



ESCUELA DE PRÁCTICA JURÍDICA
SALAMANCA

TRABAJO FIN DE TÍTULO
MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA

Departamento de Derecho Privado

Área de conocimiento: Derecho Civil

Curso 2015/2017

**MEDIACIÓN FAMILIAR: ESPECIAL
REFERENCIA AL ACUERDO DE
MEDIACIÓN Y SU EJECUCIÓN**

Francisco Javier Tardáguila Rodríguez

Dirigido por Dra. D^a F. María Corvo López

Diciembre 2016

TRABAJO FIN DE TÍTULO
MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA

Departamento de Derecho Privado

Área de conocimiento: Derecho Civil

Curso 2015/2017

Diciembre 2016

MEDIACIÓN FAMILIAR: ESPECIAL REFERENCIA AL
ACUERDO DE MEDIACIÓN Y SU EJECUCIÓN

FAMILY MEDIATION: SPECIAL REFERENCE TO THE
MEDIATION AGREEMENT AND HIS EXECUTION

Francisco Javier Tardáguila Rodríguez Dirigido por Dra. D^a María Corvo López

E-mail: u136878@usal.es

E-mail: marcorvo@usal.es

Fdo.:

Fdo.:

Francisco Javier Tardáguila Rodríguez

Dr. D^a F. María Corvo López

ÍNDICE

Resumen y palabras clave	1
Lista de abreviaturas utilizadas	2
Introducción	3
Capítulo 1. La mediación como método de solución de conflictos.....	5
1.1. Aspectos generales de la mediación	5
1.1.1. Concepto	
1.1.2. Características de la mediación como institución en general	
1.2. Virtudes de la mediación frente a métodos heterocompositivos	10
1.3. Principios informadores	13
1.4. Dos cuestiones relevantes en la práctica de la abogacía.....	19
1.4.1. Cláusula de compromiso de acudir a mediación	
1.4.2. Influencia de la mediación en el transcurso de los plazos	
Capítulo 2. La mediación familiar.....	24
2.1. Régimen jurídico en el Ordenamiento español	24
2.1.1. Antecedentes	
2.1.2. La Ley 5/2012, 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles	
2.2. Marco legal autonómico de la mediación familiar	28
2.2.1. Fundamento de la potestad legislativa	
2.2.2. Coexistencia entre la normativa estatal y la normativa autonómica	
2.3. Ámbito de aplicación de la mediación familiar	31
2.3.1. Ámbito de aplicación de la Ley 5/2012, de 6 de julio	
2.3.2. Ámbito de aplicación de la mediación familiar	
2.4. Procedimiento de mediación familiar	33
2.4.1. Flexibilidad y otros principios	
2.4.2. Fases del procedimiento	

Capítulo 3. El acuerdo de mediación: formalización y ejecución	40
3.1. Naturaleza y contenido del acuerdo de mediación	40
3.1.1. Naturaleza del acuerdo de mediación	
3.2.2. Contenido del acuerdo de mediación	
3.2. Eficacia jurídica del acuerdo de mediación	42
3.3. Impugnación de lo plasmado en el acuerdo	44
3.3.1. Causas	
3.3.2. Consecuencias	
3.4. Formalización del acuerdo como título ejecutivo	46
3.4.1. Elevación del acuerdo a escritura pública	
3.4.2. Homologación judicial	
3.5. Ejecución del acuerdo de mediación	52
3.5.1. Tribunal competente para conocer de la ejecución de los acuerdos	
3.5.2. Modificaciones sobre la ejecución introducidas en la LEC	
3.5.3. Ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos	
Conclusiones.....	58
Bibliografía.....	61

RESUMEN

La aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles supuso la implantación de una regulación a nivel nacional de la mediación como método de resolución de conflictos. Su ámbito de aplicación abarca 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.

El presente trabajo tiene como objetivo ofrecer al lector un análisis detallado de la aplicación de esta institución a los conflictos surgidos en el ámbito familiar. Para ello, se abordarán las cuestiones principales que suscita la existencia de esta figura en el Ordenamiento español, desde su ámbito de aplicación hasta el controvertido régimen de promoción del proceso de ejecución forzosa del acuerdo alcanzado mediante el procedimiento de mediación.

PALABRAS CLAVE: Resolución de conflictos, mediación, mediación familiar, obligatoriedad y ejecutividad de los acuerdos

ABSTRACT

The adoption of Law 5/2012, of July 6, on mediation in civil and commercial matters implied the implementation of a regulation of mediation at the national level as a method of conflict resolution. Its scope covers mediation in civil or commercial matters, including cross-border disputes, as long as they do not affect rights and obligations that are not available to the parties under applicable law.

