

## La mediación en conflictos de Responsabilidad Civil



Gonzalo Iturmendi Morales  
Abogado

### Sumario

---

#### 1. Introducción.

#### 2. Fundamentos de la mediación en los conflictos de responsabilidad civil.

- 2.1. Noción, ámbito de aplicación, conceptos básicos, objetivos y finalidad.
- 2.2. Justificación legal.
- 2.3. Las partes en la mediación de conflictos de responsabilidad civil.
- 2.4. El mediador, requisitos para ejercer el cargo, derechos y obligaciones del mediador y responsabilidad del mediador.
- 2.5. Organización de la mediación.
- 2.6. Coste de la mediación y cobertura del contrato de seguro de defensa jurídica.

#### 3. Los principios informadores de la mediación en los conflictos de responsabilidad civil.

- 3.1. Principios que afectan a la voluntariedad y libre disposición.
- 3.2. Principios que afectan a las buenas prácticas de la mediación, respeto mutuo, buena fe, imparcialidad, neutralidad, flexibilidad, inmediatez y presencialidad.
- 3.3. Secreto profesional y principio de confidencialidad.

#### 4. Procedimiento de mediación de conflictos de responsabilidad civil.

- 4.1. Cuestiones procesales y posible declinatoria.
- 4.2. Inicio del procedimiento y sesiones informativas.
- 4.3. Sesión constitutiva.
- 4.4. Desarrollo de las actuaciones de mediación.
- 4.5. Terminación del procedimiento.
- 4.6. El acuerdo de mediación y su formalización.

#### 5. Conclusiones.

## 1. Introducción

Abordaremos a continuación el papel de la mediación de conflictos de responsabilidad civil, como sistema alternativo de resolución de conflictos en los diferentes órdenes jurisdiccionales, ante la multiplicación de los litigios en los que se plantea la declaración de la responsabilidad civil y consiguiente determinación de los daños y perjuicios.

Partimos de la idea de la necesidad de potenciar los «Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos», sin entrar en la discusión sobre la procedencia estratégica o no de esta forma de resolver los conflictos entre las partes en el campo específico de la responsabilidad civil, ante la realidad de la normativa vigente surgida tras el proceso originado en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles de 22 de octubre de 2004 que tenía entre sus objetivos: asegurar un mejor acceso a la justicia, una relación dinámica entre la mediación y el proceso civil, promover el recurso de la mediación como obligación de los Estados miembros de permitir a los órganos jurisdiccionales sugerir la mediación a las partes, relación con la organización de los sistemas judiciales de los Estados miembros y evaluación del impacto<sup>1</sup>. Como consecuencia de la referida propuesta, se dictó la 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<sup>2</sup>, cuyo objetivo es facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la

resolución amistosa de litigios, promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial.

Con independencia del indudable arraigo histórico de la mediación de conflictos en España<sup>3</sup> y de la realidad cotidiana del ingente número de acuerdos extrajudiciales sobre reclamaciones a raíz de la ocurrencia de siniestros en los que interviene el seguro de responsabilidad civil, asistimos en España durante los últimos años a una creciente atención por parte de los poderes públicos del empleo de la mediación en la solución de distintos conflictos tanto en el plano legislativo como en el social. Prueba de ello son las numerosas comunidades autónomas que a lo largo de los últimos años han ido aprobando normas que contemplan la mediación de conflictos como una solución eficiente a los mismos. La disolución de las Cortes Generales ha supuesto que muchos proyectos normativos no vean finalizada su tramitación parlamentaria en la anterior legislatura, entre ellos el Proyecto de Ley de mediación de conflictos. El plazo concedido a los Estados miembros para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva 2008/52/CE finalizó el 21 de mayo del 2011<sup>4</sup>.

El 6 de marzo de 2012 se publicó en el BOE la esperada norma mediante el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos

<sup>1</sup> Téngase en cuenta el marco normativo inmediatamente anterior configurado por las siguientes disposiciones:

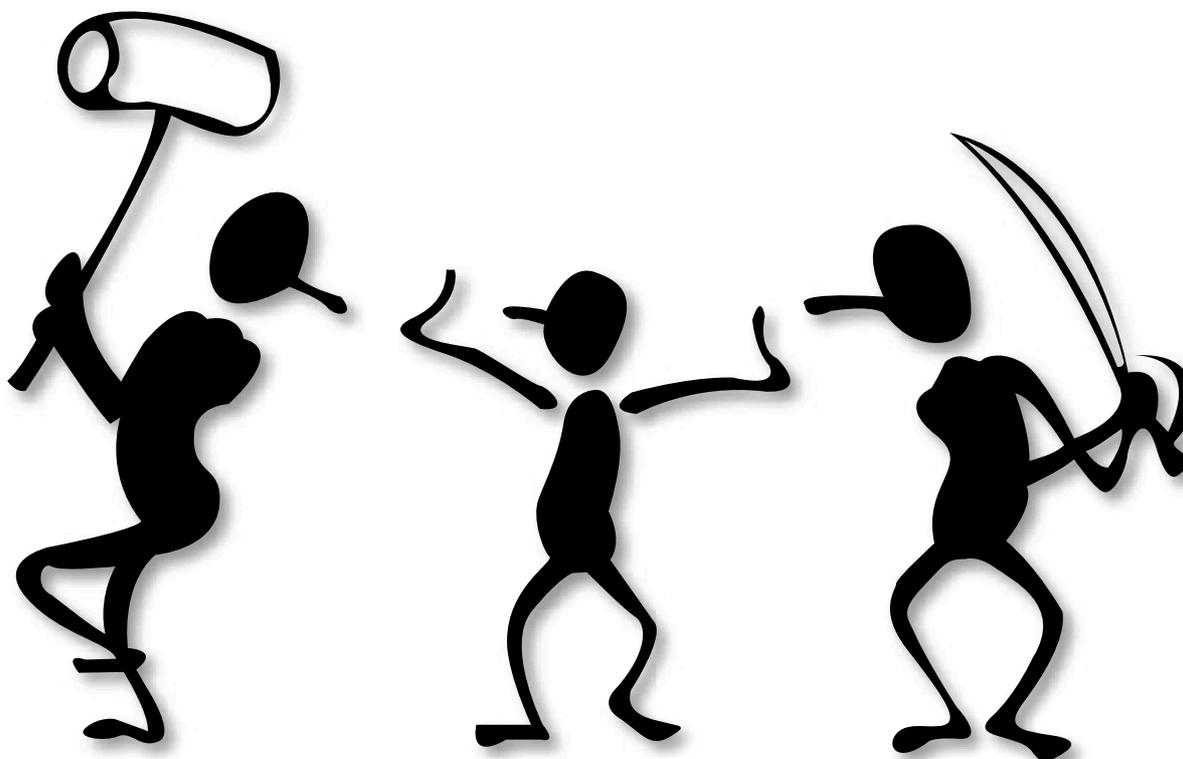
- Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985.
- Recomendación de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo.
- Recomendación de la Comisión, de 4 de abril de 2001 relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo.
- Protocolo sobre la posición de Dinamarca, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.
- Reglamento 44/2001/CE del Consejo, de 22 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

<sup>2</sup> Sobre la emergencia europea de la mediación, v. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS y CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS, *Derecho mercantil internacional: estudios sobre derecho comunitario y del comercio internacional*, Tecnos, 1995. ORTEGA ÁLVAREZ, LUIS, *Derecho Comunitario Europeo*, Ed. Lex Nova, 2007. DEL CUVILLO CONTRERAS, IGNA CIO. *La Negociación y la Mediación*

como sistemas alternativos para la resolución de conflictos La Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la Mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Actualidad Civil*, N.º 1, Quincena del 1 al 15 Ene. 2010, pág. 3, tomo 1, Editorial LA LEY. CASO SEÑAL, MERCEDES. *Mediación*. Signo distintivo de Europa. La Directiva Comunitaria sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Diario La Ley*, N.º 7046, Año XXIX, 31 Oct. 2008, Ref. D-309, Editorial LA LEY. Abogados de Familia, N.º 51, Cuarto trimestre de 2008, Editorial LA LEY. CASADO ROMÁN, JAVIER. *La Mediación Civil y Mercantil en el ámbito del Derecho Comunitario*, *Diario La Ley*, N.º 7419, Año XXXI, 8 Jun. 2010, Ref. D-191, Editorial LA LEY. ORDOÑEZ SOLÍS, DAVID. *La Directiva sobre mediación y sus efectos en el Derecho español: «fuera de los tribunales también hay justicia»* *Diario La Ley*, N.º 7165, Año XXX, 30 Abr. 2009, Ref. D-154, Editorial LA LEY DELGADO MARTÍN, JOAQUÍN. *Presente y futuro del espacio judicial europeo en el ámbito civil y mercantil. El principio de reconocimiento mutuo*. *Práctica de Tribunales*, N.º 28, Junio 2006, Editorial LA LEY.

<sup>3</sup> V. GARCÍA GERBOLES/MUESMANN, "El entronque histórico-jurídico del concepto de mediación desde el Derecho Romano hasta la actualidad", en CARABANTE MUNTADA (COORD.), *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, 2010, p. 23 y ss.

<sup>4</sup> Salvo lo dispuesto en su art. 10, sobre los órganos jurisdiccionales o autoridades competentes para la mediación, cuya fecha límite se cumplió el 21 de noviembre del 2010.



civiles y mercantiles<sup>5</sup> (en adelante RDL 5/2012) que incorpora al Derecho español<sup>6</sup> la 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, norma que tiene previsto un desarrollo reglamentario para el control del cumplimiento de los requisitos de la mediación exigidos

<sup>5</sup> Corrección de errores del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, BOE 16 Marzo 2012, publicado en el «Boletín Oficial del Estado» número 56, de 6 de marzo de 2012, se procede a efectuar las oportunas rectificaciones: En la página 18788, artículo 8, última línea, donde dice: «...lo dispuesto en el artículo 14.», debe decir: «...lo dispuesto en el artículo 13». En la página 18794, en el apartado 6 de la disposición final segunda, donde dice: «Se modifica la regla 2.ª del apartado 2 del artículo 206, ...», debe decir: «Se modifica la regla 2.ª del apartado 1 del artículo 206, ...».

<sup>6</sup> Mediante la Resolución de 29 de marzo de 2012, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles

dos en el RDL 5/2012, para la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos en el mismo a los mediadores y a las instituciones de mediación, así como de su publicidad. Estos instrumentos podrán incluir la creación de un Registro de Mediadores y de Instituciones de Mediación, dependiente del Ministerio de Justicia y coordinado con los Registros de mediación de las Comunidades Autónomas, y en el que en atención al incumplimiento de los requisitos previstos en el RDL 5/2012 se podrá dar de baja a un mediador.

Esta norma se encuentra en el proceso de convalidación por el Congreso de los Diputa-

(BOE 11 Abril 2012), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.2 de la Constitución, el Congreso de los Diputados, acordó convalidar el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, publicado en el «Boletín Oficial del Estado» número 56, de 6 de marzo de 2012, y corrección de errores publicada en el «Boletín Oficial del Estado» número 65, de 16 de marzo de 2012.

dos, pudiendo ser objeto de enmiendas que aclaren, completen o mejoren el actual texto. El marco normativo se ha de completar posteriormente con el desarrollo reglamentario en determinados aspectos que la propia norma ya anuncia, entre los que se encuentra la duración y contenido mínimo del curso o cursos que con carácter previo habrán de realizar los mediadores para adquirir la formación necesaria para el desempeño de la mediación, así como la formación continua que deben recibir, así como el alcance de la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil de los mediadores.

Posteriormente, antes del 21 de mayo de 2016, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe sobre la aplicación de la presente Directiva. El informe examinará el desarrollo de la mediación en la Unión Europea y el impacto de la Directiva en los Estados miembros. Si es necesario, el informe irá acompañado de propuestas de adaptación de la Directiva.

Analizaremos aspectos particulares de la mediación aplicados a la reclamación de responsabilidad civil y su aseguramiento, así como la incidencia de este sistema alternativo de conflictos del contrato de seguro y los principales problemas que surgen a raíz del ejercicio de la acción directa planteada por el tercero perjudicado frente a la entidad aseguradora del riesgo de responsabilidad civil, en base al art. 76 de la Ley de contrato de seguro. ¿Cómo encaja la mediación en reclamaciones de responsabilidad civil según los distintos órdenes jurisdiccionales? Al punto de partida de la necesaria predisposición de la víctima y del responsable causante del daño para alcanzar un acuerdo en la solución del conflicto, hemos de unir en este caso el papel que juega la entidad aseguradora que garantiza mediante un contrato de seguro de responsabilidad civil las consecuencias económicas de la reclamación y otras coberturas adicionales, como la cobertura de defensa jurídica.

## 2. Fundamentos de la mediación en los conflictos de responsabilidad civil

La primera cuestión que debemos abordar se refiere a la procedencia o no del empleo de la mediación en los conflictos de responsabilidad civil y en particular cuando exista un contrato de seguro que cubra este riesgo.

El ámbito de aplicación del RDL 5/2012 de mediación se extiende a las mediaciones en



asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable. En defecto de sometimiento expreso o tácito al RDL 5/2012, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español.

Se excluyen del ámbito de aplicación del RDL 5/2012, la mediación penal, la mediación con las Administraciones Públicas, la mediación laboral y la mediación en materia de consumo.

La configuración del seguro de responsabilidad civil hace el asegurador quede obligado, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho. El perjudicado o sus herederos pueden ejercer la



acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero.

Lo cierto es que las reclamaciones de responsabilidad civil se tramitan en todas las jurisdicciones. Sin embargo la exclusión del ámbito de aplicación del RDL 5/2012 la de la mediación penal, la laboral, la de consumo y con las Administraciones públicas, de acuerdo con el ámbito de aplicación de la Directiva comunitaria, no afecta a los conflictos que nazcan del ejercicio de la acción directa del artículo 76 de la Ley de contrato de seguro formulado por el tercero perjudicado frente al asegurador de responsabilidad civil. Sabido es que la acción directa<sup>7</sup> del perjudicado frente al asegurador de responsabilidad civil supone la facultad que tiene el perjudicado por un siniestro para reclamar una indemnización directamente contra la entidad

<sup>7</sup> Direct action.

aseguradora de la persona que es responsable del daño.

Por lo tanto –a modo de ejemplo– es perfectamente factible un procedimiento de mediación de conflictos entre cualquier ciudadano que entienda que es acreedor a la exigencia de una indemnización frente a la Administración (por no tener el deber jurídico de soportar el daño) y la entidad aseguradora del seguro de responsabilidad civil/patrimonial que cubra los riesgos de una Administración asegurada por dicha aseguradora.

