

PUBLICADO EN “TIPOLOGÍA CONTRACTUAL DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS”, SÁNCHEZ GARCÍA, A. Y LÓPEZ PELÁEZ, P. (EDS.) ARANZADI, MADRID, 2016. ISBN 978-84-9098-646-2, PÁGS. 139-163

FIGURAS CONTRACTUALES DE COBERTURA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MEDIADOR

Verónica del Carpio Fiestas

Abogada. Profesora Asociada de Derecho Civil (UNED)

Sumario: 1.- Introducción: marco normativo. 2.- Planteamiento general y metodología. 3.- Naturaleza jurídica y alcance de la obligación de aseguramiento. 4.- El seguro de responsabilidad civil. 5.- La “garantía equivalente” al seguro de responsabilidad civil: posibles tipologías contractuales y criterio normativo. 6.- Obligación accesoria a la de aseguramiento: la información de la cobertura de responsabilidad civil y la constancia en el acta inicial. 7.- Consecuencias de la falta de aseguramiento o de información sobre el aseguramiento. 8.- Alcance de la responsabilidad de mediador

Resumen

El presente capítulo tiene como finalidad estudiar las figuras contractuales de cobertura de la responsabilidad civil profesional del mediador en el Derecho español, y, en concreto, en el llamado Derecho Común y en la mediación regulada en la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su normativa de desarrollo. Se describe el alcance de esa responsabilidad civil, y por tanto de las funciones y obligaciones del mediador, y la obligación legal de cubrirla con un aseguramiento, y se analizan las fórmulas para ello.

Palabras clave: mediación, Derecho español, responsabilidad civil

Keyword: Mediation, Spanish Law, Liability

1. Introducción: marco normativo

En el presente capítulo se analiza la normativa aplicable en España a la mediación civil y mercantil, regulada en Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (publicada en el Boletín Oficial del Estado –en adelante BOE- nº 162 de 7 de julio de 2012, y vigente desde 27 de julio de 2012), en lo que respecta, concretamente, a las figuras contractuales de cobertura de la responsabilidad civil exigible al mediador.

Con carácter reglamentario se ha dictado por el Gobierno el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE nº 310, de 27 de diciembre de 2013 y plazos de vigencia escalonados para distintas cuestiones, y ya íntegramente vigente). Ha de tenerse en cuenta 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, normativa que da lugar a que se dicte la española previa a la Ley 5/2012, es decir, el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE nº 56, de 6 de marzo de 2012), convalidado por Resolución del Congreso de los Diputados de 29 de marzo de 2012 (BOE nº 87, de 11 de abril de 2012); hizo uso el Gobierno de la vía del Real Decreto-Ley, constitucionalmente solo posible por extraordinaria y urgente necesidad, aquí concretada en haber finalizado plazo de incorporación de la Directiva.

El marco normativo se completa con una orden ministerial del Ministerio de Justicia, la Orden JUS/746/2014, de 7 de mayo, por la que se desarrollan los artículos 14 y 21 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre y se crea el fichero de mediadores e instituciones de mediación (BOE nº 113, de 9 de mayo de 2014).

La Ley impone una obligación legal de aseguramiento al mediador civil y mercantil, en términos imprecisos. Del incumplimiento de la obligación, aparte de la teórica posibilidad de que quien efectúa el encargo de mediación pueda exigir judicialmente que se cumpla ese deber de aseguramiento por el mediador y de los demás extremos aquí tratados, pudiera darse la consecuencia, en su caso, de que se entendiera vulnerada normativa administrativa

de Derecho de Consumo, con la sanción administrativa correspondiente. Ni ese enfoque ni esa hipotética normativa se toman en cuenta en el presente trabajo.

2. Planteamiento general y metodología

Ha de resaltarse, porque condiciona el estudio, que no consta jurisprudencia en jurisdicción civil, ni siquiera jurisprudencia menor¹, ni sobre la legislación preexistente. Tampoco parecen existir, o no ha sido posible localizar, datos estadísticos oficiales totales de mediación civil, salvo los recogidos en la estadística judicial oficial para mediación intrajudicial en civil², ni sobre siniestralidad.

El estudio se centra en el caso del mediador individual, sin perjuicio de referencias a las instituciones de mediación. Lo que se analiza no es extensible a otros casos, incluso conexos. En concreto, no se incluye la mediación concursal, con regulación específica dentro de la misma normativa general de mediación civil y mercantil y con un interesante seguro obligatorio y unas “*garantías equivalentes*” al seguro que no se exigen en idénticos términos

¹ En la base de datos oficial CENDOJ, que incluye sentencias del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales, y en varias bases de datos jurisprudenciales privadas de referencia consultadas, no ha sido posible localizar sentencias sobre responsabilidad civil del mediador, ni de cuestiones relacionadas salvo muy indirectamente, incluso aunque sea sobre normativa preexistente. Los medios de comunicación tampoco parecen reflejar casos litigiosos en primera instancia; lo que se menciona con las obvias cautelas que merece tal tipo de fuente de información.

² El número de mediaciones intrajudiciales en civil es reducido, aunque creciente. Según el informe del Consejo General del Poder Judicial “*Mediación intrajudicial en España: datos 2014*”, estadística de mediaciones intrajudiciales civiles –excluyendo familiares–, hubo 549 derivaciones, con 119 mediaciones, y 37 finalizaron con acuerdo; en 2013 las finalizadas con acuerdo fueron 31. Los datos no permiten afirmar que todas las mediaciones lo fueran siempre en sentido técnico de la ley. No distingue casos en función de que estuviera íntegramente vigente o no el Real Decreto. Web oficial del Consejo General del Poder Judicial, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Datos-estadisticos/Mediacion-intrajudicial-en-Espana-datos-2014>.

a los mediadores civiles y mercantiles; se trata de un polémico supuesto ampliamente examinado por la doctrina³.

Esta Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles establece cauces procedimentales delimitados a la actividad mediadora que se desarrolla en su ámbito. Mediaciones de carácter informal que no se incardinan en el ámbito de esta Ley -lo que no obsta a que sean posibles, lícitas y frecuentes-, no dan lugar a los deberes y responsabilidades de esta, ni a la obligación de cobertura -y accesorias de información y constancia en acta-, sin perjuicio de que pueda exigirse responsabilidad, si procede, por otras vías. Por tanto, no se analizan aquí.

