

Doctrina

Ser mediador: El contrato de mediación y su naturaleza jurídica

Autor/a:
Alés Sioli, Javier

Introducción

1. Diferencia con el arbitraje:
2. Diferencia con el mandato:
3. Diferencia con la conciliación y la negociación:
4. Diferencia con el contrato de mediación en corretaje:
5. Diferencia con el contrato de arrendamiento de servicios:
6. Conclusión: el carácter atípico del contrato de mediación

Introducción

Hoy todo puede ser mediación, hoy todo el mundo puede ser mediador, D. Mariano Rajoy se ofrece a ser mediador entre el gobierno español y el inglés para limar sus diferencias; el Sr. Rodríguez Zapatero está dispuesto a mediar ante la crisis con el País Vasco; Carod Rovira, intenta mediar entre los terroristas y el gobierno de la nación...

Sinceramente, para poder mediar buscamos personas que puedan ser creativas, pacientes, observadoras, confidenciales, empáticas, neutrales, serena y en los casos anteriores nada más lejos de la realidad. La nueva reforma del Código Civil, no solo aboga con el nuevo sistema de divorcios, por la mediación, sino que conmina al propio gobierno español a crear una Ley de Mediación. La Directiva Europea de 2004 nos habla del compromiso de creación de la mediación como servicio público antes de Septiembre de 2007. El Gobierno autonómico Andalúz se encuentra en pleno proceso de debate y sensibilización con los distintos sectores sociales y profesionales, del Anteproyecto de ley de mediación familiar de Andalucía. Estamos ante una auténtica "Ola de mediación", "época mediadora" o como le gusta mencionar a la profesora Boqué Torremorell "tiempo de mediación".

Son numerosos los profesionales que han mostrado su interés por la implantación en España de la mediación familiar como un servicio público de atención a familias en conflicto, no obstante no existe unanimidad a la hora de hablar de la temática que pudiera verse afectada por la atención de la mediación. La mayoría opta por la atención en casos de crisis matrimonial, mientras que un reducido grupo de expertos, pretendemos la aplicación de la mediación en cualquier conflicto familiar. Al igual que hablamos de familia extensa, tratamos, de la aplicación de la mediación familiar en conflictos intergeneracionales, con adolescentes, en particiones hereditarias, ante situaciones de acogimiento o adopción, con parejas no casadas de igual o distintos sexo, etc. El abogado-mediador está presente en todos ellos. Es más nos atreveríamos a decir: mediación en cualquier conflicto como en muchos casos ya es una realidad en nuestro país: intercultural, vecinal, Penal, comunitaria, educativa... En este sentido creo que lo importante es hablar de

mediación como proceso bien estructurado, por el que un tercero (en esto tenemos mucho que ver los abogados principalmente), interviene de forma imparcial en un conflicto (de cualquier tipo: familiar, intercultural, vecinal, penal...), como experto, para la búsqueda de una solución consentida y deseada por las partes conforme a su derecho de autodeterminación.

Nada más creativo como la mediación; nada más apasionante como la mediación, pero no olvidemos la importancia de ser mediador o mediadora. Al igual que es una tarea importante para el ser humano el “enseñarle a escribir” y por comparación “aprender una cultura mediadora”, se me antoja más importante aún “enseñar a ser escritor” y por comparación “enseñar a ser mediador”. El abogado, por nuestro propio perfil profesional tiene mucho camino recorrido para ser mediador. Creo que debemos volver sobre nuestros pasos y aprender de ellos y si no, ¿Qué hizo Peter Pan cuando fue al país de Nunca Jamas?, ¿de qué forma resolvió el conflicto de sus hijos, como “niños perdidos” con el Capitán James Hook?. Quizás parezca al lector algo muy atrevido pero pensemos en abogacía, magia y mediación.

De la misma forma, se confunde la mediación de forma automática, con otras técnicas de intervención y que me gustaría analizar brevemente:

El acuerdo de mediación. Contrato de mediación y su naturaleza jurídica: La existencia de una situación de conflicto, como ya sabemos, es lo que determina el recurso al proceso de mediación y en su virtud, con la intencionalidad de solucionar sus diferencias, las partes contactan con el mediador o servicio de mediación y se entablan las relaciones entre el agente mediador o agencia mediadora y las partes en conflicto, que tienen un indudable contenido contractual, cuya naturaleza no se encuentra del todo matizada en nuestro ordenamiento jurídico. Lo que si es cierto es que la doctrina es unánime al establecer que se trata de un contrato “atípico e innominado”. En este sentido entiende el profesor Torrero Muñoz que sería un contrato atípico desde un punto de vista legislativo por la falta de norma al efecto, pero lo que si es cierto que para las partes en conflicto es un contrato firme, real, pactado, privado o no (según sea de un servicio público) y socialmente necesario. Quizas la mejor forma de diferenciarlo sea en función a otros contratos o figuras afines:

Para ello tomamos como referencia un extraordinario artículo aparecido en la revista digital “El Derecho”.

