

Quins canvis cal incorporar als despatxos per aconseguir que la Mediació sigui beneficiosa

Consell de l'Advocacia Catalana

20 de octubre 2021

Paulino Fajardo,

Mediador acreditado CEDR, FIDE-CEDR, CIAM, Cámara España, CEMED Doctor en Derecho; Profesor de Derecho Procesal (ICADE) Abogado y Solicitor (UK) Socio, Herbert Smith Freehills

- 1. ¿Qué es un abogado?
- 2. ¿Cómo aportar valora añadido?
- 3. ¿Cuánto cuesta la mediación?
- 4. ¿Qué hace el abogado y por qué cobra?
- 5. Nuevas capacidades y formación

1. ¿Qué es un abogado?



Anónimo (1794) "Ciencia del foro o reglas para formar un abogado"

"Primeros oráculos de la justicia. Porque dan su parecer y porque sus conciudadanos y, hasta los mismos extranjeros, los consultan sometiendo a su examen los negocios más importantes y sagrados, para sostenerlos o abandonarlos, según su dictamen... vienen a ejercer una especie de magistratura privada fundada sobre la confianza y la estimación de sus clientes, que transigen muchas veces sus derechos e intereses por la sola exposición de su parecer"



1.1 Estatuto General de la Abogacía Española (2021)

"... se dedican de forma profesional al asesoramiento jurídico, **a la solución de disputas** y a la defensa de derechos e intereses ajenos, tanto públicos como privados, en la vía extrajudicial, judicial o arbitral." (Art. 1)

"El profesional de la Abogacía tiene la obligación de informar a su cliente sobre la viabilidad del asunto que se le confía, procurará disuadirle de promover conflictos o ejercitar acciones judiciales sin fundamento y le aconsejará, en su caso, sobre las vías alternativas para la mejor satisfacción de sus intereses."

(Art. 48.3)

1.2 El futuro: Anteproyecto de Ley de Eficiencia Procesal

- No solo mediación: Métodos Adecuados de Solución de conflictos:
 - Sin tercero: negociación, negociación entre abogados, oferta vinculante
 - Con tercero neutral: mediación
 - Consultivos: Conciliación privada
 - Decisorio no vinculante: experto independiente
- Acreditación de intento de un MASC para interponer demanda
- Costas
 - Se podrá valorar la actitud de las partes ante el intento de MASC
 - Pérdida de costas para la parte que haya rehusado participar
 - Exoneración o moderación en caso de que la resolución judicial coincida con propuesta extrajudicial

Reino Unido: ¿Cuáles son los criterios?

Halsey v Milton Keys NHS Trust (2004)

Laporte V Comissioner of Policy of the Metropolis (2015)

- Adecuación de la materia
- Fortaleza de la posición
- La existencia de intentos de acuerdo anteriores
- Proporcionalidad del coste de la mediación
- Posible demora en la resolución del conflicto
- Posibilidades de éxito de la mediación

Aunque no justifica la renuncia a no intentar la mediación

No debe considerarse determinante para no participar en una mediación; debe tenerse en cuenta también si el T. ha sugerido a las partes la conveniencia de una mediación.

1.3 Reino Unido: ¿Cual debe ser la actitud de las partes/abogados?

PGF II v OMFS Company 1 Limited (2013)

- No ignorar la oferta
- Contestar sin demora y por escrito explicando las razones por las que no se considera adecuado
- No cerrar de forma absoluta la posibilidad de acudir a mediación o a cualquier otro ADR en un momento posterior

Thakkar v Patel (2017)

"El mensaje que se envió en PGF II fue que permanecer en silencio ante una oferta de mediación es una conducta irrazonable, merecedora de una sanción en costas, incluso en los casos en los que el éxito es improbable. El mensaje que el Tribunal envía en este caso es que cuando las negociaciones bilaterales fallan pero la mediación es apropiada, ambas partes son responsables de seguir adelante. Si una de las partes frustra el proceso demorándolo sin una buena razón será merecedora de una sanción en costas".

1.4 Y en España, ¿Qué dicen –y dirán- los jueces?

"Recordando que el art. 13.9 e) del Código Deontológico del Consejo General de la Abogacía, cuando habla de las relaciones de los letrados con sus clientes, fija expresamente que el abogado debe informar a su cliente de la conveniencia de acuerdos extrajudiciales o soluciones alternativas al litigio"

SJPI Gijón, 26 abril 2012

"Ciertamente acudir a la mediación o a otro sistema extrajudicial de resolución de conflictos no es obligatorio en España,(...) pero el proceder con rectitud, bajo criterios de ética y responsabilidad social no depende de que la ley lo imponga, sino de que los ciudadanos y empresas empiecen a ser conscientes de los beneficios y perjuicios que producen en la causa pública y actúen consecuentemente" AJPI nº 52 Barcelona, 26 enero 2015

