente en las relaciones familiares y laborales (Isla Narganes, 2022).

En último lugar, nos encontramos con el modelo circular-narrativo, elaborado por Sara Cobb, siendo éste un modelo híbrido que se sitúa entre los dos anteriores. El enfoque en este modelo de mediación se centra en modificar la narrativa, esto es, la historia que cuenta cada una de las partes, que la mantiene presa de su propia posición, para introducir una capa de flexibilidad adicional, mejorar la relación y conseguir un acuerdo determinado. De esta forma, este modelo de mediación está centrado también en encontrar soluciones en el ámbito civil y familiar más que en el ámbito mercantil, puesto que su creadora, la terapeuta estadounidense Sara Cobb, pretendía profundizar en el cambio de narrativas que habitualmente encajaban a las partes en una posición y no permitía que estas salieran de ella sin reprochar y acusar a la parte contraria (Isla Narganes, 2022).

(4.1.2) Los modelos de mediación en el ámbito mercantil

Por tanto, hemos visto que existen diversos modelos para llevar a la práctica el concepto de mediación, pero en este sub-epígrafe deberemos analizar cuál de ellos es el más adecuado para ser aplicado en el ámbito mercantil. En ese sentido, el que parece poder tener mayor sinergia con la mediación mercantil y los conflictos entre empresas, según algunos autores, es el modelo tradicional-lineal o método Harvard.

Este modelo, aplicado al ámbito mercantil, puede tener un impacto muy interesante dado que los pilares en los que se fundamenta tienen un gran peso en el ámbito

empresarial.

Así, y, en primer lugar, es el más idóneo porque se produce una completa despersonalización del problema en sí mismo, de manera que, en el ámbito empresarial, se hace hincapié en el factor de negociación sobre el que se basa este método para separar a los individuos, y, consecuentemente, la figura que representan en la empresa, de lo que es el verdadero problema que suscita el conflicto. De esta manera, el mediador que intercede en este conflicto busca fomentar una comunicación lineal a través de preguntas abiertas que permiten que la negociación fluya de una manera más adecuada, teniendo en cuenta que en los conflictos mercantiles las especificidades técnicas pueden generar que el conflicto se agrave y sea más difícil acordar una solución concreta (Isla Narganes, 2022).

En segundo lugar, podemos determinar que éste es un método muy útil para los asuntos mercantiles dado que la característica relativa al concepto ganar-ganar que mencionábamos previamente, se ve especialmente potenciada en el ámbito mercantil. Las empresas, en líneas generales, quieren funcionar y operar con normalidad en el tráfico jurídico, de manera que cuando surgen conflictos de índole mercantil, lo que primordialmente se busca es que las partes que se involucran en el proceso para solucionarlos no consuman demasiados recursos humanos, temporales y económicos, que se intente mantener las relaciones comerciales, que se salvaguarde la confidencialidad de los acuerdos y que se logren soluciones que beneficien a ambas partes, para evitar así que el conflicto se prolongue en el tiempo y genere una elevada incertidumbre en cuanto a su solución.

Finalmente, este método puede resultar especialmente eficaz para dirigir los procesos de mediación mercantil porque, además de lo visto anteriormente, es un modelo que facilita de una manera muy oportuna que se prioricen los intereses sobre las posiciones, para así poder superar el regateo posicional en el que se suelen enmarcar las empresas. Como hemos dicho, cuando surgen conflictos en el ámbito empresarial, las empresas priorizan su solución frente al inicio de un largo proceso judicial, y a través de este modelo pueden ser capaces de acudir a un proceso de mediación que se trata, en última instancia, de una negociación asistida que permite solucionar el conflicto, o, por lo menos, desarrollar un buen debate negocial para acercar posturas (Martínez Pallarés, 2019)

(4.2) Sugerencias para una mejor integración de la mediación mercantil en España

Para finalizar este último capítulo y antes de dar pie a las conclusiones, es oportuno indicar una serie de sugerencias en base a lo establecido en este TFG, con el objetivo de llegar a conseguir una mejor integración e impulso de la mediación en el ámbito legal y mercantil español.

