

La responsabilidad civil de los mediadores

Amparo QUINTANA GARCÍA

Abogada y Mediadora

Diario La Ley, Nº 8431, Sección Tribuna, 28 de Noviembre de 2014, Año XXXV, Ref. D-402, Editorial LA LEY

LA LEY 8392/2014

En este artículo se determinan los supuestos en los que pueden responder por daños y perjuicios todas aquellas personas que intervienen en la gestión de un conflicto en calidad de mediadores.

I. LA MEDIACIÓN COMO PROFESIÓN

Probablemente sea la mediación una de las actividades más antiguas del mundo. Resulta difícil imaginarse un núcleo humano sin conflictos y más aún un conflicto sin la intervención de terceras personas pretendiendo que los interesados solucionen sus cuitas de forma amigable y sin consecuencias dramáticas. En este sentido, la historia nos hace llegar diversos vestigios de lo que hoy consideramos gestión positiva de las disputas, desde Confucio hasta el Nuevo Testamento, pasando por el Fuero de Avilés del siglo XI, por citar algunos ejemplos. El mismo Sancho Panza es nombrado mediador cuando la razón obliga a llegar a un acuerdo por los desastres de su señor don Quijote con los títeres de Maese Pedro (segunda parte, Capítulo XXVI).

Ahora bien, desde un punto de vista actual y en lo que a nuestro país respecta, la mediación es una actividad surgida alrededor de los años ochenta del siglo XX, pudiendo decir que es a partir de entonces cuando la resolución de conflictos empieza a configurarse como una profesión. En este sentido, la primera ley de mediación familiar (la de Cataluña de 2001) ya regulaba el llamado estatuto del mediador, es decir, los requisitos exigibles para ejercer como tal, así como su responsabilidad. Esto mismo se repite hasta nuestros días en todas y cada una de las leyes autonómicas, la mayoría de las cuales se aplican a la mediación en temas de familia, salvo la catalana de 2009, que lo es en el ámbito del derecho privado (Ley 15/2009, de 22 de julio (LA LEY 14040/2009)). Es más, dichas normas incluso regulan procedimientos sancionadores precisos.

Por lo que a la Unión Europea respecta, la Recomendación del Comité de Ministros a los Estados Miembros núm. R (98), 1, aprobada por el 21 de enero de 1998, señala que «sin perjuicio de la forma en la que la mediación esté organizada y puesta en funcionamiento, los Estados deberían velar para que existan mecanismos apropiados que aseguren su existencia», enumerando a continuación como dichos mecanismos los «procedimientos para la selección, la formación y la cualificación de los mediadores» y «las normas de "buena práctica" que deben ser elaboradas y seguidas por los mediadores» (principio II, punto c).

Asimismo, el Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil (Bruselas, 19 de abril de 2002 COM 2002) establece en el punto 3.2.3.1 que «la calidad de las ADR se basa esencialmente en la competencia de los terceros responsables de estas. El control de las técnicas exigidas por dichas modalidades requiere una sólida formación. La formación profesional desempeña pues un papel primordial, y no solo desde el punto de vista del funcionamiento de las ADR, de su calidad y, por consiguiente, de la protección de los usuarios de las ADR, sino también en la perspectiva de la libre prestación de servicios que garantiza el art. 49 del Tratado».

Igualmente, el mismo Libro Verde aborda en su punto 3.2.3.3 la cuestión de la responsabilidad de quienes intervienen como terceros, señalando que «en determinadas circunstancias, un tercero pudiera tener que responder de las consecuencias de su intervención en el procedimiento, individualmente si interviene como particular o incluso, en algunos casos y si actúa en un marco público, si cometiera alguna irregularidad en el proceso de ADR. Puede pensarse, por ejemplo, en una violación de la obligación de confidencialidad o en una falta de imparcialidad probada en beneficio de una de las partes. Podría entonces ser responsable en virtud de la responsabilidad civil con arreglo al Derecho Civil de los Estados miembros...».

Por su parte, el art. 11 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (LA LEY 12142/2012), da las pautas para poder ejercer como mediadores, disponiendo, entre otras cosas, la obligatoriedad de contar con formación específica en mediación, así como suscribir un seguro «que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga». Esta norma estatal ha sido desarrollada por el RD 980/2013, de 13 de diciembre (LA LEY 21161/2013), dedicando a la formación de los mediadores el Capítulo II (arts. 3 a 7) y a la responsabilidad el Capítulo IV (arts. 26 a 29).