El empleo de la mediación de conflictos en la acción directa del perjudicado frente a la aseguradora supone la desjudicialización de determinados asuntos, que pueden tener una solución más adaptada a las necesidades e intereses de las partes en conflicto que la que podría derivarse de la previsión legal. Notemos que en la filosofía de los medios alternativos de solución de conflictos es más importante la flexibilidad del método de resolución y su eficacia para posibilitar soluciones útiles, ventajosas para las dos partes, que aseguren el mantenimiento de relaciones en el futuro y que pacifiquen los conflictos, que el efecto secundario de la reducción de la carga de trabajo para los tribunales.

Finalmente el RDL 5/2012 de mediación de conflictos en materia civil y mercantil resulta aplicable a los conflictos transfronterizos, cuando al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquél en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable<sup>8</sup>. Sin embargo el texto legal resulta insuficiente en su actual redacción, ya que no contempla la problemática de los traslados de domicilio<sup>9</sup>; así, hubiera sido preferible que la norma contemplara también los supuestos de los cambios de domicilios sobrevenidos, en los casos en los que el proceso de mediación que se pactó en un primitivo contrato realizado cuando las dos partes tenían domicilio en el mismo Estado y en aquellos acuerdos alcanzados anteriormente.

<sup>8</sup> En los litigios transfronterizos entre partes que residan en distintos Estados miembros de la Unión Europea, el domicilio se determinará de conformidad con los artículos 59 y 60 del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

<sup>9</sup> De hecho el art. 2.2. de la Directiva refleja el supuesto de traslado sobrevenido.



## 2.1. Noción, ámbito de aplicación, conceptos básicos, objetivos y finalidad

La resolución alternativa de disputas (ADR)<sup>10</sup> es la denominación comúnmente aceptada para referirse a las distintas formas de solución alternativa de conflictos, entre las que se incluyen figuras como la conciliación, la mediación, el ombudsman, la negociación o la transacción.

En el caso de la mediación se refiere a la resolución de conflictos y técnicas de los procesos que actúan como un medio para solucionar mediante acuerdo entre las partes y evitar los litigios en los órganos jurisdiccionales.

Como indicaba el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, “en el presente Libro Verde, la noción de modalidad alternativa de solución de conflictos designa los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos aplicados por un tercero imparcial, de los que el arbitraje propiamente dicho queda excluido. Por ello, las modalidades alternativas de solución de conflictos se designarán a continuación bajo el acrónimo que, en la práctica, tiende a imponerse universalmente: “ADR” por “Alternative Dispute Resolution”. No se incluían en el del ámbito de aplicación de aquel Libro Verde, los siguientes procedimientos:

- el arbitraje al ser un tipo de resolución de litigios más cercano a un procedimiento judicial

<sup>10</sup> Alternative Dispute Resolution.

que a las modalidades alternativas en la mediación en que el objetivo de la sentencia arbitral es sustituir a la decisión de justicia.

- el peritaje, que no es un sistema de resolución de conflictos, sino un procedimiento consistente en recurrir a un perito para apoyar un procedimiento judicial o de arbitraje, por ejemplo.

- los sistemas de procesamiento de demandas, puesto a la disposición de los consumidores por los profesionales. En tales procedimientos no intervienen terceros sino que se encarga de ellos una de las partes del conflicto.

- los «sistemas de negociación automática» sin intervención humana, propuestos por los prestatarios de servicios de la sociedad de la información. Tales sistemas no son procedimientos de solución de conflictos con intervención de un tercero imparcial sino instrumentos técnicos destinados a facilitar la negociación directa entre las partes del conflicto<sup>11</sup>.

Por lo tanto los ADR, como señala el mencionado Libro Verde, se inscriben en el contexto de las políticas sobre la mejora del acceso a la justicia. En este sentido los ADR desempeñan un papel complementario con relación a los procedimientos jurisdiccionales, en la medida en que, a menudo, los métodos aplicados en los ADR se adaptan mejor al carácter de los litigios. De esta manera las ADR pueden permitir a las partes entablar un diálogo, que de otro modo hubiera sido imposible entablar, y evaluar por sí mismas la conveniencia de dirigirse a los tribunales<sup>12</sup>, un canal de comunicación entre las partes que se caracteriza por su flexibilidad, en el sentido de que,

<sup>11</sup> Libro Verde alternativas solución de conflictos civiles y mercantiles, en [http://www.mediacion10.org/Legislacion\\_files/LIBRO%20VERDE.pdf](http://www.mediacion10.org/Legislacion_files/LIBRO%20VERDE.pdf), última consulta 30 de abril de 2012. V. También el excelente trabajo “El libro blanco de la mediación en Cataluña” en <http://www.llibreblancmediacio.com/phpfiles/public/libroBlancoDownloadCounter.php> y en [http://www.lLibreBlancDownloadCounter.php](http://www.llibreblancmediacio.com/phpfiles/public/lLibreBlancDownloadCounter.php), en ambos casos última consulta 30 de abril de 2012.

<sup>12</sup> V. Libro Verde cit. pág 10, apartados 9 y 10: “Es particularmente conveniente hacer hincapié en el papel de las ADR como instrumentos al servicio de la paz social. En efecto, en las formas de ADR en que los terceros no toman ninguna decisión, las propias partes no se enfrentan sino que, al contrario, emprenden un proceso de aproximación, eligen el método de resolución del conflicto y desempeñan un papel más activo en este proceso para intentar descubrir por sí mismas la solución que más les conviene. Una vez resuelto el conflicto, este enfoque consensual incrementa para las partes la posibilidad de que las partes sigan manteniendo relaciones de carácter comercial o de otro tipo”.

en principio, las partes son libres de recurrir a mediación, de decidir qué organización o qué persona se encargará del proceso, de determinar el procedimiento que se vaya a seguir, de optar por participar personalmente o por hacerse representar durante el procedimiento y, por último, de decidir el resultado del procedimiento.

Los conceptos de mediación de conflictos y mediador se configuran por la Directiva 2008/52/CE, como un procedimiento llevado a cabo por un tercero neutral ajeno al conflicto, 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, alcanzando incluso el ámbito transfronterizo<sup>13</sup>:

“a) «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;

b) «mediador»: todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación”.

La finalidad de la mediación es facilitar el desarrollo de soluciones consensuadas entre las partes en disputa, mediante un proceso de mediación supervisado por un tercero neutral, cuya autoridad descansa en el consentimiento

<sup>13</sup> V. CASADO ROMÁN, JAVIER, La Mediación Civil y Mercantil en el ámbito del Derecho comunitario. Diario La Ley, Nº 7419, Sección Tribuna, 8 Jun. 2010, Año XXXI, Ref. D-191, Editorial LA LEY FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS y CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS, Derecho mercantil internacional: estudios sobre derecho comunitario y del comercio internacional, Tecnos, 1995. ORTEGA ÁLVAREZ, LUIS, Derecho Comunitario Europeo, Ed. Lex Nova, 2007. Finalmente, ROZENBLUM DE HOROWITZ, SARA, Mediación: convivencia y resolución de conflictos en la comunidad, Editorial Grao, 2007.

que las partes le dan para facilitar las negociaciones, sin que disponga de un poder de decisión independiente o legitimidad más allá del que las partes voluntariamente le otorgan.

La autonomía de la voluntad es decisiva en la mediación, así como la necesidad de hacer la mediación con calidad. En este sentido la directiva europea interpela a los Estados miembros para fomentar la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes. Exigencia de calidad que es compatible con los objetivos de flexibilidad y variedad procedimental a los que se refiere GARCÍA ÁLVAREZ con acierto y que a su vez pueden ser clasificados en sustantivos (en el caso que nos ocupa que se reparen los daños de forma adecuada), procesales (acabar la mediación en el tiempo previsto) y psicológicos (llegar a un acuerdo sin herir sin causar más sufrimiento y stress en las partes). “Los objetivos pueden ser establecidos por las partes, sus abogados, por una organización o por el mediador pero lo que se pretenda influirá en el proceso. Si, por el ejemplo, el objetivo es ahorrar tiempo y dinero, la mediación debe ser rápida y expeditiva, o al menos más rápida que sus posibles alternativas. Si el objetivo es realmente restablecer una relación, se requerirá más tiempo y se prestará más atención a los detalles personales de las partes. Si lo que se pretende es enseñar a las partes a cómo deben resolver sus disputas en el futuro, se deberán abordar tareas en el proceso que promuevan esta finalidad educativa. Los objetivos de la mediación dependen de muchos factores, y esta es una de las razones de su aceptación porque ofrece una diversidad de elección... La mediación no necesariamente tiene que tener unos objetivos delimitados y específicos, pero puede ser así: una empresa puede usar mediadores internos solo para conservar el ambiente laboral y ahorrarse el tiempo y el dinero asociado a una conflictividad prolongada y no resuelta. En una mediación penal, el mediador puede buscar reparación y reconciliación, no solo entre las partes, sino también en el seno de la comunidad. Los objetivos de las partes e incluso los profesionales del grupo que respalde la mediación se añadirán al espectro de resultados a perseguir”<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, ROSARIO. El juez como mediador. ¿Es conveniente? ¿Es posible? Diario La Ley, Nº 7721, Sección Doctrina, 24 Oct. 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY. Menciona hasta ocho diferentes formas de conceptualizar la mediación: Puramente facilitadora, evaluativa, transformativa, burocrática, abierta o cerrada, activa o responsable, comunitaria y pragmática.

Podemos resumir los horizontes que configuran el marco normativo de la mediación de conflictos en los siguientes puntos. En primer lugar la obligación (sobradamente vencida en el tiempo en el caso de España), de los Estados miembros de desarrollar y en poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la Directiva europea, así como promover la formación de los mediadores y garantizar una mediación de calidad, con respeto por la confidencialidad en el proceso de mediación y garantía de que las partes no pierdan la posibilidad de acudir a juicio, quedando suspendidos los plazos para interponer una acción judicial durante el proceso de mediación. En segundo lugar la facultad de todo Juez para invitar a las partes en un conflicto para que intenten la mediación y si lo alcanzan, que los mismos adquieran carácter ejecutivo.

La aplicación de los elementos fundamentales de la mediación de conflictos –como patrón genérico– es perfectamente factible al campo específico de los conflictos de responsabilidad civil y su resarcimiento.

Notemos que el abanico de las modalidades de riesgos de responsabilidad civil es amplísimo: responsabilidad entre particulares, de empresas, por accidentes de trabajo, por accidentes de circulación, por daños causados por productos defectuosos, por daños al medio ambiente, por riesgos del desarrollo, por errores u omisiones de profesionales y prestadores de servicios, por daños causados por el funcionamiento normal o anormal de las Administraciones, por incumplimientos contractuales, etc... Dado que el proceso de mediación debe adaptarse a la naturaleza de cada caso concreto y ante la indudable variedad de escenarios de responsabilidad civil y circunstancias fácticas de toda índole que pueden concurrir en cada conflicto, se impone un cierto grado de especialización por parte del mediador, así como el necesario auxilio pericial para esclarecer la identificación, análisis y evaluación de los conflictos planteados.

Por otro lado resulta imprescindible conocer los mecanismos básicos que subyacen en de la en todos los conflictos de responsabilidad civil. Así, encontraremos dos vectores que constituyen la estructura metodológica por la que debe discurrir el procedimiento de la mediación, por un lado la determinación de la existencia o no de responsabilidad (legal, precontractual, extracontractual, contractual, ex delicto, por hecho ajeno...) y por otro lado la determinación de

la cuantía indemnizatoria destinada a reparar el daño material o personal directo (incluso el moral), así como los perjuicios económicos derivados de dichos daños y en su caso el perjuicio económico patrimonial puro, que no precisa del previo daño material o personal.

## 2.2. Justificación legal

La mediación puede solucionar extrajudicialmente, de forma económica, rápida y sin causar daño a la reputación, gran cantidad de conflictos de responsabilidad civil que saturan los órganos jurisdiccionales, mediante procedimientos adaptados a cada modalidad de riesgo de responsabilidad civil y las necesidades de las partes.

El tomador del contrato de seguro de responsabilidad civil es consciente de que la contratación de un seguro es un sistema socialmente beneficioso para transferir financieramente este riesgo. Motivos económicos hacen ventajoso sustituir un riesgo incierto –el pago de una indemnización– por una cuantía previsible –la prima–; ello unido a el aumento del número de reclamaciones, así como de los necesaria especialización en materia de gestión de las mismas, hace recomendable la opción de solución de conflictos entre los reclamantes y la entidad aseguradora de responsabilidad civil en los distintos órdenes jurisdiccionales.

La Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980 regula este contrato como un contrato de cobertura de riesgo, sin hacer distinción entre seguros civiles y mercantiles y sin atribuirle una u otra calificación jurídica, lo cual no ha impedido que tanto la doctrina como nuestros tribunales le hayan otorgado naturaleza mercantil en función de las circunstancias concurrentes. En el caso particular del seguro de responsabilidad civil resulta incuestionable su incidencia en los conflictos civiles y mercantiles, expandiéndose la disputa para la solución de los conflictos a todas las jurisdicciones.

El orden contencioso-administrativo es el competente en las reclamaciones que se dirijan conjuntamente contra la Administración Pública y su compañía aseguradora. No obstante –como ya señalamos– la posibilidad de ejercer la acción directa, prevista por el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro, exclusivamente contra la compañía aseguradora de la Administración Pública, ante la jurisdicción civil.

La acción directa del perjudicado contra la compañía aseguradora de responsabilidad civil

de la Administración Pública es viable y se perfila como una opción eficiente. Así, el perjudicado puede acudir directamente contra el asegurador y cobrar la indemnización con mayor rapidez, reduce el riesgo de costas –el reclamante sólo se dirige contra un único demandado–, abarata los elevados costes de gestión de la tramitación de un procedimiento administrativo, disminuye el riesgo del fomento de los procedimientos penales contra el personal de las Administraciones Públicas por la mera expectativa de conseguir una indemnización en aquella vía jurisdiccional y el perjudicado puede conseguir una solución a su pretensión con mayor rapidez. La doctrina se ha manifestado partidaria de esta alternativa. “Entre las susceptibles de sometimiento a estos ADR, cita: las susceptibles de transacción, las encaminadas a la fijación de cuantías de indemnización, justiprecio, compensaciones o rescate, la determinación de conceptos fácticos legalmente indeterminado, la interpretación de reglas de las prestaciones en las relaciones bilaterales, la concreción de magnitudes, parámetros en la legislación de medioambiente, urbanismo, ordenación del territorio y en general de planificación sectorial y cuando así lo prevea cualquier texto legal”<sup>15</sup>.