Delimitado el objeto de estudio, habrá que determinar la obligación de cobertura y los mecanismos contractuales para ello, con referencia a las funciones y obligaciones legales del mediador, para plantear la responsabilidad civil profesional jurídicamente exigible. Con normativa tan reciente y sin jurisprudencia no puede prescindirse de la tramitación parlamentaria y prelegislativa de la ley y la prelegislativa del decreto de desarrollo reglamentario. En concreto la Ley 5/2012 proviene de un Real Decreto-Ley dictado en la misma legislatura con discutible técnica legislativa por el Gobierno, el Real Decreto-Ley 5/2012 que, tras ser convalidado por el Congreso, finalmente fue tramitado como proyecto de ley; es decir, que en rigor la Ley 5/2012 carece de tramitación prelegislativa, y otro tanto sucede de su precedente Real Decreto-Ley, aunque prescindir en el estudio de los informes previos resultaría inidóneo, de igual modo que no se puede soslayar que se trata de una línea legislativa única y en una misma legislatura, que empezó un Real Decreto-Ley

³ CANDELARIO MACÍAS, María Isabel, *“El seguro del mediador concursal”*, Revista Española de Seguros, nº 159, Julio 2014, pp. 257-284; TAPIA HERMIDA, Alberto J., *“El seguro obligatorio de responsabilidad civil de los mediadores concursales”*, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, nº 21, 2014, pp. 41-51; SANTAELLA SÁEZ, Oscar, *“Seguro «obligatorio» de responsabilidad civil del administrador concursal o garantía equivalente y régimen de responsabilidad del mismo”*, Diario La Ley, nº 7966, 2012; MUÑOZ VILLAREAL, Alberto, *“El aseguramiento de la responsabilidad civil de los administradores concursales”*, Revista Jurídica de Castilla y León, nº 31, septiembre 2013; DE LA MORENA SANZ, Gregorio y Ana, *“El seguro de responsabilidad civil y garantía equivalente de los administradores concursales”*, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, nº 18, 2013, pp. 357-367.

reconvertido en ley, se desarrolló por un Real Decreto y ha concluido con la orden ministerial citada.

La redacción y oportunidad del Real Decreto-Ley derogado fue justificada en la tramitación parlamentaria de convalidación por el a la sazón Ministro de Justicia en los siguientes términos: *“El mediador ha de tener, obvio, una formación general que le permita desempeñar esta tarea, pero sobre todo lo que tiene que poder hacer es ofrecer una garantía inequívoca a las partes por la responsabilidad civil en la que pudiese incurrir⁴”*. Hasta qué punto ello sea efectivamente así, lo determinará el análisis.

3. Naturaleza jurídica y alcance de la obligación de aseguramiento

El aseguramiento se impone con carácter general como obligación de carácter legal para todo mediador personal incluido en el ámbito de la ley y por tanto en el del decreto de desarrollo, y a la institución de mediación. Cuestión distinta es con qué eficacia y alcance se lleva a efecto en la regulación concreta. Se observan significativas disfunciones.

Según el artículo 11.3 de la Ley 5/2012, *“Condiciones para ejercer de mediador”*, dentro del Título III, *“Estatuto del mediador”*, y en idénticos términos al mismo precepto del precedente Real Decreto-Ley 5/2012, *“El mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga.”*.

Se establece, pues, una obligación legal de aseguramiento con rango de ley, que desarrolla con carácter reglamentario el Real Decreto 980/2013 principalmente en su capítulo IV, artículos 26 a 29.

⁴ Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, Año 2012, X Legislatura Núm. 23, Sesión plenaria núm. 22, celebrada el jueves, 29 de marzo de 2012.

El artículo 26 del Real Decreto, al regular la *“obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil profesional del mediador”*, detalla lo siguiente:

“1. Todo mediador deberá contar con un contrato de seguro de responsabilidad civil o una garantía equivalente por cuya virtud el asegurador o entidad de crédito se obligue, dentro de los límites pactados, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del mediador asegurado de la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados en el ejercicio de su función.

2. Este seguro o garantía podrá ser contratado a título individual por el mediador o dentro de una póliza colectiva que incluya la cobertura de la responsabilidad correspondiente a la actividad de mediación.

3. Cuando se trate de mediadores que actúen dentro del ámbito de una institución de mediación la cobertura de los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la actuación del mediador podrá ser asumida directamente por la institución de mediación.”

Partiendo del citado artículo 11.3 de la Ley 5/2012, no se establece en realidad una sola obligación legal de aseguramiento de la actividad de mediación, sino dos: la del mediador individual (artículo 26 del Real Decreto 980/2013) y la de la institución de mediación (artículo 29 del mismo decreto). La institución de mediación puede intervenir en la mediación o no, según los casos, y se le impone el deber asegurar su propia actividad y en especial la designación del mediador.

Ahora bien, por una parte en puridad resulta difícil afirmar que la Ley 5/2012 contenga una delimitación sistemática de responsabilidades del mediador, algo indispensable para determinar el alcance efectivo de la obligación de aseguramiento, y por otra parte resulta insuficiente la referencia normativa legal y reglamentaria a la cobertura y a los deberes de los que deriva responsabilidad civil. Exigir *“seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga”*, como dispone el artículo 11. 3 de la Ley, resulta en exceso impreciso, y no solo para determinar cuál debe ser exactamente la cuantía de aseguramiento, algo que no ha querido incorporarse a la normativa reglamentaria fijando siquiera un mínimo.

El Proyecto de Real Decreto de 13 de noviembre de 2012, partiendo del criterio general de un aseguramiento proporcional en abstracto, sí preveía expresamente en su artículo 26 una suma mínima asegurada: 20.000 euros⁵. Sin embargo, finalmente ni la Ley ni el Real Decreto fijan cuantía mínima.

Ello plantea dificultades incluso a efectos de determinar la propia tipología contractual de aseguramiento, además de para aplicar ese aseguramiento. Lo que TAPIA HERMIDA deplora, con razón, respecto del problema práctico de cuantificar de forma exacta el importe del aseguramiento, en contra de las reglas aplicables en la normativa de seguros, con referencia al seguro de responsabilidad civil del mediador concursal⁶, por la dificultad de la referencia genérica del artículo 28 del Real Decreto a que *“la suma asegurada o garantizada por los hechos generadores de la responsabilidad del mediador, por siniestro y anualidad, será proporcional a la entidad de los asuntos en que intervenga”*, porque la cuantificación de la suma asegurada es un elemento esencial en los seguros obligatorios de responsabilidad civil, puede ser extensible al resto de mediadores de la Ley 5/2012 y al caso de las *“garantías equivalentes”*.

El límite cuantitativo no está definido, ni tampoco, ante ese carácter de concepto jurídico indeterminado, consta con certeza quién deba acreditar, analizar y controlar cuál sea la *“entidad de los asuntos en que intervenga”* el mediador, a efectos de considerar o no

⁵ PEREIRA PARDO, M^a del Carmen, BOTANA CASTRO, Vanesa; FERNÁNDEZ MUIÑOS, Beatriz, *“La mediación paso a paso. De la teoría a la práctica”*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 59. Texto completo del proyecto de 13 de noviembre de 2012 en la web oficial de la Universidad Complutense de Madrid, <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-40822//proyectomediacion2012.pdf>. El preámbulo del proyecto decía lo siguiente: *“La regulación de este aseguramiento se limita a una previsión de la cobertura del seguro o garantía de la que debe contar el mediador, la cual comprende los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de los principios que le vinculan y que son los de imparcialidad y confidencialidad. A estos daños se suman los derivados de la comisión de errores o de la pérdida de documentos o, incluso, el expediente. Finalmente, la regulación de la suma asegurada se hace depender de la importancia económica de los asuntos en los cuales interviene el mediador, evitando así barreras desproporcionadas para el acceso a esta profesión”*.