De todo esto se infiere que existe la voluntad de que la mediación se considere una actividad profesional clara y precisa, alejada de prácticas bondadosas y bien diferenciada de otras ADR que pudieran resultar similares, como la conciliación, por ejemplo. Al hilo de esto y en lo que al ámbito de la UE respecta, desde julio de 2004 existe incluso un Código de Conducta para mediadores, que ha servido de base para la elaboración de la mayoría de cuantos códigos deontológicos y manuales de buenas prácticas se han venido publicando en este campo.

Ahora bien, puede entenderse que la citada voluntad del legislador hacia la profesionalización de la mediación es, al menos en España, más bien teórica, pues no existe para la Agencia Tributaria como actividad económica independiente y ni tan siquiera es obligatoria la inscripción de los mediadores en el Registro del Ministerio de Justicia (art. 11 RD 980/2013, de 13 de diciembre (LA LEY 21161/2013)). Si a esto unimos que, en muchos casos, quienes ejercen la mediación se encuentran adscritos a colegios y corporaciones según su profesión de origen, la situación al respecto es cuando menos paradójica.

Por todo ello, puede considerarse que no incurrirían en responsabilidad aquellas personas que intervinieran como mediadores careciendo de algunos de los requisitos que las leyes establecen para poder ejercer como tales, esto es, el llamado estatuto del mediador.

II. DE QUÉ RESPONDEN LOS MEDIADORES

Centrándonos en la responsabilidad civil, quienes intervienen en la gestión de un conflicto en calidad de mediadores pueden responder por daños y perjuicios en los siguientes supuestos:

1. Responsabilidad contractual

En el ámbito civil y mercantil, el art. 14 Ley 5/2012, de 6 de julio (LA LEY 12142/2012), dispone que «la aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren». Continúa estableciendo el citado artículo que «el perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda», sin perjuicio de las acciones de reembolso que puedan corresponderle a dicha institución.

Como puede observarse, la redacción de este art. 14 es lo suficientemente amplia y ambigua como para comprender un sinnúmero de supuestos que, tal y como sucede en tantas otras cuestiones, será la vía jurisprudencial, a medida que surjan las reclamaciones y si estas se judicializan, la que vaya perfilando los límites de tales «daños y perjuicios». Sin embargo, toda imprecisión genera inseguridad. En este sentido, el antecedente inmediato de la ley que comentamos, es decir, el RDL

5/2012, de 5 de marzo (LA LEY 3708/2012), sí ligaba esa responsabilidad a la actuación con mala fe, temeridad o dolo (art. 14 del citado Real Decreto-Ley), circunstancias que, como ya se ha dicho, no contiene la vigente ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles (LA LEY 12142/2012).

Por otro lado, no todas las mediaciones se regulan por dicha Ley 5/2012, de 6 de julio (LA LEY 12142/2012), sino que existen ámbitos donde no se aplica por expreso mandato de la misma, como el laboral, el penal, con las Administraciones Públicas y en materia de consumo (art. 2.2), estando pendientes de que en el futuro se promulguen leyes sectoriales, en atención al mandato que se recoge en el Preámbulo de la reiterada Ley (punto II), lo que no impide que se medie en esas áreas, como en realidad se viene haciendo desde hace tiempo. Además y como se ha recogido anteriormente, coexisten leyes autonómicas, sin olvidarse tampoco de campos como el escolar o intercultural, cuyos procedimientos o formas de actuación a menudo difieren del utilizado en cuestiones de derecho privado.

Así las cosas, cabe preguntarse de qué hechos o conductas deben responder los mediadores. Parece, prima facie, que la responsabilidad dimana del contrato que vincula a los mediadores con los mediados, esto es, el «encargo» al que aluden tanto la ley estatal de mediación como otras autonómicas. De esta manera, el acta inicial o constitutiva se convierte en el instrumento que vincula a las partes con el profesional que va a mediar en su conflicto. De ese documento nacerán los derechos y deberes de todos ellos y será el marco en que se encuadre la mediación realizada. Por esta razón, deben seguirse las indicaciones establecidas legalmente y que, en lo relativo a la Ley 5/2012, de 6 de julio (LA LEY 12142/2012), son las siguientes (art. 19):

«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.