Con anterioridad a la publicación del RDL 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, numerosas comunidades autónomas han aprobado normas que contemplan la mediación de conflictos como una solución eficiente a los conflictos. Así la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, prevé, en su artículo 414, dentro de la regulación del procedimiento ordinario, que la audiencia previa al juicio se lleve a efecto «para intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso» y en el 770, dentro de los procesos de separación y divorcio, que «las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso (...) para someterse a mediación». En esta misma línea, la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé, en un ámbito tan poco propicio al principio dispositivo de las partes, la institución de la conformidad, no sólo al inicio del juicio oral –artículo 787 de la Ley–, sino incluso durante la instrucción en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos –artículo 800 del mismo texto legal–, afectando el posible acuerdo no sólo a cuestiones civiles accesorias al delito sino también a la propia pena a imponer al condenado.

<sup>15</sup> AVILÉS NAVARRO, MARIA, La mediación en los diferentes órdenes jurisdiccionales, Diario La Ley, Nº 7704, Sección Tribuna, 28 Sep. 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY.

Desde la perspectiva del derecho privado el artículo 1.809 del código civil se configura la transacción como un «contrato por el cual, las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habían comenzado». La doctrina nos recuerda la necesidad de que la transacción concurren los elementos personales, reales y formales<sup>16</sup>. «Los personales, porque ambas partes poseen el derecho a obligarse, los reales porque debe de existir la cosa objeto del contrato y los formales, porque se realiza por escrito –o, su caso, en escritura pública– para dar mayor autenticidad al acto que pudiera invocarse ante un juzgado. Falta otro elemento para asimilarla al carácter de mediación, cual es la participación del mediador o la «tercera persona nombrada... de manera profesional, imparcial y competente» [artículo 3.b) Directiva]<sup>17</sup>.

Los defectos en la transacción pueden llevar aparejada la nulidad y rescisión de la misma conforme a lo regulado en los artículos 1817 a 1819 del código civil<sup>18</sup>.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son títulos que llevan aparejada ejecución y, por tanto en ellos podrá fundarse la acción ejecutiva, «las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, acompañadas, si fuere necesario para constancia de su contenido, de los corres-

pondientes testimonios de actuaciones», y si fuera extrajudicial la transacción «las escrituras públicas, con tal que sean primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con conformidad de todas las partes».

En el ámbito social el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, también prevé esa posibilidad de finalización convencional del procedimiento cuando el artículo 84, dentro de la regulación del Procedimiento Ordinario, establece, como primera misión del acto de conciliación la de intentar la conciliación entre las partes, advirtiéndolas de los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles y sin prejuzgar el contenido de la sentencia, añadiendo que dicho acuerdo se llevará a cabo por los trámites de ejecución de las sentencias. Y, aunque estemos ante una institución diferente, el artículo 63 del mismo cuerpo legal establece, como requisito previo para la tramitación del proceso, un intento de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones con las excepciones que señala el artículo 64.

En el ámbito administrativo la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tampoco es ajena a esta posibilidad de finalización convencional del procedimiento y así, su artículo 88, bajo la rúbrica «terminación convencional» dispone que «las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los

<sup>16</sup> V. SANTOR SALCEDO, HELENA. La mediación en cuanto resultado. Naturaleza negocial, caracteres y límites de la mediación concluida con avenencia. Esta doctrina forma parte del libro «La mediación en los conflictos de trabajo: naturaleza y régimen jurídico», edición n.º 1, Editorial LA LEY, Madrid, Octubre 2006.

<sup>17</sup> ALVAREZ SACRISTÁN, ISIDORO. Aproximación a la mediación prejudicial que viene. Diario La Ley, Nº 7088, Sección Tribuna, 8 Ene. 2009, Año XXX, Ref. D-5, Editorial LA LEY. «Hasta ahora, la jurisprudencia venía diciendo que en la transacción ni estaba prohibida ni regulada la intervención de un tercero, ni sujeta a formalidades especiales. Esta transacción contiene una prerrogativa de gran importancia –al objeto de asimilarla a la mediación– que es la cosa juzgada para las partes; ello quiere decir que «... ha de ser respetado con escrupuloso cumplimiento de las obligaciones asumidas, de forma que la exceptio pacti o excepción de transacción vincula al órgano jurisdiccional del posterior proceso cuando concurren los mismos elementos subjetivos y objetivos de la dicha cosa juzgada material...». La doctrina más reciente viene manteniendo que en la transacción «... habrán de respetarse escrupulosamente las obligaciones fijadas en el pacto transaccional, que deberán entenderse e interpretarse sin mengua de la naturaleza contractual».

<sup>18</sup> Así el artículo 1817 que: «la transacción en la que inter venga error, dolo, violencia o falsedad de documentos, esta sujeta a lo dispuesto en el artículo 1265 de este Código», y en su párrafo segundo dispone que «sin embargo, no podrá

una de las partes oponer el error de hecho a la otra siempre que esta se haya apartado por la transacción de un pleito comenzado». Por su parte, el artículo 1818 señala que «el descubrimiento de nuevos documentos no es causa para anular o rescindir la transacción, si no ha habido mala fe», y el artículo 1819 que «si estando decidido un pleito por sentencia firme, se celebrare transacción sobre él por ignorar la existencia de la sentencia firme alguna de las partes interesadas, podrá ésta pedir que se rescinda la transacción. La ignorancia de una sentencia que pueda revocarse, no es causa para atacar la transacción».

procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin».

Así pues, tanto la legislación estatal, como el propio RDL 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, dan pie al juego de esta institución que ya tiene un desarrollo normativo autonómico consolidado. Algunas Comunidades Autónomas como las del Principado de Asturias, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Madrid, País Vasco, Comunidad Valenciana, Galicia, Islas Baleares o Canarias, han regulado esta institución desde un punto de vista familiar, otras como la Comunidad Autónoma de Cataluña y Cantabria, en una versión más integral, exceden del ámbito de la mediación familiar para dar cabida a la mediación en el ámbito del derecho privado en su conjunto<sup>19</sup>.

La mediación se configura como un procedimiento estructurado de gestión de conflictos en el que las partes enfrentadas acuerdan que una tercera persona cualificada, imparcial y neutral les ayude a alcanzar por sí mismas un acuerdo, que les permita resolver el conflicto que las enfrenta, sin necesidad de someterlo a una autoridad judicial. Por tanto, se realiza entre personas que consienten libremente su participación y de las que dependerá exclusivamente la solución final. El proceso debe llevarse a cabo con el apoyo de una tercera persona, que desempeña el papel de mediadora y está sujeta a principios como la voluntariedad, la imparcialidad, la neutralidad y la confidencialidad.

### 2.3. Las partes en la mediación de conflictos de responsabilidad civil

La norma española de mediación de conflictos establece en su artículo 10.1, que la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente.

Las partes que pueden concurrir en un procedimiento de mediación de esta naturaleza son básicamente:

1º. El reclamante que insta el procedimiento.

2º. El reclamado frente a quien se formula la reclamación.

3º. La entidad aseguradora que cubre o total o parcialmente el riesgo de responsabilidad civil como consecuencia del contrato de seguro de responsabilidad civil.

#### Baleares

§ Decreto 66/2008, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar.

§ Ley 18 2006 de Mediación Familiar Islas Baleares.

#### Cantabria

§ Ley de Cantabria 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

#### Canarias

§ Ley 15/2003, de 6 de mayo, de Mediación Familiar.

§ Ley 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar.

§ Decreto 144/2007, de 24 de Mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de la Mediación Familiar (B.O.C. 114 de 8.6.2007).

#### Castilla la Mancha

§ Ley 4/2005, de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar.

#### Castilla y León

§ Decreto 50/2007, de 17 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León.

§ Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar.

§ Orden FAM/1495/2007, de 14 de Septiembre, por la que se desarrolla el Reglamento de la Ley de Mediación Familiar respecto a la Mediación Familiar gratuita (BOCL de 26 de Septiembre de 2007).

#### Cataluña

§ Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar de Cataluña.

§ Decreto 139/2002, de 14 mayo, por el cual se aprueba el Reglamento de la Ley 1/2001.

§ Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del Derecho Privado de Cataluña.

§ Resolución JUS/196/2010, de 28 de enero, de implantación del Programa piloto de mediación en ámbitos del derecho civil distintos del derecho de familia al amparo de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado. DOGC 4 Febrero 2010

#### Galicia

§ Ley del Parlamento de Galicia, nº 12716 de 31 de Mayo 2001, reguladora de la Mediación Familiar.

#### Madrid

§ Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la CC.MM.

#### País Vasco

§ Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar.

#### Valencia

§ Ley de Mediación Familiar de Valencia. DOGV nº 4138. Jueves, 29 de noviembre de 2001.

<sup>19</sup> Andalucía

§ Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

#### Aragón

§ Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón.

#### Asturias

§ Ley de Principado de Asturias 3/2007, de 23 de Marzo, de Mediación Familiar.

A partir de este esquema básico se pueden dar varias alternativas distintas en función del grado de complejidad procesal y material del conflicto.

A. Alternativa simple sin seguro, en la que el esquema procesal se limite a dos partes consistentes en la parte reclamante y el reclamado a quien se imputa la responsabilidad.

B. Alternativa simple con seguro, en la que el esquema procesal se ciña a dos partes consistentes en la parte reclamante que ejerce la acción directa del art. 76 de la Ley de contrato de seguro y la entidad aseguradora reclamada que cubra el riesgo de responsabilidad civil objeto de imputación.

C. Alternativa compleja con o sin seguro, en la que el esquema procesal se constituya por la parte reclamante por un lado y varias opciones en la parte reclamada, entre las que podemos encontrar:

\* Presencia en el procedimiento de otros participantes en la ocurrencia de los hechos que dan motivo a la reclamación, en la medida en que su actividad haya podido interrumpir el nexo de causalidad o bien puedan ser copartícipes en los hechos y responsables total o parcialmente frente al perjudicado.

\* Participación en el procedimiento de las entidades aseguradoras de responsabilidad civil de los anteriores.

Así, siguiendo el modelo B (alternativa simple con seguro de responsabilidad civil), se pueden establecer las siguientes normas reglamentarias.

1. Las partes en la mediación estarán constituidas, por un lado, por el reclamante y, por otro lado, por la entidad aseguradora de responsabilidad civil que cubre el riesgo del asegurado en aquel contrato de seguro.

2. Podrán instar el procedimiento de mediación las personas que tienen capacidad y un interés legítimo para disponer del objeto de la mediación. Podrán ser objeto de la mediación, las reclamaciones que se encuentren garantizadas dentro de las coberturas de la póliza de seguro de responsabilidad civil-patrimonial suscrita entre el asegurado y la entidad aseguradora que cubre el riesgo.

3. Las partes en conflicto actuarán conforme a los principios de buena fe y respeto mutuo.



Durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán interponer entre sí, ninguna acción judicial o extrajudicial de cualquier tipo, en relación con su objeto. En caso de que se hubiera interpuesto alguna acción con anterioridad al inicio de la mediación, la parte que lo hubiere hecho solicitará su suspensión durante el tiempo que dure la tramitación de la mediación.

4. Las partes deberán prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad.

importa a la satisfacción de su crédito; medio de protección del crédito más simple y eficaz que la acción subrogatoria, pues el acreedor recibe el pago directamente del «debitor debitoris»<sup>20</sup>.

Según el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigir el cumplimiento de la obligación de indemnizar sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que correspondan al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro.

Advertimos que la Ley utiliza el término «acción directa» para acentuar su ajenidad a la vía indirecta característica de la acción subrogatoria y reconoce al perjudicado un derecho sustantivo material propio susceptible de ser alegado como tal en juicio. El ejercicio de la acción directa del tercero perjudicado frente al asegurador es un derecho nace del contrato y del artículo 76 de la Ley de contrato de seguro, en íntima conexión con el hecho ilícito modelado por el propio contrato y es la consecuencia de lo que la Jurisprudencia ha calificado como irrupción del interés del tercero en el esquema contractual típico, haciendo quebrar, con carácter de excepcionalidad, la regla tradicional «res inter alios acta» que incorpora el art. 1257 del Código Civil (STS de 10 de mayo de 1988).

Por lo tanto nos encontramos ante el derecho del perjudicado como un derecho propio frente al asegurador. “La STS de 18 de septiembre de 1986 y las que cita de 18 de febrero, 23 de abril y 22 de noviembre de 1982, 28 de junio y 14 de diciembre de 1983, proclaman que el contrato de seguro, cumpliendo las exigencias que le impone su naturaleza jurídica crea una situación de solidaridad pasiva entre asegurador y asegurado frente a la víctima a la que se legitima de acción directa contra la compañía aseguradora. Según la doctrina (RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ, en su Tratado de responsabilidad civil, Civitas 1993, página 1.009 y siguientes),

La acción directa es el ejercicio del derecho del tercero perjudicado para exigir al asegurador el cumplimiento de la obligación de indemnizar. Esta acción nació jurisprudencialmente, considerándola un caso de «solidaridad especial» y posteriormente se introdujo en la Ley de Contrato de Seguro; la función de la misma es proteger al tercero que ha sufrido el daño y evitar que tenga que reclamar al causante del mismo y éste, posteriormente, a su compañía de seguros. Con ella, se dirige aquél directamente contra ésta, satisfaciendo así la misión que tiene la acción directa, que es la reclamación que hace el acreedor al deudor de su deudor lo que

<sup>20</sup> V. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 25 Abr. 2002, rec. 3669/1996. Ponente: O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER. Nº de Sentencia: 391/2002. Nº de Recurso: 3669/1996.

la Ley de contrato de seguro ha querido postergar, en materia de daños, un principio jurídico de profunda raigambre en nuestro ordenamiento: el principio de relatividad de los contratos que veda la eficacia de lo pactado más allá de las partes contratantes”<sup>21</sup>.

El mediador podrá proponer la presencia de otras personas en calidad de consultoras, peritos o expertos que deberán ser aceptadas por las partes.

En caso de personas con dificultades de expresión o comprensión, podrán acudir los intérpretes adecuados para que las sesiones de mediación sean inteligibles, cuyo coste será a cargo de la parte que lo solicite.

#### 2.4. El mediador, requisitos para ejercer el cargo, derechos y obligaciones del mediador y responsabilidad del mediador

El mediador es aquella persona designada por las partes, a quien se solicita que preste sus servicios para llevar a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial, neutral y competente, con respeto al principio de confidencialidad y que cumpla con las condiciones exigidas en el reglamento del procedimiento de mediación.