⁶ TAPIA HERMIDA, Alberto J., (*op. y loc. cit.*, p. 43).

suficiente la proporcionalidad de la garantía del tipo que sea. El mediador ya se encuentra con la decididamente infrecuente obligación de asegurar con la accesoria de informar de ello a quien lo contrate, cuestión que se analiza *infra*. Y además a quien decida voluntariamente inscribirse como mediador le impone el Real Decreto unos mecanismos de comprobación, conforme al artículo 15.2 (*“alta y comprobación de datos”*, apartado sobre acreditación de circunstancias para el alta, inciso *“y que ha suscrito un contrato de seguro o garantía equivalente para la cobertura de su responsabilidad civil”*), y otro tanto para las actualizaciones de datos conforme al artículo 16 (*“Actualización de datos. El mediador inscrito en el Registro estará obligado a comunicar, a través de la sede electrónica del Ministerio de Justicia, la modificación de sus datos, en especial la que se refiera a la cobertura de su responsabilidad civil [...]”*).

No hay duda de que para inscribir hace falta acreditar una póliza de seguros o garantía equivalente -signifique esto último lo que signifique, lo que se analiza *infra*- proporcional. Pero ¿asegurando o garantizando qué cuantía concreta y con qué características?

No parece acomodado al principio de seguridad jurídica efectuar una interpretación extensiva de dichos preceptos y que pueda quedar a la apreciación del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, un registro administrativo dependiente del Ministerio de Justicia, cómo se valora la proporcionalidad del aseguramiento, es decir, qué tipo y número de asuntos se llevan, ni su relevancia económica, ni los riesgos asumidos. La proporcionalidad del aseguramiento solo puede comprobarse por ese Registro, o por quien sea, accediendo a la información concreta de la totalidad de actividad del mediador, la cual puede estar sometida a confidencialidad e incluso secreto profesional con alcance penal, y abarcar más actividades que la propia mediación. Tampoco la normativa específica aclara exactamente cuáles son todos los *“hechos generadores de la responsabilidad”*.

Por mencionar un detalle: una póliza de seguro de responsabilidad civil que cubra más actividades aparte de la mediación, como por ejemplo una colectiva o individual en la abogacía, cubre otros riesgos profesionales aparte de los de la mediación; y si esa póliza es

proporcional o no para cubrir el riesgo solo puede determinarse examinando el conjunto de actividad, por supuesto documentadamente, y, si se apura, comprobando incluso el dato de siniestralidad con los partes a la aseguradora. Sin disponer de toda esa masa de información difícilmente se podría apreciar y decidir con conocimiento de causa si la cobertura resulta o no proporcional, y la normativa de mediación no prevé aportarla. Se proporciona información “*mediante declaración responsable sobre su veracidad*” (artículo 14.1 del Real Decreto) y “*en relación con la cobertura de la responsabilidad, sólo se indicará la existencia de la póliza o garantía equivalente, la entidad con la que se ha constituido y la cuantía garantizada*” (artículo 15.3). Los límites de la comprobación de datos comunicados por “*declaración responsable*” -es de suponer que conforme al vigente artículo 71.bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común- no parece que puedan alcanzar a obligar a acreditar todo ello.

Como no sea con mero carácter formulario, una comprobación individual efectiva de si la cobertura es o no proporcional no parece posible, ni en la teoría ni en la práctica, sin un análisis documentado de riesgos que, además de exceder razonablemente las funciones de ese tipo de Registro administrativo, podría infringir principios básicos de la propia mediación, como la confidencialidad, de normativa protección de datos o de la actividad concreta de profesionales sometidos a secreto profesional, como los abogados.

En definitiva, que resulta difícil no concluir que para inscribirse y continuar inscrito en el Registro de Mediadores basta con disponer de cualquier póliza de seguros de responsabilidad civil que pueda cubrir la actividad de mediación en abstracto y al corriente de pago de la prima, y sea o no la cobertura en efecto proporcional y sea cual sea la suma asegurada. En cuanto al caso concreto de las “*garantías equivalentes*”, se trata en epígrafe separado de este estudio.

La cuestión es un tanto diferente en el caso de las instituciones de mediación. Se les exige informar al Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación sobre detalles de

funcionamiento, incluyendo número de asuntos, aunque no entidad (artículo 21.1.h del Real Decreto).

Por otra parte, la Ley y el Real Decreto no parecen establecer consecuencias prácticas generales para caso de incumplimiento de la obligación de aseguramiento del mediador, pese a que el artículo 26 del Real Decreto resulta muy explícito al establecer ese aseguramiento como obligación legal (*“Artículo 26. Obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil profesional del mediador”*), más que para el mediador inscrito voluntariamente en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación.

Porque no de olvidarse que la inscripción en ese Registro no se plantea con carácter obligatorio –exceptuando siempre al mediador concursal–, sino voluntario (artículo 11 del Real Decreto), si de mediador individual no concursal se trata:

“Artículo 11. Voluntariedad de la inscripción.

1. La inscripción de los mediadores que desarrollen la actividad de mediación de conformidad con las previsiones de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles y de las instituciones de mediación en el Registro será voluntaria.

No obstante, será requisito previo la inscripción en el Registro para el nombramiento como mediador concursal conforme a lo establecido por el apartado 1 del artículo 233 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”.

Incluso la inscripción, cuando la hay, no garantiza que esa obligación de aseguramiento se cumpla en todo momento y con el alcance indeterminado que prevé la normativa, ni exime de responsabilidad sobre el cumplimiento o no de los requisitos para la inscripción. Según el artículo 11.2 del Real Decreto, *“La inscripción en el Registro no excluye la responsabilidad del mediador ni de la institución de mediación respecto del cumplimiento de los requisitos que les son exigibles ni la que les corresponda en el ejercicio de su actividad.”*

4. El seguro de responsabilidad civil

Es discutible si el seguro de responsabilidad civil expresamente previsto en primer lugar en la normativa de mediación como sistema de aseguramiento puede calificarse de “seguro obligatorio”⁷, como en otros ámbitos. No resulta ineludible usar la fórmula jurídica de la póliza de seguro -caben alternativas contractuales de aseguramiento, la “*garantía equivalente*”-, y la norma, en sentido estricto, no impide en todos los casos la posibilidad práctica de mediar sin tener cumplida la obligación de aseguramiento ni establece sanción general por ello. Solo respecto de los mediadores inscritos en el Registro de Mediadores existe un mecanismo oficial de comprobación, de dudoso alcance como se ha dicho, de que tal aseguramiento concurre inicialmente y se mantiene: la exigencia de acreditación inicial para el alta (a tenor del artículo 14.1.f del Real Decreto) y la exigencia de actualización de datos, con referencia específica para la justificación del aseguramiento (artículo 16 del Real Decreto). Y solo para los voluntariamente inscritos existe una consecuencia legal en la propia normativa de mediación si se incumple la obligación de aseguramiento: la imposibilidad de estar o seguir en ese Registro de Mediadores; según el artículo 17.1.a del Real Decreto, entre las causas de baja en el Registro se encuentra “*La extinción del contrato de seguro de responsabilidad profesional o de la garantía equivalente, sin que proceda a la celebración de un nuevo contrato o constitución de una nueva garantía*”.