(4.2.1) Oportunidades y medidas para una mejor integración de la mediación

De esta manera, hemos comprobado, a través de la opinión de diversos autores, que la mediación en España todavía no se ha integrado de la manera que cabría esperar tras la normativa promulgada y los diversos intentos de impulsar este MASC para la solución de conflictos de diversa índole, abarcando áreas desde el Derecho civil, el Derecho de familia o el Derecho mercantil. Por ese motivo, debemos analizar qué oportunidades y medidas pueden ponerse en práctica para conseguir el objetivo perseguido por las instituciones y finalmente evaluar si alguna de esas medidas puede resultar especialmente útil para el ámbito mercantil español.

Por una parte, destacamos un aspecto que se ha mencionado ligeramente a lo largo de este TFG, y es el hecho de que algunos autores, en base al Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de 2022 y otra normativa similar y anterior a ésta, defienden la postura de que la mediación debe transformarse en un requisito de procedibilidad para acudir a la vía judicial, de manera que se deba acudir sí o sí a un proceso extrajudicial como es la mediación antes de iniciar el proceso judicial. De esta forma, se busca alcanzar la expansión en el uso de la mediación a través de una obligatoriedad mitigada, que puede ser, de alguna forma, una medida que incentive el uso de la mediación, y que así su uso se extienda con posterioridad a lo largo de diversas áreas del Derecho, incluido el ámbito mercantil. Esto es lo que defienden algunos autores, considerando esta medida como especialmente útil para descongestionar el saturado sistema judicial de nuestro país y para que se extienda su uso entre la ciudadanía.

No obstante, considero que mi opinión está más cercana a la de los autores que defienden que esta obligatoriedad mitigada constituiría, además de una carga procesal adicional para las partes, la generación de algunas consecuencias poco deseables para el objetivo que se plantea conseguir con los MASC y la mediación en concreto. Algunas de esas consecuencias, como bien indica Ruiz de la Fuente (2022), engloban tanto la

conversión de la mediación en un mero trámite burocrático del proceso judicial, así como la dilatación y el encarecimiento de todo el proceso de búsqueda de soluciones para los conflictos.

De esta manera, creo que el mecanismo de implementación y divulgación de la mediación debe tener un enfoque distinto, a través de oportunidades y medidas que no impliquen la obligatoriedad, aunque sea mitigada, de acudir a este proceso, porque precisamente uno de sus principios informadores es el principio de voluntariedad, por lo que obligar sí o sí a las partes a acudir a este mecanismo cuando pretenden solucionar un conflicto parece ir en contra de su propia naturaleza. Por tanto, considero que las medidas para implementar de una manera más extensa la mediación en España deben basarse en otros argumentos distintos a la obligatoriedad de su uso.

Así, considero que la opinión de Ruiz de la Fuente (2022) es sumamente acertada, y con ella coincido, dado que indica que, para fortalecer la vía de la mediación y expandir el uso de los medios adecuados de solución de conflictos, para convertirlos en vías eficientes y complementarias a la judicial, hay que ir más allá de la regulación legislativa, siempre que se asegure la seguridad jurídica y la confianza de los ciudadanos, el acceso a la mediación y su divulgación, y el mantenimiento e incremento de la calidad de las mediaciones. Para conseguir estos tres objetivos, algunas medidas adecuadas pueden partir de la base de incentivos de índole económica, de una mayor divulgación por parte de las instituciones y de la Administración de Justicia para hacer más conocidos los mecanismos MASC y dentro de ellos, la mediación, y de una mejora en la formación de los mediadores para ofrecer mejores servicios.

En cuanto a los incentivos económicos, destacaría una medida que ya se ha producido en Italia, y es que, como indica Martín Diz (2019), se podría incentivar el uso de la mediación a través de bonificaciones o reducciones fiscales que se manifiesten en determinadas exenciones en los tributos, por ejemplo, fruto de acudir al mecanismo de mediación y afrontar sus costes. Como decíamos, esta medida se está aplicando ya en Italia, con buenos resultados, donde el límite deducible del importe pagado al mediador es de 500 euros. Así, a través de un incentivo fiscal, los ciudadanos estarán más abiertos a conocer e implementar los mecanismos de mediación cuando se enfrenten a un conflicto.