The following essay aims to offer the reader a detailed analysis of the application of this institution to family conflicts in Spain. In order to do that, we will analyze the main issues: among other things, its scope and the controversial system of promotion of the process of enforcing the agreement reached through the mediation procedure.

KEYWORDS: Conflict resolution, mediation, family mediation, enforceability of agreements

LISTA DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

ADR: Alternative Dispute Resolution.

AJPI: Auto de Juzgado de Primera Instancia.

Art./s: Artículo/s.

BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CC: Código Civil.

CC.AA: Comunidad Autónoma.

CE: Constitución Española.

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.

Cit.: Citado.

Coord.: Coordinador.

Dir.: Director.

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

Núm.: Número.

Op.cit.: Obra citada.

Pág./s: Página/s.

RAE: Real Academia Española.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

Ss.: Siguietes.

UE: Unión Europea.

INTRODUCCIÓN

La vía tradicional para resolver los conflictos que surgen entre las personas pasa por acudir a los jueces y tribunales para que sean éstos quienes decidan mediante la aplicación estricta de la ley. Esta predilección es consecuencia del Estado asistencial que procura satisfacer todas las necesidades de sus ciudadanos, provocando la idea de que son los poderes públicos los que necesariamente deben solucionar sus problemas, especialmente los jurídicos.

Desde las últimas décadas del siglo pasado estamos siendo testigos de la denominada “crisis de la justicia”, motivada principalmente por los problemas de eficacia y celeridad que actualmente presentan los tribunales¹. Como consecuencia, se han desarrollado nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos, como la mediación, que han ido adquiriendo una importancia creciente como instrumento complementario de la Administración de Justicia.

En España, la promulgación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles supuso un paso adelante en la adaptación de la legislación española a las exigencias establecidas en el seno de la Unión Europea que demandaban la incorporación definitiva de 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.

La aprobación de esta Ley conllevó implantar a nivel nacional una regulación sistemática de la mediación como instrumento de solución de controversias en determinados ámbitos civiles y mercantiles, una institución que arrastra tras de sí una larga historia en la que se pueden encontrar desde comportamientos semi-mediadores, sin reconocimiento legal alguno, hasta la regulación sectorial que se ha ido llevando a cabo por parte de las Comunidades Autónomas, que tanto han ayudado a fomentar esta institución así como a pulir sus imperfecciones.

El presente trabajo centra su investigación en el estudio de la mediación aplicada a un sector concreto del Derecho Civil: el Derecho de familia.

A nuestro modo de ver, la mayor parte de los procesos judiciales de familia que se resuelven por la vía contenciosa ocasionan amplios efectos negativos a las partes; prueba de ello son los procesos de crisis matrimoniales en los que el conflicto interpersonal entre los adultos habitualmente se intensifica a lo largo de la tramitación judicial, lo que supone un obstáculo a la comunicación no sólo entre los miembros del núcleo familiar, sino también entre otros miembros de la familia extensa. Asimismo, esta situación influye negativamente

¹ Puede verse en este sentido *El Libro Blanco de la Justicia* realizado por el Consejo General del Poder Judicial que aborda los problemas de organización y funcionamiento de la administración judicial española.

en los hijos, para quienes el litigio que enfrenta a sus padres puede tornarse en una fuente de estrés.

La mediación se presenta en este campo como un instrumento ideal de resolución de conflictos en el ámbito familiar pues, sin prescindir del Derecho, añade un componente más consistente en el análisis y comprensión recíproca de los intereses y necesidades de las partes en conflicto a través del diálogo.

Resulta vital la intervención del mediador, no existiendo problema alguno en que esa función sea desempeñada por un abogado, que actúa como tercero imparcial que no impone la solución, sino que se encarga de crear un adecuado clima de comunicación donde las medidas que se pueden pactar, sin quebrantar el ordenamiento, pueden ser mucho más flexibles, satisfactorias y eficaces para los mediados que las que puede imponer un tribunal mediante la rigurosa aplicación de la ley.

Así las cosas, el presente trabajo tiene como objetivo ofrecer al lector un análisis detallado de la aplicación de esta institución a los conflictos surgidos en el ámbito familiar, desde su ámbito de aplicación hasta el controvertido régimen de promoción del proceso de ejecución forzosa del acuerdo alcanzado mediante el procedimiento de mediación.