Su perfil debe caracterizarse por el libre ejercicio de la actividad mediadora, siendo necesaria y exigible una formación específica en las técnicas de negociación y mediación. En el campo de los conflictos de responsabilidad civil resulta coherente que sean personas que ejercen las profesiones jurídicas clásicas tales como abogados, notarios o procuradores. El Ministerio de Justicia y las Administraciones públicas competentes, en colaboración con las instituciones de mediación, fomentarán la adecuada formación inicial y continua de los mediadores<sup>22</sup>, la elaboración de códigos de conducta voluntarios, así como la ad-

hesión de aquéllos y de las instituciones de mediación a tales códigos.

El mediador debe ejercer su actividad con imparcialidad (sin incurrir en ningún conflicto de intereses con las partes), transparencia (permitiendo que las partes accedan a la información necesaria del proceso), eficacia (garantizando la accesibilidad al procedimiento y su coste moderado) y equidad<sup>23</sup>. Deberá cumplir unos requisitos mínimos para ejercer su actividad en el marco del procedimiento que regula la mediación.

La norma española de mediación permite la pluralidad de mediadores, de manera que la mediación pueda ser llevada a cabo por uno o varios mediadores. Si por la complejidad de la materia o por la conveniencia de las partes se produjera la actuación de varios mediadores en un mismo procedimiento, éstos actuarán de forma coordinada.

Podrán ejercer funciones de mediador las personas naturales que se hallen en el pleno disfrute de sus derechos civiles, siempre que la legislación no lo impida o que estén sujetos a incompatibilidad, que estén en posesión de el título universitario de grado superior de carácter oficial o extranjero convalidado y que atesoren los conocimientos jurídicos adecuados sobre el objeto de la mediación regulada por este Reglamento.

Así mismo, los mediadores vendrán obligados a la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, en los términos que reglamentariamente se establezcan en la legislación que resulte de aplicación. Esta exigencia se recoge en la normativa autonómica sobre mediación y en el proyecto de Ley tramitado en la anterior legislatura.

Entre los derechos y obligaciones del mediador destacamos.

condiciones para ejercer de mediador: “2. El mediador deberá contar con formación específica para ejercer la mediación que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas. Esta formación específica proporcionará a los mediadores los necesarios conocimientos jurídicos, psicológicos, de técnicas de comunicación, de resolución de conflictos y negociación, así como de ética de la mediación, a nivel tanto teórico como práctico”.

<sup>23</sup> V. los comentarios sobre la Recomendación de la Comisión de 30 de marzo de 1998 MARTÍN DÍZ, FERNANDO, Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias. Diario La Ley, Nº 6480, Sección Doctrina, 11 May. 2006, Ref. D-119, Editorial LA LEY.

<sup>21</sup> Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 30 May. 2007, rec. 2049/2000- Ponente: XIO L RÍOS, JUAN ANTONIO. Nº de Sentencia: 574/2007. Nº de Recurso: 2049/2000: “Cita la STS de 22 de diciembre de 1989, según la cual con anterioridad a la promulgación de la Ley del contrato de seguro, es doctrina pacífica y reiterada de esta Sala, la disponibilidad por el perjudicado de acción directa contra el asegurador causante del daño y es el precedente jurisprudencial determinante de su posterior acogida legislativa en el art. 76 de la citada Ley. Cita la STS de 1 de abril de 1966, según la cual la acción directa del art. 76 tiene su fundamento y su límite en el mismo contrato de seguro del que dimana la referida acción. En sentido similar, cita la STS de 10 de junio de 1991, que, a su vez, cita como precedentes las STS de 26 de octubre de 1984, 16 de abril de 1986, 24 de marzo de 1988 y 26 de mayo de 1989”.

<sup>22</sup> El artículo 11 del Real Decreto-ley establece entre las

1. El mediador deberá facilitar la comunicación entre las partes y velará por que dispongan de la información y el asesoramiento suficientes. El mediador estará obligado a desarrollar una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto al principio de legalidad así como a los principios recogidos en el reglamento de mediación y las normas deontológicas del Colegio o Asociación Profesional a la cual pertenecen y las que aprueben las partes en relación con las responsabilidades, deberes y actividad del mediador.

2. El mediador podrá renunciar a desarrollar la mediación en los casos expresamente previstos en el reglamento de mediación, con obligación de entregar un acta a las partes en la que conste aquélla.

3. Antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que afecte o pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses. Tales circunstancias incluirán:

a) Relación personal o empresarial directa, con alguna de las partes.

b) Cualquier interés directo o indirecto, en el resultado de la mediación.

c) Que el mediador, o un miembro de su empresa, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.

En tales casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación a condición de que esté seguro de poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente.

El deber de revelar esta información permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación.

4. Son causas de abstención del mediador:

a) Tener interés personal en el asunto objeto de mediación, o en cualquier otro que pueda influir directa o indirectamente en el mismo.

b) Tener cuestión litigiosa pendiente con alguna de las partes intervinientes en la mediación.

c) Tener vínculo de parentesco por consanguinidad hasta el cuarto grado o afinidad hasta el segundo con alguna de las partes intervinien-

tes en la mediación, o con sus personas asesoras, representantes legales o personas mandatarias, así como compartir el despacho profesional o estar asociado con éstos o éstas para el asesoramiento, la representación o el mandato. A estos efectos, la unión de hecho inscrita en un Registro Público se equipara al matrimonio.

d) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas citadas en el apartado anterior.

e) Haber intervenido como perito o testigo en el proceso judicial previo a la mediación, de haber existido.

f) Tener relación de servicio con las partes intervinientes en la mediación o haberles prestado servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar, excepto servicios de mediación, en los dos años anteriores al inicio del procedimiento de mediación.

En el supuesto de que concurra alguna de las circunstancias anteriores y la persona mediadora no decline su designación, cualquiera de las partes puede, en cualquier momento del proceso, recusar su designación mediante escrito motivado en el que se haga constar la causa o causas de la recusación.

A propósito de la responsabilidad de los mediadores, la aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad profesional por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, imprudencia grave o dolo. El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución encargada de la organización de la mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores.

## 2.5. Organización de la mediación

La institución mediadora encargada de la organización de la mediación debe propiciar la resolución de conflictos de forma imparcial, confidencial y neutral mediante el establecimiento de las estructuras, procedimientos, medios humanos y materiales necesarios que faciliten la solución convencional de las controversias.

Su régimen jurídico se regirá por la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos civiles de la mediación, en asuntos ci-



viles y mercantiles, así como por el RDL 5/2012 y las normas autonómicas ya referenciadas. Este marco legal establece que tienen la consideración de instituciones de mediación las entidades públicas o privadas y las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y administración de la misma, incluida la designación de mediadores.

Deberán garantizar la transparencia en la designación de mediadores y asumirán subsidiariamente la responsabilidad derivada de su actuación.

Si entre los fines de las instituciones de mediación figurase también el arbitraje, dichas organizaciones deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar la separación entre ambas actividades.

Las instituciones de mediación darán publicidad de los mediadores que actúen en su ámbito, informando, al menos, de su formación, especialidad y experiencia.

Estas instituciones implantarán sistemas de mediación por medios electrónicos, en especial para aquellas controversias que consistan en reclamaciones dinerarias.

Los poderes públicos velarán porque las instituciones de mediación respeten en el ámbito de sus competencias los principios de la mediación legalmente establecidos, así como por la buena actuación de los mediadores, en la forma que establezcan sus normas reguladoras.

Desde el punto de vista operativo la organización de la mediación puede responder a dos modelos, en función de las necesidades de cada caso.

La mediación puntual para solución de conflictos concretos en los que las partes se ponen de acuerdo en la designación del mediador y el procedimiento a seguir para intentar la solución del problema. Este supuesto no tiene excesiva complejidad, si bien requerirá concretar, consensuar y documentar al inicio del procedimiento sus requisitos mínimos.

Sin embargo cuando exista la necesidad de establecer canales estables de mediación, capaces de atender un número elevado de asuntos caracterizados por la especialidad de los riesgos de responsabilidad civil generadores de conflictos de esta naturaleza, resulta altamente recomendable establecer una estructura capaz de dar salida a cuantos requerimientos de mediación se produzcan.

Este segundo patrón requiere una organización con los requisitos mínimos ya mencionados y adicionalmente otros a los que nos referimos a continuación.

En primer lugar resulta imprescindible la definición de los objetivos, que pueden resumirse en promover e impulsar la resolución de conflictos de responsabilidad civil, mediante un procedimiento de mediación, entre los reclamantes, el reclamado y la entidad aseguradora de responsabilidad civil. La organización que tutele la mediación debe tener una denominación, por ejemplo, "Oficina de mediación" debiendo constituirse una unidad operativa integrada dentro de la persona jurídica de la que forme parte. Si se opta por este modelo la "Oficina de mediación", carece de personalidad jurídica propia, dependiendo de persona jurídica a que esté adscrita, pudiendo llevar a cabo todos aquellos actos que sean necesarios para el cumplimiento de la finalidad para la que ha sido creada, con sujeción a lo establecido en el Ordenamiento Jurídico y e título constitutivo de la persona jurídica de la que dependa.

La persona jurídica que tutele la mediación debe disponer de un procedimiento en el que se regulen los aspectos fundamentales de la mediación y en el que se indiquen cuantos requisitos formales y materiales se precisen.

Podrán ser objeto de la mediación, las reclamaciones formuladas por los reclamantes que se encuentren garantizadas dentro de las coberturas de la póliza de seguro de responsabilidad civil suscrita entre el asegurado y la entidad aseguradora que cubra dicho riesgo.

La "Oficina de mediación" gozará de la infraestructura necesaria para su funcionamiento, dotación que provendrá de los recursos propios, asignados por la persona jurídica de la que dependa, que podrá establecer las tarifas económicas, que deberán sufragar las partes de la mediación, destinadas a abonar los honorarios de los mediadores.

La organización que tutele la mediación perseguirá las siguientes finalidades:

- a) Fomentar y difundir la mediación.
- b) Actuar como instrumento especializado en el ámbito de los conflictos relativos a la responsabilidad civil y su aseguramiento.
- c) Establecer los requisitos de conocimientos que garanticen la plena aptitud del mediador y promover la especialización de los mediadores dentro de los ámbitos específicos comprendidos en el objeto de la mediación.
- d) Velar por la salvaguarda de los principios de igualdad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad que deben presidir todo procedimiento de mediación.
- e) Hacer el seguimiento del procedimiento de mediación y arbitrar las cuestiones organizativas que se susciten y no formen parte del objeto sometido a mediación.
- f) Velar por el cumplimiento de los plazos del procedimiento de mediación y arbitrar en las actuaciones correspondientes para evitar dilaciones que perjudiquen a las partes.
- g) Promover el estudio de las materias generales de la mediación y de las específicas en función del ámbito de aplicación.
- h) Elaborar una memoria anual de actividades.
- i) Actuar como centro de análisis, seguimiento, estudio, debate y divulgación de la mediación, incluso en relación con otros organismos estatales e internacionales con finalidades equiparables.
- j) Promover la colaboración con colegios profesionales, administraciones locales y demás entidades públicas para facilitar que la información y el acceso a la mediación lleguen a todos los ciudadanos.
- k) Cumplir la función deontológica y disciplinaria respecto a las personas que ejercen la mediación.

## 2.6. Coste de la mediación y cobertura del contrato de seguro de defensa jurídica

Señalaba al respecto el Libro Verde de los ADR que el coste es un factor esencial que debe tenerse en cuenta. "Por regla general,

este coste es sufragado por las partes. Sin embargo, es posible que las partes no tengan que sufragar los gastos vinculados a la ADR. Puede ser, en efecto, que los terceros responsables de una ADR no perciban remuneración alguna, como también es posible que las autoridades públicas o las organizaciones profesionales tomen a su cargo los gastos de funcionamiento de los órganos responsables de la ADR o, también, que una de las partes, o ambas, disfrute del beneficio de justicia gratuita<sup>24</sup>. En consecuencia las mediaciones de conflictos de responsabilidad civil desarrolladas por las personas profesionales, se retribuirán por medio de las tarifas que fijen las organizaciones que tutelen los procedimientos de mediación, teniendo en cuenta las particularidades de cada mediación y su complejidad, especialmente de las mediaciones multipartes.

Parece evidente que las partes de un conflicto de la naturaleza que nos ocupa que esté amparado bajo un contrato de seguro de responsabilidad civil son básicamente tres, en primer lugar el tercero perjudicado que ejerce su derecho a la reclamación, en segundo lugar el responsable legal a quien se imputa la exigencia de la responsabilidad y finalmente la entidad aseguradora, en caso de que exista un contrato de seguro de responsabilidad civil que cubra dicha reclamación.

La norma española establece en su artículo 15 que el coste de la mediación, haya concluido o no con el resultado de un acuerdo, se dividirá por igual entre las partes, salvo pacto en contrario.

Tanto los mediadores como la institución de mediación podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender el coste de la mediación.

Si las partes o alguna de ellas no realizaran en plazo la provisión de fondos solicitada, el mediador o la institución podrán dar por concluida la mediación. No obstante, si alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, el mediador o la institución antes de acordar la conclusión, lo comunicará a las demás partes, por si tuvieren interés en suplirla dentro del plazo que hubiera sido fijado.

<sup>24</sup> V. la Resolución JUS/196/2010, de 28 de enero, de implantación del Programa piloto de mediación en ámbitos del derecho civil distintos del derecho de familia al amparo de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado y la Orden JUS/484/2006, de 17 de octubre, por la que se fijan las tarifas en los procedimientos de mediación familiar. DOGC 24 Octubre

¿La realización de una mediación en reclamación de responsabilidad civil debe considerarse como actos previos o preparatorios del proceso, tendentes a evitar su prosecución pero directamente conectados con él y por tanto sujetos a la cobertura del seguro de defensa jurídica?

Para resolver esta cuestión debemos tener en cuenta el contenido del contrato de seguro y las prestaciones contratadas entre el asegurado y su entidad aseguradora.

Sabido es que el seguro de responsabilidad civil (third-party liability insurance) es aquel en el que el asegurador se compromete a indemnizar al asegurado del daño que pueda experimentar su patrimonio a consecuencia de la reclamación que le efectúe un tercero, por la responsabilidad en que haya podido incurrir, tanto el propio asegurado como aquellas personas de quienes él deba responder civilmente. En resumen, mediante este seguro se garantiza, el pago de las cantidades de las que el asegurado resulte civilmente responsable, la constitución de las fianzas judiciales que puedan ser exigidas al asegurado y los gastos judiciales causados por la defensa de la responsabilidad civil del asegurado.