• "La decisión de excluir la mediación extrajudicial como forma de gestionar el conflicto ha de ser fundada, razonada y explicitada por los letrados en el proceso, no bastando fórmulas protocolarias que vaciarían del contenido la clara apuesta del legislador por la mediación plasmada en tales preceptos [arts. 414 y 440 LEC]"
SJPI nº 5 Málaga, 17 diciembre 2013

1.5 CGPJ: Guía de mediación intrajudicial

Checklist en 4 bloques

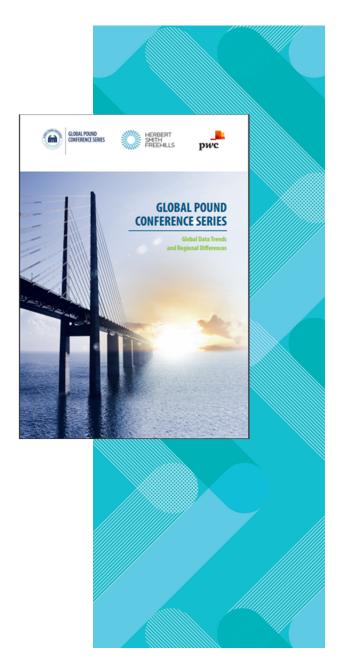
- Condiciones marco:
 - Disponibilidad sobre el conflicto
 - Existencia de cláusula de mediación en el contrato
 - Relaciones del litigio con otros existentes o potenciales
- Idoneidad del conflicto:
 - Intención de las partes (aspectos emocionales, recursos, etc.)
 - Características del conflicto (necesidad de solución rápida, concatenación de conflictos, complejidad prueba, confidencialidad, etc.)
- Condiciones de buena voluntad
 - Relaciones continuadas
 - Incertidumbre resultado
 - Retención control
 - Apoyo abogados
- Beneficios mediación (utilidad en el conflicto concreto)

2. ¿Cómo aportar valor añadido?



Global Pound Conference

Una reflexión inicial



2.1 Conclusiones generales

- La eficiencia es la principal prioridad de las partes en la elección de un método de gestión del conflicto (65%)
 - Predictibilidad (32%)
 - Relaciones comerciales (24%)
 - Confidencialidad (13%)
 - Prácticas de la industria (13%)
- Las partes esperan mayor colaboración de sus abogados en el procedimiento de gestión del conflicto (61%)
 - Los abogados mayoritariamente consideran que sus clientes esperan que los representen y asesoren
- Existe un interés creciente en el uso de compromisos de uso de ADRs y cláusulas híbridas de gestión de conflictos
- Los abogados externos son considerados como el principal obstáculo al cambio (70%)

¿Somos los abogados el obstáculo? (o simplemente no sabemos cómo funciona)

2.2 El valor de la elección

- Conocer las herramientas que existen
- Identificar cuando aplicar cada una
- Elegir el momento correcto

2.3 Las herramientas: MASC

Sin Tercero	NEUTRAL				
	No emite opi	nión	CONSULTIVO	DECISORIO	
				No vinculante	VINCULANTE
Negociación	Negociación facilitada/		Conciliación	Adjudication	Expert Determination
Negociación ciega	Facilitación Automated		Determinación fáctica neutral	Board of Disputes	Facts Finding
Negociación entre abogados/ indirecta	negotiation (blind bidding)/		Early neutral evaluation	Case presentation/Mi	Arbitraje
Derecho	ODRs Mediación -	Expert Med.	Case Appraisal/ Expert Appraisal	ni-trial Determinative	Arbitraje "baseball"
colaborativo	Comediación Mediación Facilitativa/Evaluativa		Dispute	Case Appraisal	Fast-track arbitration
Partnering	Intermediación		counselling Investigation	Medi conc	ación ursal

------MÉTODOS HÍBRIDOS/MULTI-STEPS ------

2.4 ¿Qué funciona?

Procedimiento vs Gestión de acuerdo

Negociación estructurada

Comprensión de la labor del mediador = FORMA

El asunto es el problema; la forma es la solución
 F. Hebbel

Necesidad de cooperar

- Negociación posicional vs negociación cooperativa (intereses)
 - Egoísmo/ no Zen

2.5 ¿Qué no funciona?