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.»

Aparte de esto, resulta conveniente que ese primer documento también recoja aquellas cuestiones que puedan resultar relevantes al proceso en concreto, como, por ejemplo:

- En caso de comediación, manera de llevarse a cabo.
- Posibilidad, en su caso, de efectuar sesiones individuales o caucus con cada una de las partes.
- Si se utilizarán métodos electrónicos, determinar cuáles, en qué momento y bajo qué condiciones.
- Tratamiento de las llamadas telefónicas y correos tanto postales como electrónicos.
- Para el caso de mediaciones pluripartitas en que haya grupos que representen iguales intereses, si acudirán todos los interesados o actuarán por delegación. Asimismo, la previsión de una sesión conjunta de todos ellos para evaluar y validar los acuerdos que se vayan tomando.
- Si se acuerda que alguna de las partes (o todas) acudan acompañadas de su abogado o alguna otra persona de su confianza.

- La posibilidad de que no se llegue a acuerdo entre las partes.
- El anuncio de que, al término de la mediación, se extenderá un acta final.
- Cualquier otra cuestión que acuerden las partes y los mediadores.

Esta responsabilidad contractual nacerá en el momento en que los mediadores aceptan, firmándolo, el encargo de intervenir profesionalmente en el conflicto, circunscribiéndose a los supuestos recogidos en dicho documento, por lo que resulta aconsejable que el mismo se redacte en términos comprensibles y unívocos. Asimismo, resultan de aplicación las normas generales reguladoras de los contratos (arts. 1254 y ss. CC (LA LEY 1/1889)).

2. Responsabilidad extracontractual

Cabe igualmente responsabilidad por culpa o negligencia cuando el mediador no haya actuado conforme a las buenas prácticas que le son exigibles en el desempeño de su función. Llegados a este punto, esta mala praxis consistiría en la vulneración de las leyes y códigos deontológicos que le son aplicables y muy concretamente de los principios de la mediación.

En términos generales, las líneas maestras de los deberes deontológicos de los mediadores pueden circunscribirse a los siguientes postulados:

1.º.—Asegurarse de que todas las partes han sido informadas acerca de la función del mediador, de la naturaleza del proceso y, en su caso, de que todas ellas entienden los términos del acuerdo de mediación.

Los mediadores deben estar seguros de que todas las partes entienden lo que es la mediación, en qué consiste, cuál es el papel del mediador en este proceso y la relación de todas las partes con el mediador. No se debería iniciar el proceso de mediación si existiese la mínima duda de que cualquiera de las partes busca en la mediación un objetivo incompatible con la misma (por ejemplo, obtener información, dilatar un procedimiento judicial, hacer terapia o posponer la toma de decisiones).

En caso de menores maduros, personas sometidas a tutela o en supuestos de discapacidad física, psíquica o sensorial de individuos que no han sido incapacitados judicialmente, el mediador deberá cuidar de que la parte sabe y comprende todos los extremos antes indicados y que prestan libre y voluntariamente su consentimiento para iniciar el proceso de mediación.

Asimismo, en el caso de que se llegue a un acuerdo, el mediador deberá estar seguro de que todas las partes lo entienden y que reconocen en el mismo los pactos a que han llegado, exhortándolas a buscar asesoramiento especializado, si fuera preciso.

Para ciertos supuestos de MEDARB, el mediador deberá explicar de qué forma su rol y su relación con las partes pueden alterarse si se convierte en árbitro de la misma disputa, por haber conocido extremos del caso que quizás no saldrían a la luz en un procedimiento de arbitraje. Todo ello, obviamente, con la finalidad de que los mediados puedan dirigirse a otro profesional que actúe como árbitro.

2.º.—Los mediadores deben proteger la participación voluntaria de cada parte.

El derecho de las partes a llegar a un acuerdo voluntario es fundamental para el proceso de mediación. En consecuencia, el mediador debe actuar y llevarlo a cabo de manera que maximice su voluntariedad.

En la mayoría de los casos que no están derivados por los tribunales, las partes en el proceso de mediación llegan dispuestas y capaces de participar en el mismo. Hay ocasiones, sin embargo, que un mediador puede percibir que una parte se siente forzada para iniciar o permanecer en la mediación. En tales casos, el profesional debe estudiar con cuidado con todas las partes y siempre

dentro de los límites de la confidencialidad, si el proceso de mediación debe proseguir o no.