1. Diferencia con el arbitraje:

Para Torrero Muñoz, “los contratos de mediación y arbitraje nacen de un compromiso previo entre las partes; el árbitro decide conforme a derecho o equidad y lo mismo podría decirse del mediador, quien en el ejercicio de su función podrá recurrir a conceptos jurídicos o metajurídicos; ni con el arbitraje, ni con la mediación, se hace dejación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”. Lo que si está claro en función a esta teoría, son sus límites diferenciales por cuanto cuando se produce el laudo arbitral, el mismo tiene eficacia ejecutiva y así se lo reconoce la Ley de Arbitraje actual, mientras que por el contrario el convenio mediador o acuerdo en mediación no posee esta fuerza ejecutiva; necesitaría ser revisable por la propia justicia. De ello ya se hizo eco la Recomendación Europea del Comité de Ministros de 1998 sobre Mediación Familiar. En el caso de la mediación, a diferencia del árbitro, el mediador no juzga, sino que participa activamente como agente comunicador y en todo caso firma junto a las partes el acuerdo plasmado en convenios, para dar fe que el mismo se hizo mediante la mediación y que se es testigo oportuno de la negociación (siempre con los debidos respetos que surgen del principio de confidencialidad) .

Otra autora de referencia es Trinidad Bernal Samper, Psicóloga que entiende que “el arbitraje es una negociación entre los disputantes en presencia de una tercera parte que tiene poder para decidir si los negociadores no llegaron a un acuerdo si éstos han aceptado previamente someterse al juicio del árbitro”. Con ello nos centramos en el proceso de control o autodeterminación por las partes. En el arbitraje las partes no tienen decisión sobre el proceso o

las etapas, éstas están fijadas por ley. En la mediación, el mediador además de no imponer acuerdos o soluciones, tan solo calendariza las fases o proceso de intervención, estas no están marcadas por ley.

2. Diferencia con el mandato:

Cabría también la posibilidad de asimilar el contrato de mediación al contrato de mandato regulado en el Art.1709 CC y ss, según el mismo “por el contrato de mandato se obliga a una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra”. En la medida en que las partes intervinientes delegan en el agente mediador la resolución de los conflictos, representándoles en el procedimiento de mediación, la figura podría ser afín. El derecho actual y los autores de la doctrina distinguen actualmente los conceptos de mandato y representación, separando lo que por un lado es el mandato, como que afecta a la relación material de carácter interno entre mandante y mandatario, mientras que el mero apoderamiento, trasciende a lo externo y el interés es representar fuera con el poder otorgado. No obstante otorgar esta naturaleza a la mediación no tiene sentido en cuanto que el agente mediador no es, en ningún caso, representante de las partes, ni de ambas, ni de alguna de ellas. En caso de que así fuera se atentaría contra la propia esencia de la mediación familiar.

También ofrece serias dudas la diferenciación entre el propio mandato y lo que determinamos como contrato de arrendamiento de servicios, que tampoco por tanto es el caso de la mediación o contrato de mediación.

3. Diferencia con la conciliación y la negociación:

Para Bernal Samper la diferencia entre ambas figuras se basa en que “la negociación se realiza en presencia de un experto conciliador que se encarga de reunir a las partes proponiéndoles llegar a un acuerdo”. El conciliador no interviene en la solución, sino que les conmina a ello y en caso contrario levanta acta por la que declara la no existencia de avenencia. Mientras el mediador, como tercero imparcial, diseña el proceso junto con las partes y con ello “puedan dialogar”, les enseña habilidades de comunicación para restaurar la misma entre las partes y tendentes al intercambio de puntos de vista que puedan conducirles a la consecución de un acuerdo. Así al ser un proceso informal y participativo, las partes en conflicto participan en el proceso, pero el mediador también. Existe una labor de monitorización en el proceso, algo que el conciliador no hace. Al ser un mero interviniente pasivo.

El objetivo primordial en la mediación puede ser llegar a un acuerdo o no, ya que según el modelo escogido (transformativo, circular o lineal) puede ser incluso más viable el trabajo sobre la restauración del diálogo con independencia del acuerdo o no, brindando un proceso en el que las partes puedan resolver sus desavenencias para reducir así el conflicto e indagar las distintas opciones que tienen para resolverlo. El llegar a un acuerdo durante el desarrollo del proceso es obviamente positivo pero tanto el mediador como las partes en conflicto deben considerar que la decisión de no llegar a un acuerdo es una conclusión igualmente válida. Eso es lo que los mediadores llamamos el éxito de la mediación que se produce siempre que se inicie un proceso, porque ya en sí es un éxito el inicio de la comunicación de la que somos partícipes.

En ambas figuras se generan una serie de movimientos de las partes para intentar resolver sus discrepancias pero, en la mediación se cuenta también con los movimientos generados por el mediador que van encaminados a conseguir incrementar las posibilidades de elección de actos positivos de las partes y a inhibir la elección de los negativos. El mediador se implica en la búsqueda de la solución.