- Falta de preparación
- Las partes no están formadas en negociación cooperativa
 - Fisher y Ury, Obtenga el Sí: el arte de negociar sin ceder
- Falta de formación de los abogados:
 - No es lo que se dice, sino lo que se escucha...
- Cuando no se tiene la determinación de llegar a un acuerdo

2.6 Elegir el momento correcto

Fase temprana – prelitigiosa

- Mayor eficiencia
- Menor erosión
- Actuación preventiva / gestión de expectativas

Iniciado el proceso/conflicto escalado:

- Posiciones/ideas más firmemente establecidas
- Mayor animosidad
- Momento procesal:
 - Antes de presentar la prueba
 - Practicada la prueba
 - Fase de recurso

3. ¿Cuánto cuesta la mediación? Algunos ejemplos



3.1 Mediación en accidente de circulación

Por ejemplo: la moto de Pedro

- 20 Enero 2016 (05'00 am)
- Lesión rodilla. Forense 100.000
- Pedro (motorista) en semáforo rojo
- Luis (coche) inicia la marcha y golpea moto
- No testigos
- Aseguradora Luis: 50% baremo (culpa concurrente)
- Pedro: 100% + 500.00 (alcoholemia)

3.2 ¿Cómo se obtiene el acuerdo?

Asimetría de la información/ intereses

- Pedro (motorista) parado en semáforo rojo. NO PRUEBA
- Lesiones rodilla, forense 100.000
- Luis (coche) inicia la marcha y golpea moto/ Moto rebaso a gran velocidad NO PRUEBA
- No testigos CAMARERO SIRVIÓ LUIS/ AMIGOS PEDRO
- Aseguradora Luis: 50% baremo SI ALCOHOL, NO CUBRE, DISPUESTA 100%, RIESGO INTERESES LUIS CONTRIBUIR 20.000
- Pedro: 100% + 50.000 (alcoholemia) NO +BAREMO. NO IMAGINA 20.000 POR RIESGO NO COBERTURA

3.3 ¿Perdemos dinero?- Resultados en mediación

Mediación: acuerdo (131.000)

- PEDRO: obtendría hasta 120,000
- LUIS: pagaría hasta 20.000
- ASEGURADORA: hasta 100.000 (no intereses + 10.000)
- Centro de Mediación/Mediador: 1.000
- Abogados: 5.000 (x2) de 4 a 6 semanas.

No erosión. Relación: +

Confidencialidad alcohol: +

Control/Satisfacción: +

3.4 ¿Perdemos dinero?- la vía judicial

Vía Judicial: sentencia (132.000 – 246.000€)

- PEDRO: obtendría hasta 100.000 (-10.000) ¿Cuándo?
- LUIS: riesgo pagar 1000.000 (Insolvente) (+ 10.000)
- ASEGURADORA: 100.000 (+ intereses 114.000 + 10.000 abogados por conflicto)
- Administración Justicia: 2.000
- Abogados: 10.000 (x3) de 12 a 18 meses (Rotación?)

No erosión. Relación: -

Confidencialidad alcohol: -

Control/Satisfacción: baja Pedro/ Luis -/Aseguradora -

3.5 ¿Y en el ámbito empresarial?

- Cooperativa aceitera que encarga una máquina de tornillo sin fin para envasado a una empresa de Barcelona (diseño + producción)
- Instalada la máquina se comprueba que se pierde un 20% de por incompatibilidad con la instalación de la envasadora.
- Se reclama a la empresa el coste de la máquina (50.000 €), más una pérdida de beneficio de 25.000 € por el defecto del diseño
- El responsable de diseño de la empresa considera que el problema se ha producido al no haber recibido instrucciones correctas (no fue informado sobre el tipo de embocado de los envases, solo diámetro)
- Somos abogados de la cooperativa ¿qué interesa a nuestro cliente?

3.6 ¿Cuánto cuesta esta mediación?

Mediación		Tribunales	
Duración	4/6 semanas (desde la elección del mediador)	Duración (solo primera	Civil: 6/7 meses
		instancia)	
Coste	Mediador: (1.000 € - 10.000 €)	Coste (solo primera	Abogados: 12.000 €
	Institución+ sede: 500 €- 1.000 €	instancia)	Costas: 12.000 €
	Abogados: 5.000 €- 10.000 €		Otros gastos: (procuradores + tasas, 1.500 €, peritos: 3.000-6.000 €)
Solución	Acuerdo definitivo		Resolución apelable

Base de cálculo: reclamación por entrega de maquinaria defectuosa de 75.000 €

3.7 ¿Cuánto cobra el mediador?

FASES	TIEMPO/HONORARIOS
PREMEDIACION	8 h/ 150 €- 600 €
MEDIACION	8-10 h/ 150 €- 600 €
SEGUIMIENTO	2,5 h /
Total coste	2.500 €- 10.000 €

4. ¿Qué hace el abogado y por qué cobra?



4.1 ¿Qué hace un abogado?