En contraste con mucho más complejo caso de la “*garantía equivalente*”, poca duda de identificación contractual permite la figura jurídica del seguro de responsabilidad civil profesional; cuestión diferente es que pueda discutirse si se trata o no de un seguro obligatorio en el caso concreto ante las dificultades que además plantea la cuantificación de

⁷TAPIA HERMIDA, Alberto J. (*op. y loc. cit.*, pp. 44-45) entiende configurado el seguro de responsabilidad civil del mediador concursal como un seguro especial y obligatorio de responsabilidad civil, con muy atendibles razones. Aparte de que también concurre aquí la indefinición cuantitativa de cobertura que plantea problema en el caso del mediador concursal, podría discutirse si es exactamente extensible al caso de los mediadores no concursales, para quienes la inscripción en el Registro de Mediadores no se establece como obligatoria y sin que, pese a la aparente firmeza de la dicción legal, se prevea una consecuencia general en caso de no suscribirse.

la suma asegurada y las amplias posibilidades de análisis que en general ofrecería⁸. Nos encontramos ante un seguro que puede contratarse de forma individual o colectiva, y la póliza no necesariamente ha de ser exclusiva para cubrir solo mediación, y así lo dispone la propia normativa de mediación.

La práctica demuestra que resulta habitual que los riesgos de la mediación queden cubiertos por una póliza con cobertura sobre otras actividades profesionales. Puede ser el caso, por ejemplo, de abogados con pólizas colegiales colectivas⁹. Veamos el caso concreto del abogado.

El vigente Estatuto de la Abogacía aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio (BOE nº 164, de 10 de julio de 2001) no impone en sentido estricto el aseguramiento al abogado en el ejercicio de su profesión, aunque lo prevé. Según el preámbulo del Estatuto, *“Un avance muy particular para el cliente en su relación con el abogado lo constituye el hecho de que por primera vez sean los Colegios de Abogados los que puedan prestar servicios para el aseguramiento de la responsabilidad profesional en la que pueda incurrir el abogado. Esto constituye una nueva garantía que redundará en la mejora del servicio profesional prestado. El cliente podrá, a partir de ahora, exigir unos servicios profesionales de mayor calidad y acordes con las demandas sociales”*. El apartado 4.1.i) incluye entre las competencias de los Colegios *“organizar y promover actividades y servicios comunes de interés para los colegiados, de carácter profesional [...], incluido el aseguramiento obligatorio de la*

⁸ Vd. PERALES VISCASILLAS, Pilar, *“El seguro de responsabilidad civil en el arbitraje (El seguro de responsabilidad civil de los árbitros y de las instituciones arbitrales)”*, ISBN: 978-84-9844-419-3, Fundación Mapfre, 2013. Este exhaustivo estudio ofrece amplio campo de posibilidades de comparación y en su caso analogía con seguro de responsabilidad civil y las responsabilidades del mediador.

⁹ Se ha tenido acceso a pólizas colectivas, para compararlas con las responsabilidades previstas en el Real Decreto 980/2013, y no solo a efecto de cuantías, que parecen ser variadas. En el punto concreto de la mediación, una del Colegio de Abogados de Barcelona excluía por ejemplo, lo que parece encajar en vulneración del deber de imparcialidad y problemas informáticos; otra del Colegio de Abogados de Madrid, el quebrantamiento del secreto profesional. Y por poner un ejemplo de póliza colectiva ajena a la abogacía, una a la que se ha tenido acceso parecía estar planteada desde el punto de vista de responsabilidad general de explotación, sin específica referencia a mediación.

responsabilidad civil profesional cuando legalmente se establezca". Este último inciso "*cuando legalmente se establezca*", de carácter hipotético permite diversas interpretaciones. Salvo error, y aparte del caso del mediador concursal o actividades concretas que con frecuencia ejercen abogados (como el arbitraje, con exigencia de seguro establecida en la Ley 11/2011 de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado), solo se ha impuesto legalmente para las sociedades profesionales, a tenor del artículo 11.3 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, norma que afecta a todo tipo de profesionales, abogados o no.

Cuestión distinta es hasta qué punto una obligación deontológica, que además tampoco establece el seguro como obligación expresa, debe entenderse o no como obligación legal. El Código Deontológico de la Abogacía Española establece en su artículo 21 lo siguiente: "*Cobertura de la responsabilidad civil. 1. El Abogado deberá tener cubierta, con medios propios o con el recomendable aseguramiento, su responsabilidad profesional, en cuantía adecuada a los riesgos que implique. 2. El Abogado que preste servicios profesionales en otro Estado Miembro de UE de acogida diferente de aquel donde este incorporado, deberá cumplir las disposiciones relativas a la obligación de tener un seguro de responsabilidad civil profesional conforme a las exigencias del Estado Miembro de origen y del Colegio de acogida*". No es de extrañar que de *lege ferenda* se intente incluirlo de forma expresa en la normativa profesional básica, que es el Estatuto de la Abogacía¹⁰.

¹⁰ Con fecha 12 de junio de 2013 fue aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española un nuevo Estatuto, remitido para su aprobación, en su caso, al Gobierno, sin que hasta el momento este haya dictado el Real Decreto; a todos los efectos, pues, continúa vigente el Estatuto de 2001. Entre los requisitos para la colegiación el texto de 2013 incluye una novedad sobre la obligación de aseguramiento (artículo 8.1.i): "*Contratar un seguro de responsabilidad civil cuyo objeto será el de cubrir las responsabilidades en que pueda incurrir el Abogado por razón de su ejercicio profesional. Los Colegios de Abogados adoptarán las medidas oportunas para facilitar este aseguramiento. No obstante, el seguro no se exigirá a los profesionales que actúen exclusivamente al servicio de una Administración Pública o cuando la actividad profesional se ejerza exclusivamente por cuenta de otro que ya tenga asegurada la cobertura por los riesgos que comprende el ejercicio de la profesión*".

Se da pues la paradoja de que la normativa vigente no exige con carácter obligatorio el aseguramiento de la responsabilidad civil del abogado por norma en sentido estricto –salvo el caso de las sociedades profesionales–, aunque sí podría entenderse como obligación deontológica y por tanto comprendida entre las obligaciones profesionales, y que sin embargo la actividad de mediación, por supuesto no exclusiva de abogados, pero sin duda ejercida en cierta medida por ellos, sí lo requiere con norma con rango de ley, y este aseguramiento obligado quede cubierto con pólizas colectivas o individuales de abogacía.

Por otra parte, sostiene CANDELARIO MACÍAS, al analizar el aseguramiento del mediador concursal¹¹, que *“Se infiere del tenor legal que difícilmente se podrán establecer a priori pólizas estándar y se habrá de estar casuísticamente al supuesto objeto de mediación concursal, extremo que comporta que el Departamento de riesgos y/o siniestros de las Compañías aseguradoras sea especializado en esta temática”*. Análoga observación procedería respecto del seguro de responsabilidad civil del mediador no concursal y para pólizas individuales y colectivas; en cada mediador concurren sus propias circunstancias que obliguen a cálculo individual, según la entidad y número de asuntos que lleve. Nada impide, por otra parte, que un seguro colectivo, si resulta insuficiente la cobertura, pueda ser ampliado o completado por el mediador. Y en relación con lo expuesto *supra* de la dificultad de que el Registro de Mediadores pueda valorar si la póliza es o no proporcional, nada más claro para explicarlo que lo aludido por CANDELARIO MACÍAS.