Cuando la mediación es intrajudicial, a menudo los interesados acuden al proceso sintiéndose obligados, pues temen que su negativa a participar en la mediación sea mal visto por el Tribunal y, en consecuencia, pueda redundar en un resultado perjudicial a sus intereses. En tales supuestos, los mediadores han subrayar a las partes la voluntariedad del proceso y que el acuerdo que puedan alcanzar solo será un verdadero acuerdo de mediación si es para su satisfacción mutua.

3.º.—Los mediadores deben ser competentes para mediar en un asunto concreto.

Un mediador debe tener suficiente conocimiento de las cuestiones sustantivas y de procedimiento que se ventilan en el caso concreto. Debe prepararse las sesiones y se negará a mediar en aquellos asuntos para los que no esté preparado.

También se abstendrá de seguir mediando si sobrevienen circunstancias físicas o psicológicas que disminuyan o imposibiliten su capacidad para mediar.

4.º.—Los mediadores deben mantener la confidencialidad del proceso.

Puede que este sea uno de los principios capitales de la mediación, pues quizá la caracterice más que ningún otro. Siendo esto un motivo frecuente por el que muchas personas y empresas se decantan por la mediación para dirimir sus controversias, resulta fundamental que el mediador y todas las partes comprendan y acepten que se trata de un proceso confidencial. Durante la sesión informativa y cuantas veces sea después necesario, se explicará las normas que prohíben la divulgación de la información obtenida en sede de la mediación en ulteriores procedimientos judiciales o arbitrales.

Los mediadores están amparados por el secreto profesional y también se deben abstener de revelar nada que atañe a la mediación, salvo autorización expresa y por escrito de las partes, o cuando le sea requerido por un Tribunal penal [art. 9.2 b) Ley 5/2012, de 6 de julio (LA LEY 12142/2012)]. En este sentido, la Directiva de 21 de mayo de 2008, de la que la ley estatal de mediación es consecuencia, va más allá y concreta más, pues en su art. 7, al establecer las excepciones al principio de confidencialidad, recoge:

«a) Cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona o

b) cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo.»

Por todo ello, un mediador no debe utilizar la información adquirida durante la mediación en beneficio propio o de terceros o para perjudicar los intereses de otros.

Al término del proceso de mediación, los mediadores devolverán a las partes los documentos que le pudieran haber entregado, quedándose solamente con los documentos necesarios para formación del expediente, que podrá destruirse pasado un tiempo (cuatro meses según el art. 22.1, párrafo segundo in fine de la ley estatal de mediación en asuntos civiles y mercantiles).

5.º.—Los mediadores deben dirigir el proceso de manera imparcial y neutral.

Un mediador debe permanecer imparcial a lo largo del proceso de mediación y debe evitar que cualquier perjuicio o sesgo personal perturbe su actuación profesional.

Deberá establecer un procedimiento equilibrado, dando a las partes la oportunidad adecuada para participar. Si el mediador se vuelve incapaz de mantener la imparcialidad, debe retirarse. En consonancia con todo esto, los mediadores deberán cuidarse de aceptar regalos de valor o prebendas de una de las partes, especialmente si esos artículos son aceptados en tal momento y de tal forma que hagan poner en duda la integridad del proceso de mediación.

Un mediador debe también evitar los conflictos de intereses en recomendar los servicios de otros profesionales. Si el mediador no puede hacer una recomendación personal sin crear un conflicto potencial o real de interés, deberá informar de ello a las partes, para que decidan libremente.

Los mediadores no tomarán decisiones por ninguna de las partes, ni les impondrán soluciones.

6.º.—Los mediadores deben abstenerse de prestar asesoramiento.

Todo asesoramiento legal o de cualquier otra índole (fiscal, psicológico, técnico, etc.) implica una toma de postura y, en consecuencia, puede percibirse por una de las partes como un posicionamiento a favor de la otra.

7.º.—Los mediadores deben retirarse del proceso si la mediación se utiliza para conseguir algo ilegítimo, ilegal o en fraude de ley y con abuso de derecho.