Respecto a la divulgación de la mediación, creo que también hay que tomar unas

medidas determinadas que permitan una mayor y mejor integración de la mediación en nuestro ordenamiento jurídico. De este modo, debe implementarse en España un cambio en la educación y la cultura relativa al proceso y a la resolución de conflictos, donde por parte de las instituciones y por parte de los profesionales del Derecho que ejerzan su profesión en el ámbito de la mediación, se produzca un llamamiento y una divulgación exhaustiva para que la figura de la mediación como MASC, y los MASC en sí mismos, sean reconocidos como herramientas soberanamente útiles y alternativas a la costosa e ineficiente vía judicial. Por tanto, a través de artículos, doctrina, coloquios, etc., y por supuesto, a través de una legislación sólida y completa de la mediación, se podría apoyar a la implementación de la mediación en España para que alcanzase el estatus que se pretende.

En último lugar, y respecto a la formación de los mediadores, creo que es necesario, al igual que pasaba con la educación y la cultura del conflicto en España, que haya un cambio de paradigma en la expansión de esta profesión. Así, para conseguir que la mediación se impulse de manera extensa como medio alternativo de solución de conflictos es necesario que los mediadores tengan una formación completa y rigurosa, ya no solo en las materias en las que se especialicen, como Derecho mercantil o Derecho de familia, sino que también deben ser conocedores del Derecho procesal en su conjunto y de todo lo que conlleva el proceso de mediación. Es decir, deben ser expertos en su área de conocimiento, pero además deben formarse de manera excelsa en todo lo relativo a la mediación dentro del marco jurídico español.

(4.2.2) Sugerencias aplicables al ámbito mercantil

Finalmente, debemos destacar en este sub-epígrafe, dentro de las sugerencias y medidas que han sido comentadas, cuál puede afectar de una manera más positiva a la integración de la mediación en el ámbito mercantil.

Así pues, en mi opinión, y respecto al ámbito mercantil y la mediación aplicada a éste, la medida que más puede interesar a las empresas es la de los incentivos en materia económica y fiscal. Estas medidas, sin lugar a dudas, pueden promocionar un uso más extensivo y habitual de la mediación mercantil, dado que las empresas siempre se verán incentivadas, como por ejemplo a través de exenciones o reducciones fiscales en el pago del Impuesto de Sociedades, a reducir los costes derivados del proceso de resolución de un conflicto. Por tanto, a las empresas les interesará la mediación y la promulgarán de

manera consciente y extensa cuando observen que es un mecanismo que abarata todos los costes relativos al proceso de resolución de los conflictos, que permite mantener las relaciones comerciales que quizás puedan verse en peligro al acudir a un enfrentamiento frontal a través de la vía judicial y que agiliza la obtención de soluciones colaborativas centradas en el concepto de ganar-ganar. Todo eso sumado a una política de incentivos fiscales y económicos y a una gran divulgación por parte de las instituciones del uso de la mediación, producirá un cambio en el paradigma mercantil español donde este mecanismo se extienda cada vez más, aportando beneficios tanto a las empresas como al sistema judicial.

(5) CONCLUSIONES

Habiendo explicado múltiples puntos en relación a la mediación mercantil y a otros temas de índole parecida a lo largo de este TFG, podemos ahora pasar a las conclusiones, con el objetivo de resaltar de una manera más concisa lo más importante de este trabajo. Podemos indicar que se han obtenido, por tanto, tres conclusiones que engloban la información más relevante que se puede extraer del presente TFG.

(5.1) Primera conclusión

La primera conclusión a la que podemos llegar tras la elaboración del presente TFG es que el marco normativo de la mediación en asuntos civiles y mercantiles en España es completo y se está complementando a través de nuevas normas, pero que, a pesar de ello, la mediación no ha terminado de calar completamente en la sociedad española.

Por un lado, hemos observado que los métodos MASC surgen a lo largo de la historia para suplir los fallos y problemas que iban apareciendo en el sistema judicial de los países, debido a una excesiva saturación de los órganos judiciales fruto del incremento en el número de asuntos que los ciudadanos presentaban para solucionar sus conflictos legales.