En función de las cuestiones que se van a abordar, se ha procedido a estructurar esta obra en los siguientes grandes apartados:

En primer lugar, hacemos referencia a determinados aspectos de la mediación como método de resolución de conflictos, tales como su delimitación conceptual, características esenciales, ventajas con respecto a métodos heterocompositivos o los principios informadores de la mediación, que nos servirán para comprender mejor la importancia y envergadura que ostenta esta institución en la actualidad. Además, se tratarán dos cuestiones relevantes para el ejercicio de la abogacía: hablamos de la existencia de las cláusulas de sumisión a mediación y la influencia de la mediación sobre el transcurso de los plazos.

En segundo lugar, procederemos a analizar cuál es el régimen jurídico en el Ordenamiento español, analizando cuáles fueron los antecedentes más importantes de la actual Ley 5/2012, de 6 de julio, pasando por el marco legal autonómico de la mediación familiar. Acto seguido, se delimitará el ámbito de aplicación tanto de la propia Ley como de las controversias que pueden ser objeto de mediación familiar, finalizando con el procedimiento a seguir indicado por el legislador nacional español.

En tercer y último lugar, se desarrollarán las cuestiones relativas al acuerdo de mediación, incluyendo el análisis de su naturaleza y contenido, eficacia jurídica, régimen de impugnación y el estudio del trascendental régimen de formalización del acuerdo como título ejecutivo y su eventual proceso de ejecución.

CAPÍTULO 1.- LA MEDIACIÓN COMO MÉTODO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1.1. Aspectos generales de la mediación

Comenzaremos nuestro trabajo refiriéndonos muy brevemente a algunos aspectos generales de la mediación. Nos aproximaremos, en este sentido, al concepto de mediación, tomando en consideración lo previsto en la Directiva 2008/52/CE, y en la ley que la traspone a nuestro Ordenamiento interno: la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y expondremos las notas que caracterizan a este mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos. Dichos elementos resultarán muy útiles para completar el concepto de mediación.

1.1.1. Concepto

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, en su artículo 3, define la mediación como *“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”*.

El artículo 1 de nuestra Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles por su parte, la define como *“aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”*.

Jurídicamente, MARTÍN DIZ define la mediación como *“un sistema (método) autocompositivo, complementario a la jurisdicción, extrajudicial y privado de solución de conflictos, voluntario e irrituario, que cuenta con la imprescindible e insustituible asistencia de un tercero (mediador) que auxilia y ayuda a las partes en la obtención libre y voluntaria de un mutuo acuerdo pero sin proponer ni imponer el mismo²”*.

Independientemente de la definición por la que optemos³, lo importante reside en que nos encontramos ante un procedimiento en el que intervienen una serie de sujetos de

² MARTÍN DIZ, F. *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial – Centro Documentación, Madrid, 2010.

³ CALLEJO RODRÍGUEZ, C. y MATUD JURISTO, M. “La mediación en asuntos civiles” en RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, J. y DE PRADA RODRÍGUEZ, M. (Dir.). *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Netbiblo, Oleiros (La Coruña), pág. 121, señalan que “la base para reflexionar acerca del verdadero concepto y función de la mediación se encuentra en la idea del libre acceso de los ciudadanos a

manera voluntaria, para tratar de llegar a un acuerdo acerca de las controversias que se han suscitado entre las partes, siempre con la ayuda de un tercero imparcial, que no necesariamente ha de ser un abogado, sino que también pueden ser mediadores los psicólogos, terapeutas etc.

Así las cosas, la ardua tarea del mediador reside fundamentalmente, en primer término, en identificar el problema principal y sus accesorios, para, después, tratar de ayudar a las partes a acercar posturas; ayudar a las partes, en definitiva, a pasar de las posiciones a las necesidades que subyacen en esas posiciones pues es mucho más fácil negociar poniendo sobre la mesa los intereses de las partes que negociar a partir de posiciones cerradas. Para ello, deberá crear un clima de diálogo y confidencialidad que permita que las partes puedan encontrar -por sí mismas pero asistidas por el mediador- una solución al conflicto sin que se identifiquen como ganadores o perdedores. Como acertadamente señala BARONA VILAR “el éxito de la mediación pasa necesariamente por un intercambio de información, teniendo en cuenta que, por regla general, se inicia la negociación desde un clima de desconfianza por ambos lados, que deberá ir limándose poco a poco por el mediador, haciéndoles cada vez más partícipes de la técnica mediadora⁴”.