5. La “*garantía equivalente*” al seguro de responsabilidad civil: posibles tipologías contractuales y criterio normativo

La “*garantía equivalente*” a un seguro de responsabilidad civil, expresión del artículo 11.3 de la Ley 5/2012 no definida en la propia Ley, requiere interpretación, sin que el Real Decreto 980/2013 de desarrollo, en su artículo 26 y en general en su CAPÍTULO IV (“*El seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente de los mediadores e instituciones de mediación*”),

¹¹ CANDELARIO MACÍAS, María Isabel, *op. y loc. cit.*, p. 281.

o ni otro apartado, haya aclarado la fórmula contractual exacta a la que se refiere. El artículo 11.3 de Ley menciona un “seguro” y el decreto lo concreta en un “seguro de responsabilidad civil”, pero la “garantía equivalente” ni se desarrolla ni se aclara en esa norma reglamentaria.

Según ROGEL VIDE¹² al analizar el concepto “garantía equivalente” en la Ley 5/2012, “al margen del seguro, en lugar del mismo, es posible, está permitido aportar garantías, garantías que, como es sabido, pueden ser reales y personales, figurando, entre estas últimas, la fianza, a la que el Código civil dedica el Título XIV del Libro IV, De las obligaciones y contratos –artículo 1822 a 1856-”. Se comparte plenamente esa afirmación; veamos cuáles pueden ser esas “garantías equivalentes” en la práctica legislativa en general.

Nuestro ordenamiento jurídico viene empleando de un tiempo a esta parte la expresión “garantía equivalente” en ámbitos diversos. Parece tratarse de un concepto jurídico indeterminado que puede incluir garantías de distinto tipo, y no parece estar definido en una norma general con rango de ley ni en la jurisprudencia. Puede resultar ilustrativo a efectos de interpretación una referencia no exhaustiva a normativa reciente.

Por ejemplo, una ley de 2002 permitía el redondeo del tipo de interés variable en “los créditos y préstamos garantizados mediante hipoteca, caución, prenda u otra garantía equivalente”¹³. Por ceñirse al ámbito de la mediación y al seguro de responsabilidad civil, en Andalucía se ha dictado la Ley 3/2014, de 1 de octubre, de medidas normativas para reducir las trabas administrativas para las empresas, que ha modificado la normativa de mediación familiar autonómica de 2009 para exigir al mediador incluido en el ámbito competencial de la norma “un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada del

¹² ROGEL VIDE, Carlos, “Artículo 14. Responsabilidad de los mediadores”. En “Mediación en asuntos civiles y mercantiles: Comentarios a la Ley 5/2012”, Dir. GARCÍA VILLUENGA, Leticia, y ROGEL VIDE, Carlos, Ed. Reus, 1ª ed., Madrid, 2012, pp. 179-188. La cita, p. 181.

¹³ Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, disposición adicional 12ª.

procedimiento en el que intervenga”, en importe de cobertura no cuantificado en la ley, al igual que sucede en la Ley de mediación estatal 5/2012. Por mencionar ejemplos estatales de 2015, una norma¹⁴ exige a empresas de servicios de inversión un “*seguro de responsabilidad civil profesional, un aval u otra garantía equivalente*” que cubra cierta suma, y otra¹⁵ exige como requisito a plataformas de financiación participativa “*un seguro de responsabilidad civil profesional, un aval u otra garantía equivalente que permita hacer frente a la responsabilidad por negligencia en el ejercicio de su actividad profesional*”, por cuantía mínima que se cuantifica.

Obsérvese el contraste: a diferencia de estas dos leyes últimamente citadas en temas ajenos a la mediación, la Ley 5/2012 de mediación y su decreto de desarrollo no fijan suma mínima para la cobertura, y la normativa autonómica citada sobre mediación también resulta ambigua. No obstante, no solo en sede de mediación concurre tal indefinición; por ejemplo, otra norma autonómica de 2012¹⁶, sobre entidades de control de calidad, exige un “*seguro de responsabilidad civil profesional u otra garantía equivalente que cubra los daños que puedan derivarse de sus actuaciones en la calidad y seguridad de las obras de construcción*”.

Y no puede dejar de mencionarse el caso del arbitraje, en el que por Ley 11/2011 que introdujo para los árbitros la obligación de un seguro de responsabilidad civil “*o garantía equivalente*”, remitiéndose a un desarrollo reglamentario.

Además, la jurisprudencia refleja práctica contractual privada de empleo de la expresión “*garantía equivalente*”; la autonomía de la voluntad lo permite, aunque ni esté generalizado

¹⁴ Real Decreto 358/2015, de 8 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre. Artículo 14 *sexies*.

¹⁵ Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial. Artículo 56.

¹⁶ Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia. Artículo 8.

ni resulte aconsejable emplear conceptos jurídicos indeterminados. Por ejemplo, en una sentencia de arrendamientos urbanos de 2013, en la que se discutía si el arrendatario había cumplido al prestar la garantía adicional convenida -el contrato incluía cláusula de prestar garantía al pago de rentas por el depósito de una anualidad de renta o “*garantía equivalente*”, se entendía por tal en el contrato un aval bancario o un seguro de rentas, pero dejando abiertas otras posibilidades¹⁷.

Sea o no posible la analogía con otras normativas, y no existiendo un uso en sentido jurídico estricto, el aval bancario encaja en términos de solvencia en la Ley de Mediación y en el artículo 26 del Real Decreto 980/2013. El aval bancario no constituye figura contractual única; existen varios tipos, coincidentes en general en que la entidad de crédito afianza el pago solidariamente con el deudor, por un plazo indeterminado o determinado por concepto y alcance económico que ha de delimitarse. Y genera un coste, en proporción al riesgo asumido; los avales bancarios suelen resultar, en general, más gravosos por costes y dificultad de obtención que un seguro de responsabilidad civil profesional, especialmente si el seguro es colectivo.

Cabe pues cumplir la obligación legal de aseguramiento vía póliza de seguros de responsabilidad civil –lo que previsiblemente constituirá el aseguramiento habitual, tanto por permitirlo de forma expresa la normativa, es decir, por no ofrecer dudas sobre su propia viabilidad legal, como por sus ventajas desde el punto de vista práctico, en especial en costes-, una segunda posibilidad que la ley no menciona de forma expresa pero se deduce razonablemente –un aval bancario, del tipo de que sea -y una tercera posibilidad como fórmula abierta no incluida en esas dos figuras jurídicas mencionadas, en *numerus apertus*.

En esa última categoría cabría plantear otro tipo de garantías, tales como hipotecarias o pignoratias, u otro tipo de fórmulas contractuales de aseguramiento por entidades de

¹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, nº 498/2013, Ponente FERNÁNDEZ DEL PRADO, Id Cendoj 28079370102013100484.

crédito, incluso atípicas. Las garantías personales, por ejemplo un aval de persona física o jurídica que no sea entidad bancaria o de análoga solvencia, muy difícilmente, o incluso en según qué casos en modo alguno, encajarían en el concepto jurídico indeterminado de *“garantía equivalente”* a un seguro de responsabilidad civil.

Ahora bien, sorprendentemente la propia normativa estatal de mediación da por sentado, no solo que es posible utilizar el aval -a lo que no hay nada que objetar-, sino que únicamente hay dos posibilidades: o póliza de seguros o aval, se entiende que bancario, ya que se da por sentado que va numerado como prevé la reglamentación de tipo bancario.

En efecto, en una norma de ínfimo rango se constata que el Ministerio de Justicia interpreta restrictivamente que en nuestro ordenamiento jurídico la *“garantía equivalente”* no constituye un concepto jurídico indeterminado con varias posibilidades, sino que es un aval bancario, y no otra cosa.