	FASES	ACTUACIÓN ABOGADO
A)	DECIDIR MEDIACIÓN	CLAUSULA DERIVACIÓN / ANALISIS DEL CONFLICTO / PROPONER A AL OTRA PARTE
B)	ELEGIR MEDIADOR/INSTITUCIÓN	INFORMARSE INSTITUCIONES (REGLAMENTOS) / MEDIADORES (PERFILES) / REDACTAR ACUERDO
C)	PREMEDIACIÓN	DOCUMENTOS / REUNIONES / LLAMADAS / ESTRATEGIA PREPARACIÓN- ESTUDIO
D)	SESIONES MEDIACIÓN	INTERVENCIÓN / ASESORAMIENTO/ OBJETIVAR / CREATIVIDAD
E)	ACUERDO	CONTROL LEGAL / REDACCIÓN
F)	CUMPLIMIENTO	SEGUIMIENTO / EJECUCIÓN

CHRIS LOWNEY: "EL LIDERAZGO al estilo DE LOS JESUITAS"



Nuestro modo de proceder:

"Una brújula, no una lista de chequeo"



4.2 ¿Qué cobra y por qué?

FASES	ACTUACIÓN ABOGADO	TIEMPO/HONORARIOS
DECIDIR MEDIACIÓN	CLAUSULA DERIVACIÓN/ ANALISIS DEL CONFLICTO/ PROPONER A OTRA PARTE	5-10 horas / 150 €
ELEGIR MEDIADOR/INSTITUCIÓN	INFORMARSE INSTITUCIONES (REGLAMENTOS)/ MEDIADORES (PERFILES)/ REDACTAR ACUERDO	5-15 horas / 150 €
PREMEDIACIÓN	DOCUMENTOS/REUNIONES / LLAMADAS / ESTRATEGIA PREPARACIÓN - ESTUDIO	10-20 horas/ 150 €
SESIONES MEDIACIÓN	INTERVENCIÓN / ASESORAMIENTO / OBJETIVAR / CREATIVIDAD	8-10 horas/ 150 €
ACUERDO	CONTROL LEGAL / REDACCIÓN	3-5 horas / 150 €
CUMPLIMIENTO	SEGUIMIENTO / EJECUCIÓN	5-10 horas / 150 €
TOTAL		5.400 € - 10.500 €

5. Nuevas capacidades y formación



Nuccio Ordine: "La utilidad de lo inútil"



"Los que han rodado desde jóvenes por tribunales y lugares semejantes parecen haber sido educados como esclavos... le ha arrebatado la grandeza de alma...tantas veces se encorvan, que llegan a la madurez sin nada sano en el pensamiento. Ellos creen, sin embargo, que se han vuelto hábiles y sabios" (Platon, *Teeteto*)

5.1 ¿Qué aprender?

Fases

- Partes deciden MASC
- Institución / Mediador
- Premediación
- Reunión inicial
- Sesiones conjuntas / Privadas
- Acuerdo
- Cumplimiento

Valor añadido

- Abogados / Cláusula derivación
- Estatuto / Elegir panel Acuerdo
- Notas / Documento / Telf / Reuniones
- Estrategia: preparación / Presentación
- Asesoramiento / Estudio / Intervención
- Objetivar / Creatividad / Control legal y realizable / Redactar
- Seguimiento ejecución / Confidencialidad

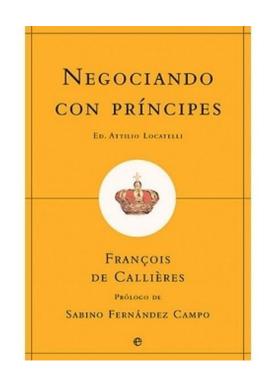
Aprender

- Análisis / Sector
- MASC / Paneles
- Prueba
- Negociación
- Comunicación
- Desbloqueo
- D° Civil Procesal

F. de Callieres: "Negociando con Príncipes"

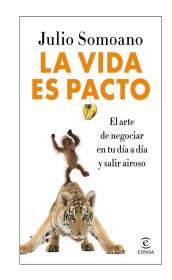
"Para constituirse en buen negociador, no basta con detentar cantidad de ideas, rapidez mental u otras cualidades propias e la inteligencia.

Es necesario poseer cualidades que dependen del corazón. No existe otro empleo que requiera mayor elevación y nobleza de sentimientos en cuanto a la manera de actuar."



François de Callièrs (De la manière de négocier avec les souverains, 1668)

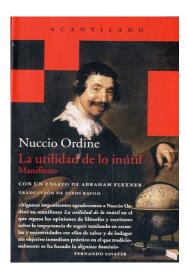




















El contenido de esta presentación es meramente informativo y está actualizado a la fecha que consta en el mismo. No constituye asesoramiento legal y no debe ser tomado como tal, por lo que le rogamos que antes de tomar cualquier decisión basada en el mismo, recabe asesoramiento legal especifico adaptado a sus circunstancias particulares.

© Paulino José Fajardo Martos, Herbert Smith Freehills Spain LLP 2021