Como es lógico y entendible, las partes que se ven inmersas en una negociación se proponen alcanzar una serie de metas, si bien puede ser que al principio no estén determinadas, sí que son determinables, y para alcanzar dichas metas deciden defender una posición en la negociación. Lo más habitual es que esas posiciones sean contrarias, y lo que al principio era una negociación se convierte poco a poco en un campo de batalla donde cada parte se limita a defender su propia posición. Esta estrategia lo que produce no es sino crear un ambiente negativo en el que no fluye la comunicación, conllevando a la demonización de la contraparte, cuyas pretensiones se ven como algo totalmente fuera de lugar y de ninguna manera aceptables.

Este tipo de técnica de defensa es la que comúnmente se conoce como negociación puramente posicional. Algunos autores, como RODRÍGUEZ PRIETO indican que, paradójicamente, es la más frecuente, y que esta dinámica de ataque y contraataque “tiene su origen en mecanismos evolutivos de supervivencia, ya que si nos sentimos agredidos y confundidos, nuestro pensamiento tiende a la simplificación⁵”. Hallándonos en ámbitos de convivencia civilizada, estos mecanismos de defensa carecen de sentido e impiden poder llegar a acuerdos que resulten satisfactorios para las partes. Pues bien, es aquí donde el mediador debe de intervenir para llevar a las partes a otro terreno distinto, un terreno donde

la justicia y el desarrollo de las ADR debe verse desde esta perspectiva, y con plena conciencia de que, en el fondo, ese desarrollo no depende de las leyes, sino del fomento de la cultura de la mediación”.

⁴ BARONA VILAR, S, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la ley 5/2012, de 6 de julio*, Tirant lo Blanch tratados, Valencia, 2013, pág. 96

⁵ RODRÍGUEZ PRIETO, F. “La mediación como sistema de resolución de conflictos”, en GARRIDO DE PALMA, V.M. (Dir.). *Instituciones de Derecho Privado. Tomo IV, Familia, Vol.2*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 856 y 857.

cada parte es capaz de entender las pretensiones e intereses de la contraria, sin tomárselo como una ofensa personal, consiguiendo que abandonen esa defensa posicional y poder llegar así a entablar una relación de comunicación fluida, que puede tener, o no, como consecuencia la llegada de un acuerdo.

A día de hoy, la mayoría de los ciudadanos considera el proceso civil como el medio más adecuado para solucionar una controversia; no existe en nuestro país una cultura de la mediación. No obstante, en ocasiones se intenta evitar el proceso y se acude a la mediación. Y es que estamos ante dos instituciones que tienen un mismo propósito: solucionar el conflicto.

El legislador comunitario, en el apartado 19 del preámbulo de la Directiva, aunque sabe que ambos instrumentos no son idénticos, intenta transmitir a la ciudadanía la idea que la mediación es un instrumento capaz de resolver disputas con una fuerza semejante a la del proceso. Dice textualmente: “*La mediación no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial por el hecho de que el cumplimiento del acuerdo resultante de la mediación dependa de la buena voluntad de las partes*”.

Mientras que en la mediación, en virtud del principio dispositivo, van a ser las partes las que decidan con lo que se avienen para evitar el pleito, no teniéndose que requerir que la solución sea justa o no, simplemente es el desenlace querido y asumido por las partes, en el proceso, va a ser el juez quien decide sobre la disputa, estimando qué es lo más justo en aplicación del derecho al fondo del asunto.

Interesante resulta en este punto poner de relieve la relación de las acciones disolver y resolver para con la mediación y el proceso⁶. Se ha dicho que la mediación, a través del acuerdo logrado, tiene por finalidad *disolver* la controversia conforme las partes quieren. El proceso, en cambio, tiene como objetivo *resolver* la controversia de las partes según la decisión derivada de la autoridad del juez que se ampara en el derecho.

Veamos, a continuación, las características que presenta la mediación como institución, en general; dichas notas se encuentran íntimamente relacionadas con los principios de la mediación, como veremos en el apartado tercero del presente capítulo.