Ahora bien, que lo previsible y habitual sea el seguro de responsabilidad civil y la alternativa más probable el aval es muy distinto a que se prescindiera sin más de la posibilidad que pueda aportarse otra garantía o se dé por sentado que no es posible. El principio de jerarquía normativa dista de respetarse si la definición en una norma de lo que en realidad es un simple formulario informático a efectos de protección de datos produce un efecto jurídico perverso, no solo de definición de conceptos jurídicos indeterminados, sino de restricción de esos conceptos, limitando posibilidades legales y en definitiva derechos.

En la Orden JUS/746/2014, de 7 de mayo, por la que se desarrollan los artículos 14 y 21 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre y se crea el fichero de mediadores e instituciones de mediación (BOE nº 113, de 9 de mayo de 2014) figura un anexo sobre el *“Fichero que se incorpora al anexo I de la Orden JUS/1294/2003, de 30 de abril, por la que se determinan los ficheros con datos de carácter personal del departamento y de sus organismos públicos”*, a efectos básicamente de protección de datos. No por casualidad indica el preámbulo que la orden ministerial del Ministerio de Justicia *“ha sido informada*

por la Agencia Española de Protección de Datos". Se regula la estructura del fichero de datos que constituye el Registro de Mediadores, y se van especificando los diversos apartados con el esquema de datos que han de aportarse (nombre y apellidos, DNI, dirección, etc.). En concreto uno de esos apartados dispone lo siguiente:

"e) Estructura básica del fichero y el sistema de tratamiento utilizado:

e.1) Datos de carácter personal incluidos en el fichero: Nombre y apellidos, DNI/NIF/Documento identificativo, dirección postal y electrónica, el número de póliza; identificación del tomador; número de identificación del aval".

La redacción es clara: o el número de póliza, se entiende que de seguros, con identificación del tomador, o el número de identificación del aval. No se prevén otras garantías. A tenor de esta norma de ínfimo rango, relativa a qué documentos han de presentarse para la inscripción y cómo se manejan, controlan y archivan, solo se contempla una tipología contractual para la "garantía equivalente", y es, precisamente, el aval. Falta la casilla del formulario con algo similar a que se podría denominar "otras posibilidades".

El artículo 14.1.h, párrafo segundo, del Real Decreto 980/2013 dispone, referente la información que se difundirá públicamente del Registro de Mediadores, que *"No obstante la obligación de aportar esta información, no será pública la información relativa al número de identificación fiscal y, en relación con la cobertura de la responsabilidad, sólo se indicará la existencia de la póliza o garantía equivalente, la entidad con la que se ha constituido y la cuantía garantizada."* Es decir, no se mencionan avales, como única alternativa al seguro, ni sería lógico, puesto que cuando el legislador ha querido limitarlo a avales por ley, lo ha hecho, pero ya se va dando por sentado que solo son posibles las garantías con "entidades". "Entidades" no es un concepto jurídico definido en nuestro ordenamiento civil; aunque seguro que excluye a las personas físicas para prestar garantías personales y que se da por sentado que tampoco son posibles las garantías reales sin intervención de "entidades". Pero ha de ponerse en relación con el artículo mismo artículo, 14.1, apartado f):

“f) Póliza del contrato de seguro de responsabilidad civil profesional o, en su caso, del certificado de cobertura expedido por la entidad aseguradora o la garantía equivalente que se hubiera constituido. Se indicará una dirección electrónica de la entidad aseguradora o de la entidad de crédito en la que constituyera la garantía equivalente.”.

Son interesantes los informes sobre ese precepto del Consejo de Estado y de la Agencia de Protección de Datos¹⁸.

Por resumir: el Real Decreto 980/2013, concretando la previsión legal, prevé dos posibilidades: póliza de seguros de responsabilidad civil profesional y una “garantía equivalente” que deberá constituirse con una “entidad de crédito”. Las “entidades de crédito” estaban definidas al dictarse la Real Decreto 980/2013 en el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, y en estos momentos en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito¹⁹. Y de establecer el Real

¹⁸ Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 23 de julio de 2013, expediente 712/2013, JUSTICIA relativo al proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles en materia de formación, registro y aseguramiento de la responsabilidad profesional de los mediadores: *“i) Sobre el artículo 14.1.f) del proyecto. El artículo 14.1.f) de proyecto contempla, entre los datos que debe aportar el mediador que solicite la inscripción en el Registro para su publicidad en el mismo, el relativo a “la póliza del contrato de seguro de responsabilidad civil profesional o, en su caso, del certificado de cobertura expedido por la entidad aseguradora o la garantía equivalente que se hubiera constituido”. La Agencia Española de Protección de Datos ha apuntado la conveniencia de acotar algo más la publicidad en lo que se refiere a los datos relacionados con esta póliza de seguro o garantía equivalente, pues si bien parece razonable que el Registro incorpore información relacionada con las mismas o incluso que recabe de la entidad la información necesaria sobre sus modificaciones o resolución, “debería plantearse si la publicidad a terceros de la totalidad de los datos contenidos en la póliza resulta adecuada al principio de proporcionalidad consagrado por el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 15/1999”. Coincide el Consejo de Estado con la Agencia de Protección de Datos en la conveniencia de introducir una previsión que señale que únicamente será accesible por terceros la información referida a la existencia de una póliza o garantía equivalente, la entidad con la que se ha constituido y la cuantía garantizada”.* Los informes del Consejo de Estado se difunden en la web oficial del Boletín Oficial del Estado www.boe.es.

¹⁹ Según el artículo 1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, BOE nº 156, de 27 de junio de 2014, *“1. Son entidades de crédito las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia. 2. Tienen la consideración de entidades de crédito: a) Los bancos. b) Las cajas de ahorros. c) Las cooperativas de crédito. d) El Instituto de Crédito Oficial”.*

Decreto que la garantía equivalente se constituirá con una “entidad de crédito”, sin limitar fórmula contractual concreta, se pasa, en la orden ministerial, exclusivamente, a aval bancario.

6. Obligación accesoria a la de aseguramiento: la información de la cobertura de responsabilidad civil y la constancia en el acta inicial.

El artículo 28 del Real Decreto 950/2013 no solo hace referencia a la suma asegurada o garantizada, en los indeterminados límites económicos indicados, sino que también contiene un relevante inciso segundo:

“Suma asegurada. La suma asegurada o garantizada por los hechos generadores de la responsabilidad del mediador, por siniestro y anualidad, será proporcional a la entidad de los asuntos en los que intervenga. El mediador informará a las partes, con carácter previo al inicio del procedimiento, de la cobertura de su responsabilidad civil, dejando constancia de la misma en el acta inicial.”

La obligación de aseguramiento que en teoría la ley parece delimitar con carácter esencial, o cuanto menos de tal relevancia como para merecer un capítulo en el decreto, se completa con dos obligaciones para el mediador, accesorias: informar sobre la existencia del aseguramiento antes de que se inicie el procedimiento de mediación y dejar constancia de ello mediante el sistema de reflejarlo en el acta inicial. O, si se prefiere, con obligación accesoria de información por escrito y en forma concreta, mediante constancia en el acta inicial. No sería suficiente con información genérica; por ejemplo, la publicidad individual o colectiva de servicios profesionales, en su caso, o la publicidad formal limitada del Registro de Mediadores.