La Ley 50/1980, de 08 de octubre, de Contrato de Seguro, regula dos tipos de defensa del asegurado, la que nace de su 74, que se caracteriza por ser el asegurador quien asume la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, amén de los gastos de defensa que se ocasionen; y la que se regula en sus artículos 76 a) y siguientes, que se conoce como contrato de seguro de defensa jurídica.

El art. 76 a) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, establece: "Por el seguro de defensa jurídica<sup>25</sup>, el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a hacerse cargo de los gas-

<sup>25</sup> Seguro de defensa jurídica (legal expenses insurance), definido en el Diccionario Mapfre del Seguro como: "Cobertura por la cual el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en el contrato, a hacerse cargo de los gastos que se le puedan causar al asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento judicial, y a prestarle los servicios de asistencia jurídica, judicial y extrajudicial, derivados de la cobertura del seguro". Adicionalmente, a propósito del seguro de defensa criminal o penal (defence costs insurance) se define como: "Este seguro, normalmente complementario al de responsabilidad civil derivada de accidentes de automóviles, tiene por objeto consignar a favor del asegurado las fianzas penales que le sean exigidas por la autoridad judicial, y satisfacer los gastos procesales necesarios para la defensa del asegurado, dentro de los límites

tos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral, y a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro”<sup>26</sup>.

El contrato de seguro de defensa jurídica regulado en los arts. 76 a) a 76 g), que –de acuerdo con el art. 76 c)– deberá ser objeto de un contrato independiente, y aunque en el párrafo siguiente del mismo art. prevé la posibilidad de incluirse en capítulo aparte en una póliza única, es preciso en este supuesto, se especifique el contenido de la defensa jurídica garantizada, y la prima que le corresponde (TS de 20 de abril de 2000).

Con respecto a esta modalidad contractual la SAP Almería de 22 de enero de 2001 señala que el art. 76,a) de la Ley de Contrato de Seguro, introducido por la Ley 21/90 de 19 de diciembre, para adaptar el derecho Español a la directiva 88/357/CEE, sobre libertad de Servicios en seguros distintos al de vida, regula el seguro de defensa jurídica como aquel en virtud del cual se obliga el asegurador, dentro de los límites establecidos en la Ley en el contrato, a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral a prestarle los servicios de asistencia jurídica, tanto judicial como extrajudicial con las exclusiones que prevé el art. 76, b). Dicha norma regula el derecho del asegurado a la libre elección de Procurador y Abogado que le representen y defiendan en cualquier clase de procedimiento, sin embargo debe señalarse que ello no supone, una liber-

tad absoluta del asegurado para obrar frente a la compañía aseguradora como tenga por conveniente, sino que al no extenderse la garantía de defensa jurídica más allá de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, el derecho a la libertad de elección de los profesionales que representen y defiendan al asegurado en cualquier clase de procedimiento, se encuentra condicionado a la oportunidad del mismo y a la existencia de desavenencias o conflicto de intereses entre asegurador y asegurado, tal como resulta, tanto del propio art. 76 a) de la Ley cuando dice que el asegurador se obliga a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento judicial y «a prestarle los servicios jurídicos judicial o extrajudicial», como del art. 76, f), que reconoce el derecho de información al asegurado en caso de conflicto o desavenencia<sup>27</sup>.

establecidos en la póliza”. [http://www.mapfre.com/wdiccionario/general/resultadosGoogleDic.shtml?q=seguro+defensa&entqr=3&sort=date%3AD%3AL%3Ad1&output=xm\\_l\\_no\\_dtd&client=CAN\\_wdiccionario&hl=es&ie=ISO-8859-1&oe=UTF-8&site=CAN\\_wdiccionario&site\\_actual=CAN\\_wdiccionario](http://www.mapfre.com/wdiccionario/general/resultadosGoogleDic.shtml?q=seguro+defensa&entqr=3&sort=date%3AD%3AL%3Ad1&output=xm_l_no_dtd&client=CAN_wdiccionario&hl=es&ie=ISO-8859-1&oe=UTF-8&site=CAN_wdiccionario&site_actual=CAN_wdiccionario), última consulta 30 de abril de 2012.

<sup>26</sup> Artículo 76.a) introducido por Ley 21/1990, 19 diciembre («B.O.E.» 20 diciembre), de adaptación del Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados. “El asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral, y a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro –artículo 76 a) LCS–, teniendo derecho dicho asegurado a elegir libremente el Procurador y Abogado que hayan de representarle y defenderle en cualquier clase de procedimiento –artículo 76 d) LCS (Sentencia Audiencia Provincial núm. 102/2005 Bizkaia (Sección 1), de 10 febrero. Recurso núm. 789/2003)”.

<sup>27</sup> V. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sentencia de 27 Mar. 2006, rec. 155/2006. Ponente: García del Pozo, Ildefonso. Nº de Sentencia: 159/2006. Nº de Recurso: 155/2006: “la cobertura de defensa jurídica contrata por el actor se encuentra insita en el Contrato de Seguro de Responsabilidad civil formando parte integrante del mismo, y, en concreto, a este supuesto alude el artículo 76 g). 1º, de la Ley de Contrato de Seguro, cuando establece que los preceptos contenidos en esta Sección no serán de aplicación a la defensa jurídica realizada por el asegurador de la responsabilidad civil de conformidad con lo previsto en el artículo 74. En el referido precepto se establece que “salvo pacto en contrario, el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, y serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen. El asegurado deberá prestar la colaboración necesaria en orden a la dirección jurídica asumida por el asegurador. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando quien reclame esté también asegurado con el mismo asegurador o exista algún otro posible conflicto de intereses, éste comunicará inmediatamente al asegurado la existencia de esas circunstancias, sin perjuicio de realizar aquellas diligencias que por su carácter urgente sean necesarias para la defensa. El asegurado podrá optar entre el mantenimiento de la dirección jurídica por el asegurador o confiar su propia defensa a otra persona. En este último caso, el asegurador quedará obligado a abonar los gastos de tal dirección jurídica hasta el límite pactado en la póliza”. Es cierto que la “protección jurídica” comprendida en la póliza de seguro de responsabilidad civil concertada por el demandante con la entidad demandada tiene una mayor amplitud que la que resulta del mencionado artículo 74 de la Ley del Contrato de Seguro, por cuanto comprende la posibilidad de reclamaciones por parte del asegurado e incluso el nombramiento de profesionales de su libre elección. Es decir, la modalidad comprendida en la póliza amplía la cobertura de la aseguradora a determinados riesgos propios del seguro de defensa jurídica, pero, por las circunstancias anteriormente señaladas (ausencia de prima específica y falta de mención en el contrato de los derechos del asegurado) y según estableció la SAP. de Vizcaya (Sección 5ª) de 22 de mayo de 2.000, no por ello pierde su naturaleza de especialidad el seguro de responsabilidad civil ni su relación con el mismo, por lo que cabría acudir supletoriamente a las disposiciones de éste, es decir, al artículo 74 de la Ley del Contrato de Seguro, con preferencia a las normas de los

La Jurisprudencia estableció la línea divisoria que separa la dirección jurídica que el artículo 74 reconoce al asegurador de la responsabilidad civil, de lo que es propiamente seguro de defensa jurídica, resaltando que no puede trazarse con criterios formalistas, deteniéndose en la existencia o no de los requisitos previstos por el artículo 76c, reguladores de la autonomía formal, económica y objetiva del seguro de defensa jurídica, porque ello dejaría al arbitrio de la entidad aseguradora, redactora de la póliza, la naturaleza misma del contrato. "Para saber si nos encontramos ante una clase u otra de seguro, habrá de estarse a los intereses en juego, de modo que, si las consecuencias del proceso o conflicto jurídico a que se enfrenta el asegurado van a recaer directamente sobre el asegurador en atención a la cobertura de responsabilidad civil, estaremos dentro de los límites del artículo 74; caso contrario, estaremos ante un seguro de defensa jurídica"<sup>28</sup>.

Como indica el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de septiembre de 2006, invocando la doctrina contenida en las SSTS 2 de febrero de 2001, 14 de mayo de 2004 y 17 de marzo de 2006 y luego reiterada en la de, «deben excluirse del concepto de cláusulas limitativas de los derechos del asegurado aquellas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial, incluyendo en estas categorías la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada o contratada», insistiendo en la

de 15 de Julio de 2008 que «No tienen pues carácter limitativo de los derechos del asegurado las cláusulas delimitadoras del riesgo, que son, pues, aquellas mediante las cuales se individualiza el riesgo y se establece su base objetiva. Tienen esta naturaleza las que establecen «exclusiones objetivas» (STS de 9 de noviembre de 1990) de la póliza o restringen su cobertura en relación con determinados eventos o circunstancias, siempre que respondan a un propósito de eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato (fijado en las cláusulas particulares, en las que figuran en lugar preferente de la póliza o en las disposiciones legales aplicables salvo pacto en contrario) o en coherencia con el uso establecido. No puede tratarse de cláusulas que delimiten el riesgo en forma contradictoria con el objeto del contrato o con las condiciones particulares de la póliza, o de manera no frecuente o inusual (SSTS de 10 de febrero de 1998, 17 de abril de 2001, 29 de octubre de 2004, núm. 1055/2004, 11 de noviembre de 2004, rec. núm. 3136/1998, y 23 de noviembre de 2004, núm. 1136/2004)»<sup>29</sup>.

Como señala la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4ª, de 19 de enero de 2.007, recurso 500/2.006, la realización de una reclamación extrajudicial debe considerarse como actos previos o preparatorios del proceso, tendentes a evitar su prosecución pero directamente conectados con él. Declara la sentencia citada, «debe tenerse en

artículos 76 a) y siguientes. Y, por consiguiente, ha de considerarse acertada la conclusión de la sentencia de instancia al afirmar que la protección jurídica concertada por el demandante no constituye un propio seguro de defensa jurídica, por lo que no se ha incurrido por la misma ni en el error de derecho en la calificación del contrato ni en la infracción legal por inaplicación de los artículos 76 a) y siguientes de la citada Ley del Contrato de Seguro. Y, por ello, como se señaló al principio, ha de ser rechazado este primer motivo de impugnación".

<sup>28</sup> Sentencia Audiencia Provincial núm. 187/2004 Álava (Sección 2), de 28 septiembre. Recurso de Apelación núm. 226/2004. Así pues, conforme la Sentencia Audiencia Provincial núm. 353/2002 Bizkaia (Sección 5), de 18 julio. Recurso de Apelación núm. 607/2001, " el artículo 76 se refiere a la intervención en un proceso judicial, arbitral o administrativo, y da derecho al Asegurado a "elegir" libremente Abogado y Procurador que le defienda y represente en cualquier clase de procedimiento, haya o no haya conflicto de intereses con el Asegurador, por lo que a nuestro entender sobre el párrafo segundo del art. 76.d." . Seguro que nace con la Ley 21/90 de 19 de diciembre, para adaptar el Derecho español a las directivas comunitarias, (directiva 88/357/CEE), que, como señala el art. 76 c), ha de ser objeto de un contrato independiente, si bien podrá incluirse en capítulo aparte dentro de una póliza única, pero entonces con la indicación del específico contenido de la defensa jurídica garantizada y de la prima que le corresponde."

<sup>29</sup> V. al respecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2ª, Sentencia de 24 Sep. 2008, rec. 643/2007. Ponente: HOZ DE LA ESCALERA, JAVIER DE LA. Nº de Sentencia: 564/2008- Nº de Recurso: 643/2007, en la que, a propósito de una delimitación de la cuantía de la cobertura de defensa jurídica: "la cláusula en cuestión no debe entenderse objetivamente limitativa de los derechos del asegurado en la medida en que define el riesgo para cada supuesto: la suma asegurada ilimitada en caso de que el asegurado utilice los servicios de profesionales acreditados por la aseguradora, y con un concreto límite económico -1.500 euros-, en caso de que el asegurado haga uso d su libertad de designación. Pero la cláusula no contempla el caso, especial y distinto, de la existencia de conflicto de intereses, supuesto en que la elección por el asegurado de profesionales no acreditados por la aseguradora no es fruto sin más del libre arbitrio del asegurado, sino que es una decisión adoptada en función de ese conflicto que hace razonablemente inviable la utilización de los profesionales de la misma compañía, y que, como se expuso, está especialmente previsto y reforzado en la LCS. Para este caso, entender aplicable la previsión del límite de la cobertura resulta una interpretación de la póliza lesiva para el asegurado y proscrita por el art. 3 de la LCS; y así entendida tal cláusula sí es desde luego una limitación de los derechos del asegurado sometida al régimen de especial aceptación impuesto en dicho precepto, con la consecuencia, en este caso en que no consta la misma, de su ineficacia frente a los asegurados."

cuenta, por un lado, que las dudas que suscite el alcance de las coberturas han de interpretarse en sentido favorable al asegurado (artículo 1288 del Código Civil y artículos 1 y 3 de la Ley de Contrato de Seguro), y por otro, porque la interpretación contraria conduciría al absurdo de obligar a los Letrados de libre designación a promover los juicios correspondientes sin intentar acuerdos previos, pues de no ser así su asegurado no podría reembolsar los honorarios que satisfaga; aparte de que para la propia Compañía que cubre este riesgo de defensa jurídica resulta más favorable que así sea, pues siempre serán menores los honorarios que tendrá que satisfacer que si el proceso continúa por todas sus fases».

En el mismo sentido, se pronuncia la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Girona, sección 1ª, de 22 de febrero de 2006, recurso 641/2005 que declara que este seguro cubre no sólo los gastos de abogado en caso de juicio, sino también en caso de transacciones extrajudiciales.

Indica la sentencia referida de la Audiencia Provincial de Girona: «el letrado libremente designado por el asegurador no únicamente ha de ver abonadas por la compañía las minutas derivadas de un proceso judicial sino también las que lo han evitado («...recuperar el daño... de forma amistosa...») en la libre decisión del ejercicio de la profesión y que no puede estar condicionada parcialmente en su práctica por la voluntad de la aseguradora; sería el caso si ésta fuese la que tuviera que llevar a cabo las conversaciones extrajudiciales para tratar el litigio que afecta a su asegurado y cuando éstas fuesen inútiles autorizar la actuación profesional del letrado libremente designado por el asegurado. Esta interpretación es tan absurda como atentatoria contra la independencia en el ejercicio de la profesión de abogado que debe ser rechazada de manera categórica».

Esta segunda sentencia indica que «lo que quiere decir el artículo 76a) es que la compañía aseguradora de la defensa jurídica, o bien ha de prever en el contrato que el asegurado pueda designar los profesionales de su confianza o bien que, si lo desea el asegurado, la misma compañía le debe facilitar este asesoramiento, incluso en el ámbito extrajudicial. Pero esto no significa que si opta por la primera opción, ya no pueda ser defendido por el profesional designado en la esfera extrajudicial. Y es que llega al absurdo la interpretación de la compañía que incluso va en contra de sus propios intereses

porque la resolución extrajudicial de un caso siempre resulta menos gravosa que la judicial»<sup>30</sup>.