1.1.2. Características de la mediación como institución en general

a) Autodeterminación de las partes

Los ciudadanos tienen reconocido en los textos constitucionales de los Estados democráticos el derecho a la libertad, el cual incluye numerosas actividades como, por ejemplo, la de gestionar el modo de actuación ante la existencia de conflictos en los que se

⁶ BONET NAVARRO, A, *Proceso civil y mediación. Su análisis en la ley 5/2012 de mediación en asunto civiles y mercantiles*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 81 y ss.

ven envueltos, que es la que aquí nos interesa. Es decir, coexisten una pluralidad de vías de tutela que se ofertan a los ciudadanos, las cuales estarán más o menos limitadas en función de la facultad de disposición de las partes. Pues bien, en este escenario de libertades es precisamente dónde nace la mediación. Así lo recoge la ley 5/2012 de 6 de julio, al señalar en el apartado III de su Preámbulo que *“El modelo de mediación se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes y en la intervención de un mediador, del que se pretende una intervención activa orientada a la solución de la controversia por las propias partes. El régimen que contiene la Ley se basa en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad 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”*.

Así pues, esta libertad -inherente al ciudadano por el mero hecho de serlo- permite a las partes, en primer término, recurrir a la figura de la mediación para tratar de solucionar el conflicto⁷, y, en segundo término, generar alternativas y opciones para resolverlos y alcanzar acuerdos que permitan satisfacer sus intereses particulares; y, en el caso de que no se alcance ningún acuerdo (la mediación puede no terminar con un acuerdo) esa misma libertad les permite acudir a otros cauces de resolución de conflictos como puede ser el proceso judicial; pero, no sólo eso, una vez comenzado el procedimiento de mediación, las partes pueden darlo por concluido en cualquier momento pues no están obligados a permanecer en el proceso: la mediación, como decimos, es un proceso libre y voluntario. Se observa claramente como las partes son las verdaderas protagonistas del procedimiento de mediación.

b) La figura del mediador

La figura del mediador es clave en el procedimiento de mediación; así lo proclama la ley 5/2012 de 6 de julio, en el apartado III de su Preámbulo: *“El mediador es, de acuerdo con su conformación natural, la pieza esencial del modelo, puesto que es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes. La actividad de mediación se despliega en múltiples ámbitos profesionales y sociales, requiriendo habilidades que en muchos casos dependen de la propia naturaleza del conflicto. El mediador ha de tener, pues, una formación general que le permita desempeñar esa tarea y sobre todo ofrecer garantía inequívoca a las partes por la responsabilidad civil en que pudiese incurrir”*.

La figura del mediador no aparece definida en la Ley 5/2012, de 6 de julio, pero sí en la Directiva 2008/52/CE. Según el artículo 3 del instrumento comunitario, mediador es *“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*

⁷ Ver en este sentido ACEVEDO BERMEJO, A. *El divorcio sin pleito: el abogado y la mediación familiar*, Tecnos, Madrid, 2009, págs. 42 a 47.

cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación”.

Pero, ¿qué requisitos exige la ley para poder actuar como mediador? De acuerdo con lo previsto en el artículo 11 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, han de ser personas naturales que se encuentren en pleno ejercicio de sus derechos civiles; además han de estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, la cual se logrará mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional.

Seguidamente, en el artículo 13 de la citada ley se regula la actuación del mediador, consagrándose de manera somera las funciones del mediador, las cuales no van a exponerse aquí de manera íntegra, de modo que nos remitimos al citado artículo, simplemente hacer mención a que la Ley de mediación contempla una mediación facilitadora⁸, en la que el mediador conduce el procedimiento de mediación, ayuda a las partes a gestionar su conflicto y las aproxima para que sean éstas las que alcancen el acuerdo. Ahora bien, el hecho de que el mediador no pueda proponer ni imponer una solución, no significa que no pueda adoptar una posición activa.

c) No es proceso sino procedimiento extrajudicial

Finalmente, en tercer y último lugar, conviene realizar una adecuada acotación conceptual que nos va a proporcionar la capacidad suficiente para distinguir lo que es proceso de lo que no lo es.

Por todos es sabido que para que podamos hablar de proceso debe de ejercitarse la función heterocompositiva, esto es, la intervención de un tercero en la toma de la decisión final. Esto no sucede en la mediación, pues el mediador -que, como dijimos anteriormente, puede ser hasta un árbitro o un juez, si bien una de las recomendaciones es que estos agentes no sean mediadores⁹- no dirige el conflicto, no resuelve. Lo que ocurre en la mediación es una concatenación de actuaciones que toman la forma de procedimiento. Por tanto, lo apropiado es identificar la mediación con un procedimiento, y no con un proceso.