La mediación se centra en la búsqueda de los intereses y necesidades de las partes, tendentes a solucionar las disputas. Las necesidades y los intereses son las motivaciones que se encuentran detrás de las posiciones, y constituyen lo que las partes en conflicto están tratando de

conseguir. En la negociación, lo que se discute son las posiciones asumidas por ambas partes.

4. Diferencia con el contrato de mediación en corretaje:

Aunque el contrato de mediación pudiera presentar similitudes con el contrato de mediación en corretaje, su función no es la misma. Así en el corretaje, el mediador debe poner en comunicación a dos personas para que éstas realicen un negocio jurídico a cambio de una contraprestación o comisión. En definitiva, su objeto lo constituye la conclusión de un negocio jurídico.

En la mediación el agente mediador no está obligado a buscar a nadie para la realización de un contrato, no hay corretaje, no hay comisión, son los mismos sujetos interesados quienes deben buscar al agente mediador familiar; además, las partes tampoco vienen compelidas a la conclusión de un acuerdo posterior. No hay que olvidar que la mediación no tiende únicamente a la consecución del acuerdo entre las partes.

5. Diferencia con el contrato de arrendamiento de servicios:

La mediación respecto de la figura del arrendamiento de servicios presenta gran semejanza habida cuenta que el objeto del contrato de mediación lo constituye la prestación del servicio por parte del agente mediador y el pago de los honorarios que, a cargo de ambas partes, deberán ser fijados en el propio contrato de mediación.

El contrato de prestación de servicios se encuentra definido en el Art. 1544 del Código Civil, conjuntamente con el de obra, a los que llama de "arrendamiento" como contrato por el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto. Su regulación se contiene en los Artículos 1583 y siguientes del Código Civil, la mayoría de ellos derogados tácitamente, por lo que, en la práctica, se regula por lo pactado y en su caso por lo previsto reglamentariamente.

En la mediación se está ante una obligación de medios, que no de resultado, lo que trae como consecuencia que la realización del servicio o la actividad del agente mediador pueda, bien llegar a éxito mediante la obtención de un acuerdo de mediación, del que el agente mediador ya no es parte sino todo lo más testigo cualificado; o bien que quede tan solo en una intención de acuerdo, sin que se obtenga el definitivo.

6. Conclusión: el carácter atípico del contrato de mediación

El contrato de mediación participa de algunos caracteres de determinados contratos típicos, no obstante existen diferencias sustanciales que le impiden subsumirlo en las categorías que hemos visto y con las que presenta una mayor afinidad. Se trata, en definitiva, de un contrato atípico que conserva su propia autonomía y sustantividad.

Los elementos subjetivos intervinientes en el contrato de mediación son, al menos, tres: las partes que participan del conflicto causante de la crisis, y el agente mediador por ello cabe afirmar, siguiendo a Torrero Muñoz, la plurilateralidad del contrato de mediación en el que se produce una situación triangular entre los sujetos contratantes -entre marido y mujer, o ascendientes y descendientes y el agente mediador-.

Es un contrato no formal, sometido, por tanto, al principio de libertad de forma.

El contrato de mediación se perfecciona por el consentimiento de las partes intervinientes, es decir, de los actores del conflicto y del agente mediador.

Es un contrato oneroso ya que se produce una recíproca contraprestación entre las partes: de un

lado, se deben abonar los honorarios profesionales al agente mediador, y de otro, deberá desarrollar sus servicios profesionales de la mejor forma posible siguiendo los principios que, en la mejor técnica jurídica, se denominan *lex artis ad hoc*

No obstante, el interés público al que obedece la instauración de este servicio, demanda su carácter subvencionado o gratuito cuando concurren ciertos requisitos en las partes. Así en el País Vasco funciona un Servicio de Mediación Familiar de carácter gratuito para todos los usuarios del mismo, mientras que en Cataluña, según el artículo 9 de la Ley 1/2001 de 15 de marzo de Mediación Familiar, establece la gratuidad de la mediación, para las personas que son beneficiarias del derecho de asistencia jurídica gratuita, al igual que el Artículo 6,2 de la Ley 7/2001 de 26 de Noviembre de Mediación Familiar de la Comunidad Valenciana.

En Galicia, según dispone el Reglamento a la ley de mediación gallega de 31 de mayo, también será gratuita para aquellas personas que reúnan o puedan reunir la condición de beneficiarias del derecho a asistencia jurídica gratuita que, en base a los criterios establecidos por la Ley 1/1996 de 10 de enero, determinará la conselleria competente en materia de familia. E idénticas menciones hace la Ley Canaria y la Ley de Castilla-La Mancha.

Este contrato se caracteriza además por su forma de extinción, porque el mutuo acuerdo de las partes en conflicto o el desistimiento unilateral de cualquiera de ellas pondrá fin a la relación contractual, no obstante cabe también su extinción si el agente mediador aprecia que la falta en la voluntad de una o ambas partes de llegar a un acuerdo y que la continuación con la mediación resultaría inútil.