Por otro lado, la UE ha ido poniendo su enfoque, a lo largo de los años, en promulgar el uso de estos mecanismos para tratar de solventar los problemas del ámbito judicial, mecanismo como la mediación o el arbitraje, mientras que la normativa aplicable a estos métodos se ha extendido en los Estados miembros a través de su legislación nacional.

En España destacan en la regulación de esta materia, principalmente, la Directiva 2008/52/CE, que se transpone a través de la Ley 5/2012, y el Real Decreto 980/2013, además de las distintas iniciativas legislativas que se han ido promulgando recientemente para conseguir abordar la falta de integración del mecanismo de la mediación en el ámbito legal español. Estas iniciativas incluyen el APL de Medidas de Impulso de la Mediación de 2019, el APL de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de 2020 y el PL de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de 2022, todas ellas analizadas en el capítulo dos de este TFG.

A través de este marco normativo, la mediación se presentó en España como una medida excelente para lograr descongestionar el colapso del sistema judicial, que cada vez recibía más asuntos y producía el incremento de la ralentización respecto a la solución de éstos. Así, la legislación relativa a la mediación en asuntos civiles y mercantiles establecía una definición concreta de este concepto, además del establecimiento de sus principios básicos e informadores y su ámbito de aplicación, de manera que otorgaba una nueva visión de este mecanismo y completaba algunos puntos fundamentales que indirectamente habían sido desarrollados previamente por ciertas normas autonómicas, como es el caso de la normativa catalana o la normativa gallega, pero que no se planteaban a nivel estatal.

Sin embargo, podemos concluir que, tras haber analizado las últimas iniciativas promulgadas para lograr una implementación e integración mayor en la sociedad española de la mediación, así como la normativa elaborada en 2012, este mecanismo no ha tenido un desarrollo como el que se esperaba, de manera que el marco normativo, en resumidas cuentas, logró establecer una regulación de mínimos que fue satisfactoria y cercana a ser completa, pero que ha resultado no ser suficiente para que la mediación verdaderamente se extienda como un medio adecuado de solución de conflictos que habitualmente se utilice en España.

(5.2) Segunda conclusión

En cuanto a la segunda conclusión que podemos sacar de este TFG es que la insuficiencia en la implementación de los mecanismos MASC y en concreto de la mediación en nuestro país se deriva de dos aspectos fundamentales: una barrera cultural y una barrera legal.

Por un lado, una barrera cultural derivada del hecho de que la sociedad española y la manera que ésta afronta los conflictos se basa primordialmente en la confrontación y no en la colaboración, es decir, en España impera una cultura profundamente litigante, que fomenta en todo momento la confrontación entre las partes y no incentiva otros mecanismos colaborativos, donde además los jueces y abogados juegan un papel fundamental en este esquema, dado que, según la actitud que tomen frente a este mecanismo su implementación será mayor o menor, aunque en la actualidad lo habitual es ver como existen todavía ciertas resistencias y reticencias por parte de estos sujetos del tráfico jurídico en relación a la mediación.

Por otro lado, una barrera legal derivada de un marco normativo insuficiente, como ya hemos explicado, donde hemos destacado 3 problemas principalmente: la postura de diversos autores que defienden que la mediación no es una alternativa real a la vía judicial, sino que, a lo sumo, funcionan como medios de “justicia informal” para prevenir los conflictos y evitar su judicialización; la postura de otros autores que defienden que la mediación provocará una privatización de la justicia; y la postura de algunos autores relativa a defender que los mecanismos MASC y en concreto la mediación, suponen un ataque frontal al modelo de justicia clásico implementado en el país.

Estas barreras, a pesar de todas las ventajas que se han dilucidado respecto al uso de la mediación y concretamente al uso de la mediación en el ámbito mercantil, como son, por ejemplo, el ahorro de costes, la descongestión del sistema judicial y la gestión colaborativa de los conflictos, han provocado que este mecanismo no se haya implementado de manera eficaz y efectiva a nivel estatal, por lo que realmente el impacto que se pretendía conseguir a través de las iniciativas y la legislación en materia de mediación no ha sido alcanzado por parte de la sociedad española.