Así pues los actos previos o preparatorios del proceso, tendentes a evitar su prosecución, pero directamente conectados con él, entre los que se comprende el procedimiento de mediación, dado su carácter de intento de resolución extrajudicial del conflicto, están comprendidos en la cobertura del contrato de seguro de defensa jurídica.

Sin perjuicio del ello, cuando no exista seguro de responsabilidad civil que cubra el riesgo o bien cuando esté expresamente excluida total o parcialmente esta cobertura, el coste de la mediación, haya concluido o no con el resultado de un acuerdo, recaerá de manera proporcional sobre las partes, salvo pacto en contrario entre ellas. La cuantificación del citado coste corresponde a la organización encargada de tutelar la mediación. Los mediadores podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender el coste de la mediación. Si las partes o alguna de ellas no realizaran en plazo la provisión de fondos solicitada, el mediador o la institución podrán dar por concluida la mediación. No obstante, si alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, el mediador o la institución antes de acordar la conclusión, lo comunicará a las demás partes, por si tuvieren interés en suplirla dentro del plazo que hubiera sido fijado.

### 3. Los principios informadores de la mediación en los conflictos de responsabilidad civil.

Los principios que informan la mediación afectan a la esencia misma de este tipo de solución de conflictos y se pueden agrupar en tres apartados.

<sup>30</sup> V. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4ª, Sentencia de 28 Mar. 2008, rec. 470/2007. Ponente: RÍOS ENRICH, MIREIA. Nº de Sentencia: 154/2008. Nº de Recurso: 470/2007, que compartiendo íntegramente los argumentos expuestos en las dos sentencias arriba transcritas: “considera, frente a lo dispuesto en la resolución de primera instancia, que la aseguradora demandada debe abonar el importe de los honorarios devengados por el letrado Don Donato por tratarse de actos previos o preparatorios del proceso, tendentes a evitar su prosecución, pero directamente conectados con él, siendo que la interpretación realizada en sentido contrario, por un lado, carece de sentido, pues en efecto, la resolución extrajudicial de un caso siempre resulta menos gravosa que la judicial, tanto para los implicados como para la compañía aseguradora, y, por otro, es contraria a la libertad y a la independencia del letrado designado por el asegurado en el ejercicio de su profesión de abogado, cuya dirección técnica del asunto se vería limitada en el sentido de que para el reembolso de sus honorarios estaría obligado a llegar a juicio en todo caso, descartando un posible acuerdo extrajudicial”.

En primer lugar los que inciden en la voluntariedad y libre disposición de las partes que intervienen en la solución del conflicto, en todas y cada una de las fases que componen el procedimiento de mediación, constitución, desarrollo y resolución. A continuación los principios que inciden en el comportamiento y buenas prácticas de las partes durante el proceso (buena fe, imparcialidad, neutralidad, flexibilidad, inmediatez y presencialidad). Y finalmente la confidencialidad, pieza clave de la mediación que por un lado aporta las ventajas de defensa de la reputación cuantos intervienen en el proceso, pero que, requiere una especial protección, en ausencia del desarrollo de una Ley Orgánica sobre el secreto profesional, a pesar de ser anunciada en nuestra Constitución<sup>31</sup>.

### 3.1. Principios que afectan a la voluntariedad y libre disposición.

La Mediación ha de entenderse como un proceso basado en la voluntariedad y estructurado bajo la premisa que el que dirige el trámite es un experto que colabora y ayuda a las partes a resolver los puntos en los cuales no hay acuerdo, creando un ambiente que dé facilidades a las personas involucradas, basándose en la negociación y el dialogo, para lograr la satisfacción de sus intereses y el cumplimiento de los compromisos pactados en la diligencia o reunión.

El proyecto de ley que propiciado por el Gobierno socialista obligaba a acudir a la mediación para asuntos de menos de 6.000 euros, sin embargo el vigente RDL 5/2012 de mediación ha renunciado a esa obligatoriedad<sup>32</sup>.

El régimen vigente se basa en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad

<sup>31</sup> A estos principios nos referimos GUIJARRO BERNAL, ROSARIO; ITURMENDI MORALES, GONZALO, en "La reclamación patrimonial como instrumento de calidad y sostenibilidad del sistema sanitario. La mediación". Revista Derecho y Salud, de ñla Asociación de Juristas de la Salud, Volumen 22, Extraordinario XX Congreso Sostenibilidad del Sistema Sanitario, págs.: 186 y 187. Santiago de Compostela 2011.

<sup>32</sup> Téngase en cuenta la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil operada por el RDL 5/2012, respecto del segundo párrafo del apartado 1 del artículo 414 por los siguientes: «En esta convocatoria, si no se hubiera realizado antes, se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma. La audiencia se llevará a cabo, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, para intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso, examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste

de las partes, cuya voluntad, expresada en el acuerdo que la pone fin, podrá tener la consideración de título ejecutivo, si las partes lo desean, mediante su elevación a escritura pública.

El poder de decisión recae en las partes, no siendo obligatoria la mediación, si bien se otorga más poderes al juez que deberá informar y recomendar la mediación en todo momento.

La mediación es voluntaria cuando el proceso es iniciado directamente por las partes. Se denomina convencional cuando se establece como cláusula de sumisión expresa en un contrato.

Veamos un ejemplo de cláusula de mediación vinculada a una institución de mediación: "Cualquier controversia que pueda suscitarse con motivo de la interpretación, cumplimiento, ejecución, validez, o cualquier otra contingencia que se relacione directa o indirectamente con el presente contrato se someterá a mediación por el Centro de Mediación... (nombre de la institución de mediación)... Salvo acuerdo previo de las partes en la elección del mediador entre los de su lista, el Centro de Mediación... (nombre de la institución de mediación)... designará a él mediador interviniente de acuerdo con el Reglamento de mediación del Centro de Mediación, que las partes declaran conocer y aceptar".

No obstante, la solicitud de la mediación puede realizarse por acuerdo de todas las par-

y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba. En atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa.» Téngase igualmente en cuenta la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil operada por el RDL 5/2012, respecto de los apartados 1 y 3 del artículo 415 pasan a tener la siguiente redacción: «1. Comparecidas las partes, el tribunal declarará abierto el acto y comprobará si subsiste el litigio entre ellas. Si manifestasen haber llegado a un acuerdo o se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar del tribunal que homologue lo acordado. Las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4, para someterse a mediación o arbitraje. En este caso, el tribunal examinará previamente la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes o de sus representantes debidamente acreditados, que asistan al acto.» «3. Si las partes no hubiesen llegado a un acuerdo o no se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, la audiencia continuará según lo previsto en los artículos siguientes. Cuando se hubiera suspendido el proceso para acudir a mediación, terminada la misma, cualquiera de las partes podrá solicitar que se alce la suspensión y se señale fecha para la continuación de la audiencia.»

tes implicadas en el conflicto. Con esta solicitud las partes reconocen estar de acuerdo en resolver la controversia surgida entre ellas a través de la institución de mediación. Este documento compromete a las partes, únicamente a la asistencia a la sesión informativa por todas partes, bien conjuntamente, bien por separado. A partir de este momento, dada la voluntariedad de la mediación, cualquiera de las partes podrá abandonar el proceso.

En cualquier caso, reiteramos, la mediación tiene un carácter voluntario, sin perjuicio de la obligatoriedad de su inicio cuando lo prevea la legislación procesal. Las partes son libres para optar por este procedimiento y acceder a él o desistir del mismo en cualquier momento, sin que pueda derivarse sanción alguna por esta circunstancia<sup>33</sup>.

Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo.

La voluntariedad alcanza también a la persona mediadora, quien puede declinar su designación, negarse a comenzar el procedimiento de mediación, suspenderlo o darlo por finalizado una vez comenzado si apreciara que no se dan las circunstancias adecuadas para su desarrollo. En los supuestos en que apreciara el incumplimiento de alguno de los principios rectores de la mediación, deberá negarse a actuar como persona mediadora.

### 3.2. Principios que afectan a las buenas prácticas de la mediación, respeto mutuo, buena fe, imparcialidad, neutralidad, flexibilidad, inmediatez y presencialidad.

Las partes en la mediación actuarán conforme a las exigencias de la buena fe<sup>34</sup> y el respeto mutuo, tanto en su vertiente material como

procesal, conforme contempla el artículo 7.1 del Código Civil, así como declara la exposición de motivos de la norma española de mediación, “a estos principios se añaden las reglas o directrices que han de guiar la actuación de las partes en la mediación, como son la buena fe y el respeto mutuo, así como su deber de colaboración y apoyo al mediador” y su art. 10.2: “Las partes en conflicto actuarán conforme a los principios de buena fe y respeto mutuo”. Se entiende la buena fe proyectada sobre la intención y actividad de los sujetos que intervienen en la mediación en sus relaciones con los demás, es decir, a su acomodación a las normas establecidas para esta relación jurídica. Por lo tanto las exigencias de la buena fe se refieren a un comportamiento socialmente esperado por parte de quienes intervienen en la mediación, en función no solo de la normativa aplicable sino del respeto mutuo y de la ética. Se vulnera este principio cuando el ejercicio de los derechos que nacen de la mediación se lleva a cabo sin el debido respeto mutuo o de forma desleal a los principios y reglas que la comunidad impone a las buenas prácticas de este sistema alternativo de solución de conflictos, pues no puede ser utilizado para contravenir la legislación o evitar fraudulentamente su aplicación<sup>35</sup>.

Dado que la buena fe es una obligación recíproca de ambos contratantes, tal como se desprende del artículo 1258 del Código Civil, las partes tendrán que mantener su compromiso de respeto a las actuaciones promovidas por el mediador, manteniendo una posición de colaboración y apoyo permanente a sus funciones.

La acreditación de la ausencia de buena fe de las partes producirá los efectos que le son propios en el ámbito de la libertad de los pactos, en todo caso habrá de tenerse en cuenta que a tenor del artículo 1258 del Código Civil, la buena fe en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones debe producirse conforme a una serie de principios que la conciencia social considera como necesarios aunque no hayan sido formulados por el Legislador ni establecidos por el contrato.

<sup>33</sup> La autonomía de la voluntad privada presupone libertad que, en su formulación absoluta se encuentra consagrada en el art. 1.1 de la Constitución española. Como establecen sus arts. 9.2 y 10.1, los poderes públicos tienen que garantizar el libre desarrollo de la personalidad –o lo que es lo mismo, el respeto a la autonomía individual– y facilitar a los ciudadanos los medios necesarios para su intervención en condiciones de igualdad en la vida política, económica, cultural y social.

<sup>34</sup> Téngase en cuenta la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil realizada en el RDL 5/2012 del segundo párrafo del apartado 1 del artículo 395 pasa a tener la siguiente redacción: «Se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él demanda de conciliación.»

<sup>35</sup> V. Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1982: “... Que el principio de la buena fe, como límite al ejercicio de los derechos subjetivos, precisa la fijación de su significado y alcance y en este sentido se establecen una serie de supuestos típicos cuya concurrencia autoriza, en términos generales, a admitir que contradicen dicho principio, concretando que se falta a la buena fe cuando se va contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después en perjuicio de quien puso su confianza en ella”.

Imparcialidad significa falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud. En el procedimiento de mediación, se garantizará la intervención de las partes con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas.

La neutralidad significa la cualidad o actitud de neutral, es decir, que tanto las instituciones de la mediación, como el propio mediador, no participa ni se decanta por ninguna de las opciones en conflicto.

El mediador deberá abstenerse de proponer acuerdos, siendo su obligación respetar los puntos de vista de las partes y preservar su igualdad en la negociación.

Su labor consistirá en conseguir que las partes alcancen por sí mismas soluciones al asunto sometido a mediación, contribuyendo así no solo a resolver el asunto particular objeto de disputa, sino a tener una justicia más rápida, eficiente y menos onerosa.

Flexible es el que no se sujeta a normas estrictas, a dogmas o a trabas. Inflexible es el que por su firmeza y constancia no se conmueve ni se doblega, ni desiste de su propósito. Así, afirmamos que una parte del conflicto tiene el carácter flexible cuando en un enfrentamiento puede llegar a plegarse y transigir a la opinión, a la voluntad o a la actitud de otro o de otros.

El procedimiento de mediación es flexible, lo que permite adaptarlo a la situación concreta tratada, aunque siempre debe mantener las normas mínimas previstas en su procedimiento para asegurar su calidad, garantías y eficacia. Como afirma la exposición de motivos de la norma: "El marco flexible que procura el real decreto-ley pretende ser un aliciente más para favorecer el recurso a la mediación, de tal forma que no tenga repercusión en costes procesales posteriores ni se permita su planteamiento como una estrategia dilatoria del cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes... es un procedimiento sencillo y flexible que permite que sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus fases fundamentales".

El proceso de mediación debe superar el principio clásico de contradicción acuñado a en el pensamiento jurídico procesal español,

garantizando que las partes puedan exponer sus posiciones mediante un debate constructivo que persiga el consenso en la solución del conflicto de responsabilidad civil. Visto así, este principio se sitúa lejos del concepto clásico de contradicción, en la medida que supera el plano tradicional del principio jurídico y constituye la formación de una novedosa estructura conceptual presidida por la finalidad misma de la mediación.

A lo largo del procedimiento de mediación, las partes deben tener la garantía de poder expresar libremente sus puntos de vista sobre la situación conflictiva. "En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas" (artículo 7). En suma, el mediador debe potenciar un trato equitativo entre las partes, garantizando una intervención equilibrada entre ellas en el transcurso de la mediación.

Finalmente, a propósito de la inmediatez y presencialidad, las partes deberán asistir personalmente cuando el conflicto afecte a derechos personalísimos, de «ius cogens» o deba ser fiscalizado por el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de la representación necesaria de menores e incapaces.

Fuera de estos casos, las partes podrán acudir representadas mediante escrito acreditativo de la representación dirigido a la persona mediadora.

### 3.3. Secreto profesional y principio de confidencialidad.

El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.

La confidencialidad, como principio esencial del procedimiento de mediación, adquiere una gran relevancia, tanto en los casos en los que se alcance el acuerdo entre las partes en conflicto, como en los que no se consiga, resultando necesario en cualquier caso establecer su alcance y límites con la mayor precisión. Tengamos en cuenta que la confidencialidad es una condición sine qua non para el buen funcionamiento de la mediación porque contribu-

ye a garantizar la franqueza de las partes y la sinceridad de las comunicaciones durante el procedimiento<sup>36</sup>.