Una de las ventajas que ofrece la mediación, es precisamente que se trata de un procedimiento donde no se requiere una estructura rígida y de obligado cumplimiento; así lo ponen de relieve, tanto la Directiva 2008/52/CE como la ley 5/2012. En su considerando

⁸ FERNÁNDEZ FUSTES, M^a D. “El mediador”, en PILLADO GONZÁLEZ, E. y FARIÑA RIVERA, F. *Mediación familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica*, Tirant Monografías, Valencia, 2015, pág. 100.

⁹ La Ley 11/2011 de 20 de mayo, de reforma de la ley 60/2003 de arbitraje añade un nuevo apartado 4 al artículo 17 con la siguiente redacción: “4. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre éstas”.

6, afirma la Directiva: “*La mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes*”. Nuestra Ley de Mediación, por su parte, en su Exposición de Motivos, apunta que la mediación “*Es un procedimiento sencillo y flexible que permite que sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus fases fundamentales*”.

Bajo este escenario, podemos comprender la mentalidad del legislador, que fija en el Título IV de la ley nacional las directrices generales del procedimiento de mediación, en las cuales la autonomía de la voluntad de las partes resulta fundamental, convirtiéndose en buena parte de la esencia del procedimiento de mediación. Compartimos la opinión al respecto de BARONA VILAR, que entiende que lo que se ha ambicionado es “otorgar ciertas llaves procedimentales como garantías de su desarrollo¹⁰”, sin perjuicio de la flexibilidad que va a imperar en el procedimiento en sus diversas fases en que va a llevarse a cabo la mediación.

1.2. Virtudes de la mediación frente a los métodos heterocompositivos de resolución de conflictos

Definida en estos términos la mediación, veamos brevemente cuáles son las ventajas que presenta este procedimiento frente a los medios heterocompositivos, particularmente frente al proceso judicial, donde –recordemos- la nota característica reside en que un tercero imparcial tiene el poder decisorio sobre la solución final al conflicto¹¹.

Dichas virtudes, a nuestro juicio, son inherentes a la mediación como método autocompositivo de resolución de conflictos; ahora bien, el orden de presentación de las mismas no significa que se consideren más importantes unas que otras:

a) En la mediación se produce un ahorro, tanto de dinero como de tiempo

El ahorro económico es evidente, pues se requiere la intervención de menos profesionales que en un proceso judicial, al que, en la mayoría de los casos, como mínimo, cada una de las partes tiene que acudir necesariamente representada por procurador y bajo la defensa técnica de un abogado. En la mediación, nos encontramos con que es posible que el único gasto a sufragar sean los honorarios del mediador o de la institución que proporcione sus servicios de mediación. Pero es que es posible que ni siquiera las partes, o

¹⁰ BARONA VILAR, S. *Mediación en asuntos civiles...op.cit.*, pág. 105

¹¹ Para profundizar sobre la diferencia entre métodos autocompositivos y métodos heterocompositivos, ver MARQUÉS CEBOLA, C, *La mediación*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 147 y ss.

al menos una de ellas, tengan que hacer frente a estos gastos, pues existen normativas autonómicas que ofrecen la gratuidad de tal servicio si se cumplen una serie de requisitos¹².

De modo que, las partes eludirían pagar costas procesales que normalmente son cantidades elevadas, por no hablar del coste de un hipotético recurso frente a la sentencia que no se considera justa, incumplimientos de sus pronunciamientos etc.

Destacable es también el ahorro temporal: la mediación constituye un procedimiento mucho más corto, pues, si bien la Ley 12/2012, de 6 de julio no establece un periodo máximo de duración del procedimiento de mediación, sí exige en su artículo 20 que “*La duración del procedimiento de mediación sea lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones*”. Evidentemente, cada procedimiento tiene sus circunstancias que hacen que el número de sesiones varíe, pero conviene poner de manifiesto que esa brevedad resultará útil en tanto en cuanto las partes alcancen un acuerdo, de lo contrario puede provocar una dilación mayor sobre el futuro proceso judicial.

b) La mediación es un método no adversativo

Fruto de la buena voluntad de las partes, ambas deciden someterse libremente a un procedimiento de mediación que se basa fundamentalmente en la existencia de un buen canal de comunicación y la colaboración mutua entre las partes. Y es que ellas, y solo ellas, son las que van a alcanzar de forma libre y voluntaria un acuerdo que solucione el conflicto. Por tanto, en virtud de estas características se puede afirmar que es un medio de solución de conflictos pacífico. Por su parte, un proceso judicial fomenta inevitablemente que ambas partes -demandante y demandado- se vean como adversarios, ya que cada parte contratará a un abogado para que en el foro expongan argumentos contrapuestos para convencer al juzgador, quien, con su sentencia, hará que unos se alcen como vencedores y otros como vencidos.