Acertado teóricamente si el legislador, como parece, se propone reforzar la protección frente al riesgo de responsabilidad civil profesional en el caso de la mediación. Ahora bien, sorprende que no se imponga a los abogados la obligación de informar sobre su

aseguramiento en su condición de abogados, pese a que el artículo 42.1 del Estatuto de la Abogacía les impone un canon agravado de diligencia, el “*máximo celo y diligencia*”, en el cumplimiento de sus obligaciones profesionales, y que ni siquiera se les exija en sentido estricto disponer de tal aseguramiento, y que sin embargo a los mediadores, que a falta de canon específico habrán de regirse por el menos gravoso del buen padre de familia del Código civil, sí se les exija, sean o no abogados. Paradójicamente, según la función profesional que ejerzan los abogados, deben no solo disponer de aseguramiento obligatorio, sino además informar, pese a que los deberes de aseguramiento e información se les exigen en su condición de mediadores con un canon de diligencia inferior. Parece concluirse que a menor canon de diligencia mayor obligación de aseguramiento e información.

Por otra parte, si en efecto se informa y se incluye el dato en el acta inicial, se plantea la cuestión de cómo podrían quienes desean contratar el servicio de mediación conocer si esa obligación de aseguramiento es o no proporcional en el sentido de la normal, por los mismos motivos ya expuestos *supra* para el caso del Registro de Mediadores.

La finalidad de la obligación legal accesoria de información y constancia en acta parece ser permitir a quien va a contratar con ese mediador el servicio –“*encargo*” en la terminología legal (artículo 14 de la Ley)- que decida, con la libertad que otorga disponer de información suficiente, si en efecto le interesa contratar. Es decir, que parece tratarse de un caso de consentimiento informado o análogo. Para prestar consentimiento informado habría de ser informado el cliente de forma clara y comprensible de datos que solo conoce el mediador, y que este ni está obligado expresamente a explicar a las partes, es decir, a sus clientes –en realidad, futuros o hipotéticos clientes-, ni parece lógico que se le obligara a ello, y que constituiría obligación inédita en nuestro Derecho Privado, o poco menos: la entidad y el número de asuntos que lleva y hasta sus concretas circunstancias de siniestralidad.

Se evitaría eso evidentemente, si se conviniera un aseguramiento individual *ad hoc*, o sea, caso por caso, y de forma consensuada.

7. Consecuencias de la falta de aseguramiento o de información sobre el aseguramiento

Ni Ley ni el Real Decreto parecen regular de forma general las consecuencias de no disponer de ese aseguramiento y de no informar sobre el aseguramiento. Se crea un Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, público vía internet²⁰, para inscribirse o continuar inscrito en el cual es preciso aportar datos y documentos, incluyendo sobre la póliza de seguros o garantía equivalente; la baja en este Registro o imposibilidad de alta, es la única consecuencia, aparte en su caso del control por las instituciones de mediación, pero la inscripción no es obligatoria salvo para mediadores concursales. Incluso respecto de mediadores inscritos, el artículo 14.1 in fine dispone que *“No obstante la obligación de aportar esta información, no será pública la información relativa al número de identificación fiscal y, en relación con la cobertura de la responsabilidad, sólo se indicará la existencia de la póliza o garantía equivalente, la entidad con la que se ha constituido y la cuantía garantizada”*. Difundir la cuantía garantizada por ese Registro por la publicidad formal que proporciona no permite comprobar a quien quiera contratar la mediación lo que la normativa exige que se tenga en cuenta para el cálculo de esa cuantía, es decir, la entidad y número de asuntos.

Si se trata de mediadores que trabajen en el seno a instituciones de mediación, podría existir el control, como ya puso de manifiesto por el Consejo General del Poder Judicial en su informe de 24 de enero de 2013 al proyecto de Real Decreto, consistente en que la institución informe al Registro de Mediadores en los términos del que finalmente figuran en el artículo 17.2 del Real Decreto 980/2013, para baja en el Registro:

“2. Las instituciones de mediación comunicarán al encargado del Registro cualquiera de las causas señaladas en el apartado anterior que afecten a alguno de los mediadores que actúen

²⁰ Página web oficial del Ministerio de Justicia, apartado Registros, Mediadores e Instituciones de Mediación. <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/registros/mediadores-instituciones>.

en su ámbito, en el plazo máximo de 10 días desde que tuvieren conocimiento de las mismas.”

Entre esas causas está la prevista en el artículo 17.1.a) del Real Decreto: *“a) La extinción del contrato de seguro de responsabilidad profesional o de la garantía equivalente, sin que proceda a la celebración de un nuevo contrato o constitución de una nueva garantía”.*

Pero no solo que se dice *“extinción”*; es decir, que no prevé insuficiencia. Y además, de nuevo se olvida que la inscripción en el Registro es voluntaria, salvo los casos de mediadores concursales.

Y al igual que en el caso de la obligación de aseguramiento propiamente dicha, tampoco parece que se establezcan claras consecuencias en el ámbito civil si se incumple por completo la obligación de informar, o el acta inicial omite ese dato o lo recoge de forma incorrecta. Podrá existir o no, y dependerá, una sanción administrativa en aplicación, en su caso, de una normativa de Consumo, donde exista y se prevea esto como infracción.

En primer lugar, ni la mediación en sí misma ni el acuerdo que en su caso se alcance serán nulos ni anulables por haberse incumplimiento incluso la propia obligación de aseguramiento, no ya la accesoria de informar. Si el legislador hubiera querido consecuencia tan grave, es de suponer que lo habría previsto expresamente.

En segundo lugar, desde el punto de vista de la responsabilidad del mediador por incumplir la obligación de informar dejando constancia en el acta, no existe responsabilidad civil sin daño, y el incumplimiento en sí de la obligación de aseguramiento o de la accesoria de informar y recoger correctamente la información en el acta inicial no tiene por qué generar perjuicio, puesto que el servicio de mediación podría prestarse sin problemas pese a ello. Por otra parte, la inexistencia de información sobre aseguramiento no significa que ese aseguramiento en realidad no exista. Y si por hipótesis concurriera responsabilidad civil, además no se hubiera informado y además no existiera aseguramiento, es decir, hubiera que

ejecutar sobre el patrimonio del mediador, en vez de recurrir a la vía en teoría más sencilla y segura del pago por la compañía aseguradora o ejecución de aval o mecanismo análogo, el daño causado por incumplimiento total o parcial de la obligación accesoria de informar solo existirá si ese patrimonio resulta insuficiente para responder; y en ese caso plantearse una indemnización complementaria por el daño causado al obligar a reclamar judicialmente, aparte de la posibilidad de que sea inviable por poder entenderse incluido en la posible condena en costas, resultaría económicamente ilusorio.

Más aún, no hay que olvidar que no siempre es posible exigir a la compañía aseguradora - por poner el supuesto más evidente- que satisfaga indemnizaciones sin vía judicial; aparte de que se prevean exclusiones o cláusulas de delimitación temporal del seguro o haya particularidades en caso de dolo, por ejemplo los daños pueden ser discutibles en existencia y cuantía. La responsabilidad del mediador no es objetiva y conforme a lo habitual en la responsabilidad profesional, la carga de la prueba de la existencia y cuantificación del daño, y demás elementos, corresponde al reclamante.