Entendida la confidencialidad en sentido positivo implica por un lado la obligación por parte del mediador de mantener la reserva sobre cuantos hechos conocidos en las sesiones de mediación y sobre el desarrollo del procedimiento negociador. Por otro lado implica un deber genérico de secreto sobre la información que se trate en dicho procedimiento. Desde el punto de vista negativo la confidencialidad consiste no divulgar o no revelar o utilizar ningún dato, hecho, prueba documental, pericial o de cualquier clase que se conozca por razón del procedimiento de la mediación. En suma, nos referimos a que las informaciones intercambiadas entre las partes durante el procedimiento no debería admitirse como prueba en un procedimiento judicial o arbitral posterior. Sin embargo cabe considerar algunas excepciones, como por ejemplo que las partes puedan decidir de común acuerdo que la totalidad o parte del procedimiento no sea confidencial.

Para reforzar el carácter confidencial, se hace necesario establecer que las partes no puedan solicitar que la persona mediadora sea llamada a declarar como perito ni como testigo de cualquier procedimiento judicial relacionado con el conflicto objeto de la mediación practicada y, en correspondencia, el mediador puede renunciar a intervenir como testigo o perito a propuesta o solo solicitud de cualquiera de las partes en todo tipo de procedimiento o litigio que afecte al objeto de la mediación<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> V. al respecto BERTRÁN, J. M.; COLLAZO, E.; GERVÁS, J.; GONZÁLEZ SALINAS, P.; GRACIA, D.; JÚDEZ, J.; RODRÍGUEZ SENDÍN, J. J.; RUBÍ, J.; SÁNCHEZ, M. (2005). Intimidad, confidencialidad y secreto. Guías de ética en la práctica médica. Majadahonda: Ergon. MORETÓN TOQUERO, M. A. «El secreto profesional y el deber de confidencialidad del mediador». BELLOSO MARTÍN, NURIA (coord.). Estudios sobre mediación: la Ley de mediación familiar de Castilla y León. Castilla-Lleón: Junta de Castilla y León, Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades. ORTUÑO MUÑOZ, P. «El Proyecto de Directiva Europea sobre la mediación». Cuadernos de Derecho Judicial. Núm. 5, pág. 249-272, en [http://cgae.iuriline.net/jmf/recursos/pdf/4\\_foro\\_jornadas\\_2.pdf](http://cgae.iuriline.net/jmf/recursos/pdf/4_foro_jornadas_2.pdf), última consulta 30 de abril de 2012. SÁNCHEZ-STEWART, N. La profesión de abogado. Deontología, valores y colegio de abogados. Barcelona: Difusión Jurídica. SERRANO ROMERO, J. F. «La mediación en Cataluña, tras el Proyecto de Ley de Mediación en el ámbito del derecho privado». Actualidad Civil (núm. 4).

<sup>37</sup> VIOLA DEMESTRE, ISABEL, La confidencialitat en el procediment de mediació, Revista dels Estudis de Dret i Ciència Política de la Universitat Oberta de Catalunya, IDP Número 11 (2010), en <http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/viewFile/n11-viola/n11-viola-cat>, última consulta 30 de abril de 2012.

El artículo 9 de la norma española viene a consagrar el principio de confidencialidad al que nos referimos, extendiendo la obligación de confidencialidad al mediador y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto:

a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito dispensen de esta obligación.

b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

Sin embargo la extensión del secreto profesional se queda corta en la legislación española, ya que existen otros intervinientes en la mediación (auxiliares de la mediación, peritos<sup>38</sup>, expertos y la propia institución encargada de la organización de la mediación) sin regular en este difícil problema del secreto profesional. Por ello, sería deseable que la obligación de confidencialidad se extendiera no solo al mediador, sino también a los auxiliares de la mediación, los peritos y expertos que intervengan, a las entidades instituciones o administraciones que administren los procesos de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.

Los posibles efectos negativos de la mediación pueden manifestarse cuando la misma sea infructuosa, por ello resulta recomendable determinar con claridad y precisión el alcance del secreto profesional de todos los que intervengan en la mediación, con la finalidad de superar las reticencias que puedan tener las partes a la hora de la exhibición de los medios probatorios<sup>39</sup>.

Así pues en el procedimiento que regule la mediación deberá establecerse con claridad que ni los mediadores, ni las personas que parti-

<sup>38</sup> Se añade un apartado 3 nuevo al artículo 335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la siguiente redacción: «3. Salvo acuerdo en contrario de las partes, no se podrá solicitar dictamen a un perito que hubiera intervenido en una mediación o arbitraje relacionados con el mismo asunto.»

<sup>39</sup> A estos inconvenientes se refiere GARCÍA ÁLVAREZ, ROSARIO, Guía de mediación para abogados, Diario La Ley, Nº

cipen en el procedimiento de mediación estarán obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información derivada de un procedimiento de mediación, excepto cuando las partes de manera expresa y por escrito dispensen de esta obligación y cuando o en caso de que el propio tercero, sometido por su profesión al secreto profesional, se vea obligado a revelar parte de dichas informaciones en virtud de la legislación aplicable.

#### 4. Procedimiento de mediación de conflictos de responsabilidad civil.

##### 4.1. Cuestiones procesales y posible declinatoria.

Durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto. Sin embargo las partes pueden acordar el inicio de un procedimiento de mediación en cualquier momento, con independencia de que exista o no una reclamación de responsabilidad civil tramitada ante órganos jurisdiccionales o en vía administrativa en reclamación de responsabilidad civil/patrimonial. Quedando siempre a salvo el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, en el supuesto de que las situaciones objeto de mediación conlleven un proceso judicial o de reclamación administrativa, podrá convenirse por las partes la mediación antes de su iniciación, en el curso del mismo, o una vez concluido.

7828, Sección Práctica Forense, 29 Mar. 2012, Año XXXIII, Editorial LA LEY "Puede haber menos exhibición o práctica de prueba: por sus propias características, la mediación conlleva una menor práctica de prueba que un juicio. Este aspecto también puede suscitar ciertas preocupaciones especialmente relacionadas con la exhibición de prueba, por ejemplo, si alguna de las partes se reserva la aportación de prueba esencial o decisiva. La limitación probatoria también puede reducir las posibilidades de que se practique una adecuada «evaluación jurídica» del caso. De nuevo, el uso de la mediación es una cuestión de equilibrios y compensaciones: los participantes renuncian a la práctica de ciertas pruebas o a ciertos aspectos de ellas a cambio de obtener un proceso de resolución más rápido, eficiente y satisfactorio. El abogado y el cliente deben considerar detenidamente la compensación entre los riesgos y las ganancias y decidir si desean o es muy importante por cuestiones probatorias someterse a un juicio. En mediación, al igual que ocurre en un juicio, la cantidad y el tipo de pruebas que se necesitan para conseguir la adecuada información va a depender en gran medida de la información que cada parte posee y del tipo de disputa. Sin embargo, lo que es característico del proceso de mediación es compartir la información. Y, al igual que en un juicio, no hay garantía de que se vaya a aportar toda la prueba o información necesaria para resolver el asunto pero siempre se puede rechazar la solución o el acuerdo si se considera que alguna prueba o información esencial se ha ocultado por la otra parte".

Si las partes acuden voluntariamente al procedimiento de mediación una vez iniciado un proceso judicial o un procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad patrimonial regulado en el RD 429/1993, terminado el procedimiento de mediación, corresponderá a las partes, en los términos previstos en la legislación estatal, comunicar al juzgado o al órgano administrativo que corresponda el resultado del mismo<sup>40</sup>.

El compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria<sup>41</sup>.

La declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones de mediación. De acuerdo con el artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a través de la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del Tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, al corresponder el conocimiento de ésta a los tribunales extranje-

<sup>40</sup> Cuando de manera voluntaria se inicie una mediación estando en curso un proceso judicial, las partes de común acuerdo podrán solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal (art. 16,3).

<sup>41</sup> Téngase en cuenta la Disposición final segunda del RDL 5/2012 que modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. El apartado 1 del artículo 19 queda redactado en los siguientes términos: «1. Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.» 2. Se modifica el artículo 39, que pasa a tener la siguiente redacción: «Artículo 39 Apreciación de la falta de competencia internacional o de jurisdicción a instancia de parte El demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje o mediación la controversia.» 3. El párrafo primero del apartado 1 del artículo 63 queda redactado del siguiente modo: «1. Mediante la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional, a árbitros o a mediadores.» 4. Se da nueva redacción al párrafo segundo del apartado 2 del artículo 65: «Del mismo modo procederá el tribunal si estimase la declinatoria fundada en haberse sometido el asunto a arbitraje o a mediación.» 5. El artículo 66 queda redactado de la siguiente forma: «Artículo 66 Recursos en materia de competencia internacional, jurisdicción, sumisión a arbitraje o mediación y competencia objetiva 1. Contra el auto absteniéndose de conocer por falta de competencia internacional, por perte-

ros, o a órganos de otro orden jurisdiccional, a mediadores o árbitros.

En nuestra opinión la previsión de participar en una sesión informativa sobre la mediación con carácter previo a la interposición de una demanda que se imponga por vía reglamentaria y por autoridad competente, únicamente obliga a intervenir en la misma para ser informado y no altera el derecho de la parte a instar la protección jurisdiccional ni condiciona el principio de voluntariedad. De introducirse esta enmienda en el texto definitivo de la norma española de mediación se estaría respetando la opción de política legislativa de no imponer la mediación obligatoria en ningún caso (como hacía el proyecto anterior respecto de las reclamaciones de 6.000 euros), pero se posibilita que en algunos ámbitos se pueda establecer la sesión informativa previa. De esta manera se respetaría la opción de algunas leyes autonómicas, propiciando que en la administración de los casos que van por el turno de oficio, una parte de los asuntos puedan solucionarse sin necesidad de activar la costosa y compleja maquinaria judicial. Con ello se podría conseguir un notable ahorro de recursos para destinarlos a los casos que realmente requieren mayor dedicación.

#### 4.2. Inicio del procedimiento y sesiones informativas.

Con anterioridad al comienzo del procedimiento, el mediador informará a las partes, por un lado, de las posibles causas que puedan

necer el asunto a tribunal de otro orden jurisdiccional, por haberse sometido el asunto a arbitraje o a mediación o por falta de competencia objetiva, cabrá recurso de apelación. 2. Contra el auto por el que se rechace la falta de competencia internacional, de jurisdicción o de competencia objetiva, sólo cabrá recurso de reposición, sin perjuicio de alegar la falta de esos presupuestos procesales en la apelación contra la sentencia definitiva. Lo dispuesto en el párrafo anterior será también de aplicación cuando el auto rechace la sumisión del asunto a arbitraje o a mediación.» Se modifica la regla 2.ª del apartado 1 del artículo 206, que pasa a tener la siguiente redacción: «2.ª Se dictarán autos cuando se decidan recursos contra providencias o decretos, cuando se resuelva sobre admisión o inadmisión de demanda, reconvencción, acumulación de acciones, admisión o inadmisión de la prueba, aprobación judicial de transacciones, acuerdos de mediación y convenios, medidas cautelares y nulidad o validez de las actuaciones. También revestirán la forma de auto las resoluciones que versen sobre presupuestos procesales, anotaciones e inscripciones registrales y cuestiones incidentales, tengan o no señalada en esta ley tramitación especial, siempre que en tales casos la ley exigiera decisión del Tribunal, así como las que pongan fin a las actuaciones de una instancia o recurso antes de que concluya su tramitación ordinaria, salvo que, respecto de éstas últimas, la ley hubiera dispuesto que deban finalizar por decreto».

afectar a su imparcialidad y, por otro, de las características de la mediación, su reglamento o normas de funcionamiento, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias del acuerdo que se pudiera alcanzar.

Como ya indicamos el procedimiento de mediación podrá iniciarse o bien de común acuerdo entre las partes, en cuyo caso la solicitud incluirá la designación del mediador o la institución de mediación en la que llevarán a cabo la mediación, así como el acuerdo sobre el lugar en el que se desarrollarán las sesiones y la lengua o lenguas de las actuaciones; o bien por una de las partes en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre aquéllas, debiéndose formular la solicitud ante las instituciones de mediación o ante el mediador propuesto por una de las partes a las demás o ya designado por ellas.

Tales son los dos casos previstos en la norma española de mediación, sin embargo en nuestra opinión debería añadirse un último supuesto no contemplado en el artículo 16.1, que es el acuerdo alcanzado para seguir un proceso de mediación tras la sesión informativa a la que, si resultara aconsejable a juicio del tribunal, hubieran sido invitadas las partes. Es este un supuesto frecuente que no está incluido en los párrafos a) y b) del mencionado artículo 16, 1, pero que tiene incidencia y sustantividad propia. El hecho de no contemplar el inicio de la mediación por esta vía contrasta con la previsión del ordinal 3 de este mismo artículo.

Resulta evidente la importancia de la inclusión de una cláusula genérica de mediación, ya que puede ser determinante para el inicio del procedimiento de mediación. Dicha cláusula a introducir en cualquier contrato entre varias partes, asegura que ante cualquier discrepancia el conflicto se someterá a mediación.

Recibida la solicitud y salvo pacto en contrario de las partes, el mediador o la institución de mediación citará a las partes para la celebración de la sesión informativa.

En caso de inasistencia injustificada de cualquiera de las partes a la sesión informativa se entenderá que desisten de la mediación solicitada. La información de qué parte o partes no asistieron a la sesión no será confidencial.

En esa sesión el mediador informará a las partes de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia; así como de las caracterís-

ticas de la mediación, su coste, la organización del procedimiento, las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar, así como del plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva.

Las instituciones de mediación podrán organizar sesiones informativas abiertas para aquellas personas que pudieran estar interesadas en acudir a este sistema de resolución de controversias, que en ningún caso sustituirán a la información prevista en el apartado primero del artículo 17.

#### 4.3. Sesión constitutiva

El procedimiento de mediación comenzará mediante una sesión constitutiva en la que las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación y dejarán constancia –como mínimo– de los siguientes aspectos:

- a) La identificación de las partes.
- b) La designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes.
- c) El objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación. Al tratarse
- d) El programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación.
- e) La información del coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos.
- f) La declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas.
- g) El lugar de celebración y la lengua del procedimiento.

De la sesión constitutiva se levantará un acta en la que consten estos aspectos, que será firmada tanto por las partes como por el mediador o mediadores. En otro caso, dicha acta declarará que la mediación se ha intentado sin efecto.