En la medida en que la mediación fomenta la colaboración y el acercamiento entre las partes, dicho procedimiento hace posible que cada una de ellas pueda llegar a entender las necesidades y el por qué de los pedimentos de la parte contraria; la mediación cumple así una función pedagógica. Y, algo muy importante, la mediación contribuye a que las partes puedan conservar sus relaciones: esto cobra especial relevancia en asuntos de familia,

¹² Por ejemplo, en Castilla y León, la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León, en su artículo 13, contiene los supuestos de gratuidad de la mediación:

1. “*La prestación del servicio de mediación será gratuita para aquellas personas físicas que acrediten disponer de recursos económicos escasos, con arreglo a los criterios y condiciones que se establezcan reglamentariamente, no pudiendo ser nunca estos requisitos menos favorables a los que se exigen para la condición de beneficiarios del derecho de asistencia jurídica gratuita.*”
2. “*Si el beneficio de mediación familiar gratuita solo le fuera reconocido a alguna de las partes en conflicto, la otra parte o partes tendrán que abonar el coste u honorarios de la mediación que proporcionalmente les corresponda*”.

donde es posible que existan lazos comunes, como pueden ser los hijos, que hagan que esa relación tenga que perdurar en el tiempo, pero no sólo (a veces, puede interesarse el mantenimiento de las relaciones comerciales).

c) La mediación ofrece mayor flexibilidad y eficacia de las soluciones

La mediación es un método autocompositivo de solución de conflictos; son, por tanto, las partes las que van a fijar los términos de ese acuerdo final; ellas son quienes ostentan el control sobre el resultado final, en contra de lo que sucede en los métodos heterocompositivos, donde es un tercero el que impone la solución final. Como la solución nace fruto del diálogo, las soluciones pueden ser más imaginativas y, sin duda, más acordes con lo que necesitan las partes; dicho en otras palabras, la mediación permite abrir un abanico de soluciones, que no tienen por qué ser justas; lo importante es que son las que las partes quieren y en las que están de acuerdo. Esto trae como consecuencia que se solucione el verdadero problema que interesa a los protagonistas, la cuestión principal que preocupa a las partes, pues en ocasiones, en el proceso judicial no se consigue atajar el problema principal, sino sólo una concreta derivación del mismo.

Así, las soluciones alcanzadas en mediación se demuestran eficaces, ya que las medidas han sido consensuadas por las partes y son capaces de entender el razonamiento que ha llevado a la adopción de las mismas. Por poner un ejemplo, imaginemos el caso -que se da a menudo en la práctica-, de un ex cónyuge que se niega a proporcionar la pensión compensatoria que se le impone en una sentencia por estimarla injusta o desproporcionada; será mucho más probable que la pague en los casos en los que él mismo la haya aceptado y consensuado, como ocurre en mediación.

d) Confidencialidad

Aparte de ser un principio informador de la mediación, consagrado en el artículo 9 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, se configura como una de las principales ventajas que ofrece la mediación. Ello se debe a que normalmente, en una batalla judicial, salen a la luz una serie de circunstancias que, ya sean reales o presuntas, pueden afectar de manera más o menos grave a la reputación personal y/o profesional de las partes que se ven involucradas. La confidencialidad se ofrece, por tanto, como una garantía-compromiso de las partes y del propio mediador, que puede llegar a impedir *“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 y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo”*, si bien existen excepciones que se expondrán más adelante.

1.3. Principios informadores

El legislador español ha dedicado el Título II a consagrar una serie de principios informadores de la mediación (artículos 6 a 9), a los que une un conjunto de deberes o formas de actuación de las partes en la mediación (artículo 10). Estos principios se van a identificar como el marco de actuación básico a partir del cual debe desarrollarse la mediación.

La inclusión de estos principios informadores ha recibido numerosas críticas debido a que se considera que han quedado incompletos¹³. En palabras de BARONA VILAR, “ni están todos los que son, ni son todos los que están¹⁴”.

Por su parte, la Directiva no recoge de manera conjunta estos principios que sí enumera la ley 5/2012, si no que lo que hace es establecerlos a lo largo de su texto normativo, como por ejemplo el principio de voluntariedad a través del Considerando 13, o el principio de confidencialidad, plasmado en el artículo 7.