Por tanto, a lo largo del TFG hemos visto que la mediación civil y la mediación mercantil cuentan con una serie de ventajas muy concretas que benefician tanto a los ciudadanos y a las empresas españolas, así como al sistema judicial, pero que también se enfrentan a unas barreras culturales y legales que no han permitido que florezcan con la importancia y el impacto que se pretendía desde un inicio a través de la legislación promulgada a nivel europeo y nacional.

(5.3) Tercera conclusión

Finalmente, y como tercera y última conclusión para finalizar este TFG, debemos incidir en el aspecto de las posibles medidas que pueden resultar más eficientes para una implementación e integración más efectiva de la mediación civil y mercantil en España.

Habiendo analizado el marco normativo europeo y español relativo a la mediación en materia civil y mercantil, y tras haber observado las diferentes barreras y retos a los que se enfrenta este mecanismo en España, a pesar de sus múltiples ventajas, hemos concluido que este método de solución alternativa de conflictos no ha tenido el impacto que se pretendía al introducirlo en nuestro país mediante las distintas normas e iniciativas que se han ido promulgando.

Por tanto, en el último capítulo de este TFG, hemos estudiado los distintos modelos de mediación que se dan en la práctica y cuál es el modelo más adecuado para la mediación mercantil, por lo que hemos mencionado el modelo tradicional-lineal o método Harvard, el modelo de mediación transformativa y el modelo circular-narrativo, destacando como más importante para la mediación mercantil el modelo de Harvard, por sus inherentes beneficios respecto a esta práctica legal.

Adicionalmente, hemos propuesto medidas para conseguir una implementación e integración de este tipo de mediación más completa en nuestro país, enfocando estas medidas, además, al ámbito empresarial. Aparte de medidas propiamente legislativas, hemos considerado que para implementar la mediación en el marco jurídico español de una manera más efectiva es necesario acudir a medidas y estrategias distintas a lo ya establecido, concluyendo que pueden ser especialmente útiles medidas de índole económica, como incentivos fiscales a través de exenciones y reducciones en el pago de impuestos a la hora de afrontar los costes de la mediación, medidas divulgativas, para acercar a la ciudadanía y a las empresas las posibilidades y ventajas que ofrece el mecanismo de la mediación y medidas relativas a una mejor formación de los mediadores, para ofrecer un servicio más completo y profesional en este ámbito.

En definitiva, y para concluir, debemos indicar que se han cumplido los objetivos declarados al inicio de este TFG y que, a través de la opinión de diversos autores y la consulta de legislación, se ha procedido a la elaboración de sugerencias y medidas propias para una mejor integración e implementación de la mediación mercantil en España.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LEGISLACIÓN

Diario Oficial de la Unión Europea. (21 de mayo de 2008). *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.*

OBRAS DOCTRINALES

Aliste Santos, T. (2011). Meditación crítica sobre la mediación como alternativa a la jurisdicción. En F. Martín Diz, *La mediación en materia de familia y Derecho Penal. Estudios y análisis* (págs. 67-83). Santiago de Compostela: Andavira Editora.

Barrón López, C. (2022). La mediación mercantil como estrategia eficaz frente a las controversias empresariales. En S. B. Vilar, *Meditaciones sobre mediación (MED+)* (págs. 269-287). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Blohorn-Brenneur, B., y Soletto Muñoz, H. (2019). *La mediación para todos. Mediación en el ámbito civil y judicial*. Madrid: Dykinson.

Carretero Morales, E. (2016). *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*. Madrid: Dykinson.

Fernando Rodríguez, L. (2017). *Mediación mercantil en España*. Madrid: Dykinson.

Freire Pérez, R. M. (2017). La posición del Juez ante la mediación: ¿Espectador, participante, garante? En H. Soletto Muñoz, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ambitos* (págs. 511-516). Madrid: Tecnos.

Martín Diz, F. (2010). *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Otero Parga, M. (2007). Las raíces históricas y culturales de la mediación. En M. Otero Parga, & H. Soletto Muñoz, *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente* (págs. 172-184). Madrid: Tecnos.

Soletto Muñoz, H. (2017). La mediación conectada con los tribunales. En H. Soletto Muñoz, *Mediación y resolución de conflictos, técnicas y ámbitos*. Madrid: Tecnos.