Siempre la las partes muestren su conformidad y aunque el texto legal no lo contempla, parece recomendable incluir la posibilidad de la utilización en este acto y los sucesivos que estimen convenientes los medios de comunicación



tales como videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz y la imagen. Resulta evidente que existan sesiones de carácter estrictamente confidencial que deberán ser realizadas presencialmente, pero no hay obstáculos para que las partes puedan convenir este modo de actuar, adoptando las precauciones oportunas para salvaguardar los compromisos de confidencialidad. En estos casos se adoptarán adicionalmente las precauciones a las que se refiere el artículo 24 relativas a las actuaciones desarrolladas por medios electrónicos, concretamente: “1. Las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación se lleve a cabo por medios electrónicos, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en este real decreto-ley. 2. La mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará por medios electrónicos, salvo que el empleo de estos no sea posible para alguna de las partes”.

#### 4.4. Desarrollo de las actuaciones de mediación.

Las sesiones se realizarán en el lugar convenido en el acta constitutiva, que pueden ser las instalaciones que destinen al efecto de la orga-



nización que tutele el procedimiento de mediación o, en su defecto, el mediador.

La lengua o idioma de las actuaciones será acordado por las partes, pudiendo ser cualquiera de las lenguas oficiales de España.

Si bien no existe un límite de tiempo de duración para el desarrollo de las actuaciones de la mediación, existe un mandato legal para que las mismas se desarrollen en el menor número posible de sesiones (artículo 20).

A nadie se escapa la importancia del cómputo del tiempo en materia de reclamaciones de responsabilidad civil y las consecuencias que el transcurso del mismo puede tener a la hora de determinar la prescripción y caducidad de las acciones, así como los efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad.

La norma establece que el comienzo de la mediación suspenderá la prescripción o la caducidad de acciones. A estos efectos se considerará iniciada la mediación con la presentación de la solicitud por una de las partes o desde su depósito, en su caso, ante la institución de mediación. La suspensión se prolongará durante el

tiempo que medie hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, del acta final o se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en este RDL 5/2012. Si no se firmara el acta de la sesión constitutiva en el plazo de quince días naturales a contar desde el día en que se entiende comenzada la mediación, se reanudará el cómputo de los plazos.

La Directiva de mediación establece que los Estados miembros garantizarán que el hecho de que las partes que opten por la mediación con ánimo de solucionar un litigio no les impida posteriormente iniciar un proceso judicial o un arbitraje en relación con dicho litigio por haber vencido los plazos de caducidad o prescripción durante el procedimiento de mediación.

Si en el procedimiento de mediación solamente participan la parte reclamante y la entidad aseguradora de responsabilidad civil que cubre el riesgo, el comienzo de la mediación suspenderá únicamente la prescripción y la caducidad de las acciones que correspondan al reclamante frente a la entidad aseguradora de responsabilidad civil, por aplicación del artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre de Contrato de Seguro. El recurso a la mediación no tiene incidencia sobre el cómputo del resto de los plazos procesales y sustantivos, salvo que la legislación estatal así lo establezca.

La estructura de las actuaciones deberá configurarse en varias fases que posibiliten la sustanciación del procedimiento hasta sus últimas consecuencias. En este sentido se iniciará con una primera fase constitutiva de la relación mediadora o de apertura propiamente dicha, para continuar con la presentación de las posiciones de las partes, proseguir con la información sobre los elementos fundamentales de la controversia, seguidamente abordar la negociación en sí de cara al establecimiento de acuerdos y finalmente terminar con la fase de cierre del procedimiento, acuerdo y redacción del acta correspondiente.

En cualquier caso el mediador deberá cumplir unas exigencias legales mínimas durante el desarrollo de las actuaciones. Así, deberá convocar a las partes para cada sesión con la antelación necesaria, dirigirá las sesiones y facilitará la exposición de sus posiciones y su comunicación de modo igual y equilibrado. Las comunicaciones entre el mediador y las personas en conflicto podrán ser o no simultáneas. El mediador comunicará a todas las partes la cele-

bración de las reuniones que tengan lugar por separado con alguna de ellas, sin perjuicio de la confidencialidad sobre lo tratado. Finalmente el mediador no podrá ni comunicar ni distribuir la información o documentación que la parte le hubiera aportado, salvo autorización expresa de ésta.

De cada sesión que se celebre, además de la inicial y la final, se levantará acta sucinta en la que de modo sintético se hará constar su duración, referencia al asunto tratado, los participantes, la fecha de su celebración.

Corresponde al mediador redactar y firmar las actas. El mediador entregará una copia firmada de las actas a cada una de las partes, reservándose el ejemplar original para su conservación.

Con las actas de las sesiones y con los documentos aportados que no hayan de devolverse a las partes se formará un expediente que deberá conservar y custodiar la organización que tutele la mediación una vez terminado el procedimiento de mediación.

#### 4.5. Terminación del procedimiento.

El proceso de mediación puede concluir en acuerdo o finalizar sin alcanzar dicho acuerdo, bien sea porque una de las partes ejerza su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándose al mediador, bien porque haya transcurrido el plazo máximo previsto para la duración del procedimiento, así como cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión.

En lo relativo a la finalización de la mediación hemos de distinguir tres esferas, el acuerdo propiamente dicho, el contrato que recoge el acuerdo y la formalización en escritura pública o la convalidación judicial.

El RDL confunde las tres fases de las que consta el acuerdo de mediación. Quedó constancia de ello en la reunión del denominado "Punto Neutro para la promoción de la mediación civil y mercantil" celebrada el 25 de abril de 2012. En la misma [PASCUAL ORTUÑO](#) señaló que la principal diferencia con el contrato es que en el acuerdo de mediación no rige el principio contractual de perfección por el consentimiento, puesto que el objetivo no es el propio contrato, sino la solución del conflicto, por su carácter confidencial y voluntario desde su inicio hasta el final. En consecuencia, una vez que se ha alcanzado el "pacto"

en el sentido ideológico, es decir, la voluntad común de solucionar el asunto, se pasa a la fase de plasmarlo por escrito, es decir, de redactar "el acuerdo". Para ello las partes disponen de diez días (a los que pueden renunciar si es su voluntad), para hacer consultas con asesores fiscales, con los directivos de las empresas que representen o con quien tengan por conveniente. Es un periodo en el que los abogados de las partes han de trabajar colaborativamente para plasmar por escrito en el acuerdo lo que se ha pactado, pues la filosofía del sistema radica en que lo que se busca no es un contrato a cualquier precio, sino la mejor solución posible. La finalidad es que se dé cumplimiento a lo pactado sin necesidad de ejecución, y no que se inicie un nuevo litigio para anular el acuerdo. Por esta razón es común este plazo de revocabilidad que da una gran tranquilidad a las partes, pues pueden pensar y repensar lo que realmente les interesa. Por otra parte se garantiza con ello que los abogados de las partes incrementen la calidad del acuerdo con el valor añadido de las soluciones que den a los problemas técnicos que se planteen. Una vez que el pacto se ha depurado, se convierte técnicamente en "acuerdo" que ya tiene fuerza contractual y que, posteriormente, podrá ser dotado de fuerza ejecutiva trasladándolo a un título idóneo (escritura pública, transacción judicial y en su caso, homologación judicial).

Con la terminación del procedimiento se devolverán a cada parte los documentos que hubiere aportado. Con los documentos que no hubieren de devolverse a las partes, se formará un expediente que deberá conservar y custodiar el mediador o, en su caso, la institución de mediación, una vez terminado el procedimiento, por un plazo de seis meses.

La renuncia del mediador a continuar el procedimiento o el rechazo de las partes a su mediador sólo producirá la terminación del procedimiento cuando no se llegue a nombrar un nuevo mediador. Sin perjuicio de ello, el mediador podrá denunciar por escrito en el acta final que entregue a las partes, las causas que los términos de la mediación son incompatibles con la ley.

El acta final determinará la finalización del procedimiento y, en su caso, reflejará los acuerdos y pactos alcanzados de forma clara y comprensible, o su finalización por cualquier otra causa.

El acta deberá ir firmada por todas las partes y se entregará un ejemplar a cada una de ellas al objeto de que dentro de los diez días

siguientes, si lo consideran necesario atendiendo la índole del asunto, puedan efectuar las consultas pertinentes a las entidades que representen o a sus letrados y asesores para perfilar técnicamente los términos del acuerdo concretos del acuerdo. Dentro de este plazo cualquiera de las partes puede requerir a la otra para las subsanaciones que procedieran o, en su caso, para revocar el pacto dejando libre la vía contenciosa.

#### 4.6. El acuerdo de mediación y su formalización.

En el acuerdo de mediación, que puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a la mediación, deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones del RDL, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento. Deberá firmarse por las partes o sus representantes y presentarse al mediador, en el plazo máximo de diez días desde el acta final, para su firma, entregándose un ejemplar a cada una de las partes, reservándose otro el mediador para su conservación.

El mediador debe informar a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo.

Las partes pueden elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación. En tal caso el acuerdo se presentará ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento. Para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en el RDL, así como que su contenido no es contrario a Derecho. Cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento los requisitos que, en su caso, puedan exigir los Convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea.

El acuerdo de mediación produce efectos de cosa juzgada para las partes al amparo de lo estipulado en el artículo 1.816 del Código Civil, y frente a él sólo cabrá solicitar la anulación o la revisión conforme a lo establecido en la

Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes.

Para el conocimiento de la acción de anulación del acuerdo de mediación será competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o residencia del reclamante y se sustanciará por los cauces del juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La efectividad voluntaria y la homologación judicial y la ejecutividad de los acuerdos adoptados durante la mediación y su ejecución son una de las partes decisivas de la mediación. Sólo con carácter excepcional tiene sentido recurrir a un procedimiento judicial que el art. 6 de la Directiva estructura en torno a dos fases: la que [ORDÓÑEZ SOLÍS](#) denomina homologación judicial de los acuerdos de mediación y la ejecución judicial forzosa de tales acuerdos de mediación. "Por lo que se refiere a la homologación judicial del acuerdo de mediación, el art. 6.1 de la Directiva ofrece datos sobre su finalidad y sobre sus límites. Por lo que se refiere a su finalidad, esta homologación judicial persigue que en cada Derecho nacional «las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación». El procedimiento judicial debe resultar automático con dos excepciones: que el contenido de ese acuerdo sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud o que la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo; es decir, el juez debe homologar el acuerdo de la mediación salvo que concurran razones de orden público y cuando no quepa la ejecución forzosa de tal acuerdo de mediación. Respecto de la ejecución judicial forzosa, el art. 6.2 de la Directiva dispone: «El contenido del acuerdo podrá adquirir carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que se formule la solicitud».

Una vez formalizado el acuerdo de mediación, tendrá eficacia ejecutiva y será título suficiente para poder instar la ejecución forzosa en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que a la demanda ejecutiva se acompañe copia de las actas inicial y final del procedimiento.

Cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar

del tribunal su homologación judicial mediante auto.

Los acuerdos adoptados durante la mediación en los ámbitos civil, social y contencioso administrativo pueden, en su caso, ser homologados judicialmente como transaccionales, teniendo los demás efectos que las leyes establezcan, pudiendo igualmente ser elevados, en su caso, a escritura pública. La elevación a escritura pública en los casos legalmente previstos producirá los efectos inherentes a la misma que las leyes establecen.

Los acuerdos alcanzados en un procedimiento administrativo se insertarán en el mismo con carácter previo a la resolución que les ponga fin.

Los acuerdos alcanzados en el ámbito penal deberán ser trasladados al procedimiento penal en cuyo seno se adopten para surtir efectos, en caso de existir procedimiento en curso, en aquellos aspectos en que exista capacidad dispositiva de las partes afectadas<sup>42</sup>.

La ejecución de los acuerdos resultado de una mediación iniciada estando en curso un proceso se instará ante el tribunal que homologó el acuerdo. Si se tratase de acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para la ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos, sin perjuicio de lo que dispongan la normativa de la Unión Europea y los convenios internacionales vigentes en España, un acuerdo de mediación que ya hubiera adquirido fuerza ejecutiva en otro Estado sólo podrá ser ejecutado en España cuando tal fuerza ejecutiva derive de la intervención de una autoridad competente que desarrolle funciones

equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas. Un acuerdo de mediación que no haya sido declarado ejecutable por una autoridad extranjera sólo podrá ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás. El documento extranjero no podrá ser ejecutado cuando resulte manifiestamente contrario al orden público español.

## 5. Conclusiones

Se han señalado las principales ventajas de la mediación de conflictos de responsabilidad civil, destacando la rapidez, la economía y la protección de la reputación de las partes en conflicto, como las más significativas. Sin embargo en el fondo de todos los sistemas alternativos de solución de conflictos parece más importante la flexibilidad del método de resolución y su eficacia para posibilitar soluciones útiles, ventajosas para las dos partes, que el efecto secundario de la reducción de la carga de trabajo para los tribunales, que ya de por sí es un valor importante.

Pero como todo aprendizaje es continuo, con el paso del tiempo se irán manifestando las aristas de este sistema y también otras ventajas adicionales, como la delimitación del alcance real de la disputa cuando las partes no alcancen el acuerdo.

El procedimiento de mediación de conflictos de responsabilidad civil no solo se presenta como una solución para atender la solución de miles de asuntos que esperan pacientemente su tramitación en los distintos órdenes jurisdiccionales, sino también como una nueva forma pro activa de afrontar estos conflictos, mediante sistemas que promuevan el acuerdo amistoso fomentado por el uso de la mediación, con beneficios para todos los agentes implicados, reclamantes, aseguradores de responsabilidad civil y asegurados.

Todo ello constituye un argumento para defender la eficiencia del procedimiento de mediación de conflictos de responsabilidad civil, cuando el reclamante ejerza la acción directa contra la compañía aseguradora, dado que en las reclamaciones judiciales que se realizan en la práctica no tienen en cuenta esta opción, ni la existencia de un seguro de esta naturaleza que, por su especialidad, puede contribuir activamente a la solución amistosa del conflicto con los principios apuntados en esta ponencia.

<sup>42</sup> DÍAZ LÓPEZ, JUAN ALBERTO, *Propuestas para la práctica de la mediación penal. Delitos patrimoniales cometidos entre parientes y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona Julio 2011, en <http://www.indret.com/pdf/826.pdf>, última consulta 30 de abril de 2012. Constata el fomento de la mediación en el ámbito penal al amparo de lo establecido por la Decisión Marco del Consejo de 15 de Marzo de 2001 y la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la improbable promulgación a medio plazo una Ley de Mediación Penal y plantea dos propuestas para los delitos patrimoniales cometidos entre parientes y de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en los cuales puede operar como una verdadera alternativa al proceso judicial.