Cuestión sin fácil respuesta sería si el incumplimiento de la obligación de aseguramiento o de informar sobre él en debida forma podría ocasionar consecuencia de otra índole, una rebaja del precio; porque el mediador presta unos servicios que la ley parece presumir retribuidos, aunque no necesariamente han de serlo. Y, ya como disquisición punto menos que puramente teórica: ¿se encuentra la infracción de la obligación de información sobre la cobertura cubierta por la propia cobertura sobre la cual se omite informar o se informa mal?

Las conclusiones sobre la obligación accesoria de informar y la principal del aseguramiento resultan insatisfactorias. Lo que se afirma en general lo diluye el detalle. Podrá discutirse si debe ser indispensable o aconsejable que existan la obligación de aseguramiento del mediador individual y la accesoria de información, y si debe exigirse ese aseguramiento en proporción a concretos datos, como cuestión de política legislativa. Pero si se afirma que se ha escogido una línea legislativa en teoría –poca duda cabe ante el empleo de expresión tal

como “*garantía inequívoca*”, mencionada *supra*-, resulta inadecuado que se difumine en la normativa y en una misma legislatura.

No puede por menos que recordarse la tensión reflejada en la tramitación del decreto entre dos intereses opuestos: la necesidad de cobertura, como vía de garantizar servicio responsable y generar confianza para promover la mediación, y la de no establecer barreras económicas al ejercicio de la función de los mediadores por el sistema de imponerles los costes de entrada de coberturas de aseguramiento altas o simplemente concretas. Lo recoge el informe del Consejo de Estado al proyecto de decreto, en los siguientes términos:

“En relación con la obligación de aseguramiento que la ley impone a los mediadores, en tercer lugar, subraya el preámbulo que el proyecto de Real Decreto la articula a través de un contrato de seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, aunque prescindiéndose de la exigencia de un importe mínimo asegurado a fin de evitar barreras para el acceso a esta profesión.”²¹.

8. Alcance de la responsabilidad de mediador

Que la obligación del mediador lo es de medios, no de resultado, parece cuestión pacífica. Que es de medios, por ejemplo, lo entiende BLANCO CARRASCO²² en relación con la situación previa a la Ley 5/2012, y no se aprecia motivo para considerar otra solución distinta a raíz de dicha Ley. Esa misma circunstancia dificulta la reclamación por daños. Bien

²¹ Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, *op.cit.*

²² BLANCO CARRASCO, Marta, “*Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*”, Ed. Reus, 2009, pp. 300 y ss.

claramente lo explica ROGEL VIDE²³, en su interesante análisis del espinoso artículo 14 de la Ley 5/2012, sobre responsabilidad de los mediadores²⁴:

“El mediador -a diferencia del árbitro, que ha dictar el laudo- tiene una obligación de medio – conviene no olvidarlo- y no puede garantizar resultados, ni tener protagonismo alguno en los acuerdos a que puedan llegar las partes. Sobre estas bases, ¿cuáles son los daños que puede causar con su actuación dolosa? La no suscripción de un acuerdo transaccional (sic) por las partes no conlleva en sí mismo, un daño tangible y mensurable. Dicho daño podría resultar, en cambio, de propiciar acuerdos no permitidos por la ley o suscritos por quienes no tengan capacidad suficiente para hacerlo, de la falta de neutralidad o imparcialidad del mediador, del engaño o de las maquinaciones del mismo respecto de una de las partes, de la revelación de secretos, de la inactividad de mediador o de la renuncia injustificada del mismo, en fin, a seguir desempeñando su función”.

Poco puede añadirse a tan completo elenco, salvo recordar que ha desaparecido en la normativa vigente la referencia a la mala fe, temeridad o dolo y referirse al artículo 27 del Real Decreto 980/2013, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Artículo 27. Cobertura del seguro de responsabilidad civil o de la garantía equivalente.

²³ ROGEL VIDE, Carlos, *op. y loc. cit.*, p. 183.

²⁴ *“Artículo 14. 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 por los daños y perjuicios que causaren. El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores. La responsabilidad de la institución de mediación derivará de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben.”* El Real Decreto-Ley derogado disponía una regulación bastante distinta a la ahora vigente Ley: *“Artículo 14. Responsabilidad de los mediadores y de las instituciones de mediación. 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 por mala fe, temeridad o dolo. El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores”.*

El seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente del mediador comprenderá la cobertura de todos los daños y perjuicios, distintos a los resultados esperados de la mediación, que causen por sus actos u omisiones; como los derivados de la infracción de los principios de imparcialidad y confidencialidad, error profesional o la pérdida o extravío de expedientes y documentos de las partes.”

Pocas dudas ofrecen el deber de imparcialidad y el de confidencialidad, salvo en el supuesto de aquellos a quienes se les impone, además, su propia regulación profesional, como es el caso, por ejemplo, de los abogados, en relación con los tipos penales de prevaricación y revelación de secretos –el secreto profesional es derecho y deber del abogado-, o con las particularidades derivadas de la conjunción del Estatuto de la Abogacía o con la normativa sobre sociedades profesionales. El mediador difícilmente podrá mantener su imparcialidad y su neutralidad si comparte sociedad profesional en sentido estricto o sociedad de medios con abogado de una de las partes, o incluso con una de las partes.

Y, en general, puesto que la imparcialidad consustancial a la actividad del mediador no está definida casuísticamente, pueden ser indicativas otras normas en las que la imparcialidad se plantea también con alto grado de exigencia, por ejemplo como la Ley Orgánica del Poder Judicial, sobre causas de abstención y recusación para jueces –sin ánimo de extenderse en la cuestión compleja de la imparcialidad objetiva y subjetiva, puede simplificarse que ahí parece valorarse, no solo la imparcialidad, sino la apariencia de imparcialidad -, o la de árbitros. A este último respecto, y por mencionar un caso concreto, si ser árbitro resulta incompatible con haber sido mediador, así lo dispone la Ley de Arbitraje²⁵, lo contrario también parece lógico.

En lo que respecta al concepto de confidencialidad, puede incluir o no en puridad protección de datos, pero no debe olvidarse que la normativa de protección de datos, como cualquier

²⁵ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. “Artículo 17. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre éstas.”

otra con carácter general en el ordenamiento jurídico, por ejemplo la tributaria, es exigible incluso aunque no se mencione expresamente en la ley que regule el contrato concreto ni se pacte individualmente. A tenor del artículo 1.258 del Código Civil, los contratos *“obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”*.

En cuanto al error profesional, aparte de plantear de nuevo qué sea exactamente un deber profesional del mediador, análoga dificultad se plantea en relación, también, con los abogados, pues ha de tenerse en cuenta el canon agravado de diligencia.

Cuestión distinta es la relación entre infracción de deber profesional, incluso si se acredita, y daño indemnizable, porque que concurra lo primero no presupone lo segundo. La responsabilidad civil profesional de mediador no es objetiva.

Y que además la desafortunada redacción del artículo 27 de Real Decreto suscita otros problemas interpretativos. Qué sean *“todos los daños y perjuicios, distintos a los resultados esperados en la mediación”* y cómo cuadra exactamente con el planteamiento general de la ley, es algo que, como tantos extremos de la normativa de mediación, no permite ni fácil ni satisfactoria respuesta.