Conocidas esas circunstancias por los mediadores, continuar con el proceso podría vulnerar la buena fe que, como principio general, informa toda mediación. El mediador puede renunciar a iniciar o continuar con la mediación, informando de ello convenientemente a las partes.

Así las cosas, conviene reseñar en el acta inicial de la mediación una serie de cuestiones que, en caso de reclamación por parte de alguno de los mediados, puedan iluminar acerca de las circunstancias en que se desarrolló el proceso. A título de ejemplo, deberían recogerse de manera clara:

- Los principios de la mediación, aunque durante la sesión informativa se hayan explicado ampliamente y las partes hayan dado muestras de haberlos comprendido.
- Los supuestos de exoneración del deber de confidencialidad.
- Reglas básicas de comportamiento de los participantes y la posibilidad de dar por concluida la mediación en caso de incumplimiento de las mismas.
- En su caso, que las partes han sido informadas de cualquier circunstancia que puede afectar a la imparcialidad de los mediadores.

En otro orden de cosas, cabe preguntarse si existe la posibilidad de responder también por hechos de terceros, es decir, de aquellas personas que colaboren o trabajen bajo la supervisión o jerarquía del mediador (art. 1903 CC (LA LEY 1/1889)). En este sentido, la respuesta debe ser afirmativa en base a la presunción de culpa in vigilando y sin perjuicio del derecho de repetición contra el agente del daño. En estos casos, los mediadores deberán estar atentos a que sus colaboradores o empleados guardan secreto de cuanto conozcan en el ámbito de su trabajo, pues tal vez sea la falta de confidencialidad el principio más veces susceptible de ser vulnerado por esos terceros. Resulta más difícil que infrinjan la neutralidad, la imparcialidad o la voluntariedad, por referirse estas cuestiones a la actividad específica de quien es mediador en el conflicto.

III. ALGUNAS CUESTIONES FINALES

No debe olvidarse que los mediadores proceden de diferentes profesiones, por lo que habrá que diferenciar bien entre cuándo se está llevando a cabo una labor de mediación y cuándo, por el contrario, se interviene en calidad de abogado, psicólogo, educador, trabajador social, médico, etc.

No basta con observar las reglas de conducta de las profesiones de origen, sino que han de atenerse a los postulados éticos propios de la mediación que, como se viene refiriendo a lo largo de este artículo, quedan diseminados entre diversos códigos deontológicos y leyes de mediación.

Asimismo y dado que existen instituciones de mediación directamente ligadas a colegios profesionales de abogados, procuradores, psicólogos, economistas y otros, sería conveniente que dichas instituciones contaran con manuales de buenas prácticas o códigos de conducta especiales y separados de los que son comunes para el resto de colegiados.

Para terminar, tampoco se debe dejar de lado la verdadera esencia de la mediación y los valores que la sustentan, como la confianza que se establece entre los mediados y los mediadores, así como la capacidad de unos y otros para establecer un diálogo distinto que, a la postre, será lo que facilite un cambio en la relación de las partes y allane el camino hacia la corresponsabilidad de todas ellas respecto al conflicto común. Por esta razón, las cautelas que los mediadores puedan tomar en aras de delimitar su actuación y, por tanto, anticipar una posible defensa en caso de reclamación, no deben empañar la sustancia y las particularidades propias de la mediación. Las actas o documentos que se redacten deben dejar traslucir que han sido realizados por mediadores, sin descuidar el lenguaje colaborador, equilibrado, neutral y positivo que les diferencia de otras profesiones.

IV. BIBLIOGRAFÍA

— ALZATE, R. y MERINO, C., «Principios éticos y código de conducta para personas y entidades m e d i a d o r a s », d i s p o n i b l e e n : http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Documents/ARXIUS/codi_eti_c_alzate_merino.pdf.

— CARRETERO MORALES, E., «El estatuto del mediador civil y mercantil», *Revista de Mediación*, vol. 7, núm. 1, 2014, disponible en: <http://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2014/05/Revista-Mediacion-13-2.pdf>.

— CERVANTES SAAVEDRA, M., *Don Quijote de La Mancha*, Instituto Cervantes, 1998.

C ó d i g o d e C o n d u c t a E u r o p e o p a r a M e d i a d o r e s
http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf.

— LAUROBA, E., BARRAL, I. y VIOLA, I., *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2011.