Taruffo, M., Andrés Ibáñez, P., y Candau Pérez, A. (2009). *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

ARTÍCULOS ACADÉMICOS

Dorado Picón, A. (2013). El arbitraje y la mediación en España. *Revista Jurídica de Castilla y León*, n°29, 1-8.

Feliu Rey, J. (2022). La mediación en asuntos civiles y mercantiles en España: de la voluntariedad a la obligatoriedad. *Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2022)*, Vol. 14, No 2, 407-426.

García Villaluenga, L., y Vázquez de Castro, E. (2013). La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo. *Política y Sociedad*, 71-98.

Garrido Soler, S. (2013). Retrospectiva y retos para los abogados-mediadores. *Revista de Estudios Jurídicos n° 13/2013 (Segunda Época)*, 1-23.

Herrera de las Heras, R. (2017). La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles. *InDret*, 1-23.

Jiménez Cardona, N. (2022). La mediación mercantil ante los nuevos retos de la inteligencia artificial: una visión comparada entre los ordenamientos jurídicos español e italiano. *Revista Internacional Consinter de Direito*, N. XV, 493-505.

Macho Gómez, C. (2014). Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del movimiento ADR en Estados Unidos y su expansión a Europa. *Anuario de Derecho Civil*, 67 (3), 931-996.

Martín Diz, F. (2019). Nuevos escenarios para impulsar la mediación en derecho privado: ¿conviene que sea obligatoria? *Práctica de Tribunales*, n°137, 1-23.

Miranzo de Mateo, S. (2010). Quiénes somos, a dónde vamos... Origen y evolución del concepto mediación. *Revista de Mediación*, Año 3, Número 5, 8-15.

- Monterroso Casado, E. (2016). Ventajas de la mediación frente a los procedimientos judiciales civiles y mercantiles. *Revista CEFLEGAL. CEF*, núm 185, 1-28.
- Ortiz Pradillo, J. C. (2011). Estudio doctrinal: Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil. *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXV, Núm. 2135, 1-37.
- Petronela Popiuc, M. (2021). Análisis de la mediación civil y mercantil en España y sus novedades legislativas. *593 Digital Publisher CEIT*, 6(2), 95-104.
- Ruiz de la Fuente, C. (2022). Mediación: ¿alternativa de acceso o traba de acceso? Análisis de las consecuencias jurídico-procesales a la luz del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 12, 264-305.
- Trigo Sierra, E., y Moya Fernández, A. J. (2012). La mediación civil y mercantil en España y en el Derecho comparado: A propósito del Real Decreto-Ley 5/2012. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez/32-2012*, 102-112.

TESIS Y DISERTACIONES

- Fajardo Martos, P. (2015). Cooperar como estrategia. Sobre el uso de métodos alternativos para la solución de los conflictos de las empresas. *Tesis Doctoral. Universidad Pontificia Comillas. Facultad de Derecho*, 1-414.
- Isla Narganes, P. (2022). *Mediación mercantil: especial referencia a la mediación en materia de consumo*. Santander: Trabajo de Fin de Máster. Universidad de Cantabria.
- Martínez Pallarés, J. I. (2019). *La mediación civil y mercantil, en el contexto de la búsqueda de sistemas alternativos al judicial para la resolución de conflictos*. Murcia: Tesis Doctoral, Universidad de Murcia. Escuela Internacional de Doctorado.
- Ondongo Pérez, N. M. (2022). *La resolución extrajudicial de conflictos en España a través de la normativa estatal sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Valencia, España: Universidad Politécnica de Valencia. Trabajo de Fin de Máster.

Facultad de Administración y Dirección de Empresas.

Paşolea, E. O. (2021). *Mediación conectada a los tribunales: aproximación a la mediación civil desde una perspectiva de calidad*. Madrid: Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid.

Rojas Roldán, M. d. E. (2014). *Mediación mercantil. Mediación mercantil empresarial*. Universidad Internacional de Andalucía. Trabajo Final del IV Título de Experto en Mediación civil, familiar, mercantil y organizaciones complejas.

Ruiz Urdiales, C. (2018). *Resolución Alternativa de Conflictos*. Valladolid: Universidad de Valladolid. Trabajo de Fin de Grado. Facultad de Derecho.