Sin más procedemos a desarrollar cada uno de los principios proclamados en la ley nacional de mediación.

a) Voluntariedad y libre disposición

Uno de los pilares fundamentales sobre los que se basa el modelo de mediación es la voluntariedad. Así lo establece la propia ley en el apartado 3 de su exposición de motivos.

¹³ Dictamen del Consejo de Estado número 2222/2010 de 17 de febrero de 2011, en el que se realizan unas observaciones al texto del Anteproyecto, «Con carácter general, una primera cuestión que plantea la inclusión en el Anteproyecto de esos principios es su carácter incompleto. Al menos, a la hora de enumerarlos y definirlos en el Capítulo II, se echan en falta algunos principios como, por ejemplo, el de eficacia, en cuanto a la accesibilidad al procedimiento y a un coste controlado por las partes; el de transparencia, en cuanto al acceso de las partes a la información necesaria en cada fase del procedimiento (modalidades generales - lengua, calendario- , desarrollo, coste, valor del acuerdo si éste se produce); el de inmediatez o también denominado carácter personalísimo, en cuanto que las partes deben asistir personalmente a las reuniones sin que puedan valerse de representantes o de intermediarios salvo situaciones excepcionales (vid., por ejemplo, artículo 8 de la Ley del Parlamento de Cataluña 15/2009), y el de debate contradictorio o el del debido proceso con las correspondientes garantías a las partes de respeto a la igualdad y con interdicción de la indefensión, así como permitirles conocer cualquier diligencia, presentar pruebas y ponerlas en conocimiento de la parte adversa. En todo caso, a título de ejemplo, puede citarse la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar en el País Vasco, en cuyo artículo 8 se enumeran hasta diez "principios rectores". A lo largo del texto del Anteproyecto, no obstante, se reflejan varios de esos principios reseñados y el Consejo de Estado nada tiene que objetar a que no se hayan incorporado algunos de ellos como ocurre, por ejemplo, con el principio de inmediatez o de carácter personalísimo pues, efectivamente, el hecho de que las partes deban acudir personalmente sin valerse de representantes o de intermediarios puede, en ocasiones, desfavorecer el fin último de la mediación, la consecución del acuerdo».

¹⁴ BARONA VILAR, S. *Mediación en asuntos civiles... op.cit.*, pág. 159.

Asimismo podemos observar la importancia de tal principio al verlo consagrado en el artículo 6¹⁵, primero de los cinco contenidos en el citado Título.

Concretamente, el artículo 6 reza que:

“1. La mediación es voluntaria.

2. Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste.

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

El fundamento de este principio radica en que al ser un método autocompositivo de resolución de conflictos, se requiere que sean las propias partes las que de forma totalmente libre y voluntaria tomen la decisión de someterse a mediación, y una vez allí, mantenerse para poder llegar, si lo creen conveniente, a un acuerdo consensuado.

La presencia del principio de voluntariedad en la Ley 5/2012, de 6 de julio, tiene al menos, cuatro manifestaciones evidentes que se dan en diferentes momentos del procedimiento de mediación¹⁶:

1) En cuanto a las formas de iniciación del procedimiento:

Existe libertad de iniciación, pues es posible que se inicie a petición de las dos de común acuerdo, o una de ellas, siempre que la otra lo haya aceptado, o en cumplimiento de una cláusula de sometimiento a mediación. Dudas puede suscitar este último supuesto; no obstante, la voluntariedad queda amparada, pues, por una parte, la voluntad de las partes se dio en el momento de firmar la cláusula de sometimiento; por otro, porque la cláusula obliga a “intentar” la mediación, pero basta con que la otra parte no acuda a la sesión inicial para que quede abierta la vía judicial.

2) En cuanto a la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la disputa:

De las partes va a depender que se alcance finalmente un acuerdo o no. Dicho acuerdo no tiene que ser necesariamente justo; basta con que sea lo que las partes deseen, lo que las partes consideran que es mejor para ellos. El acuerdo nace de la libre

¹⁵ De la lectura del artículo se observa como en ningún momento se alude a la libre disposición. Tenemos que acudir al artículo 2 de la ley, donde al referirse al ámbito de aplicación de la ley, excluye las materias “*que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable*”.

¹⁶ PILLADO GONZÁLEZ, E. *Mediación familiar. Una nueva...op.cit.*, pág 81 y siguientes.

voluntad de las partes. Ahora bien, obviamente, se establecen límites¹⁷: en este sentido, el artículo 19.1 de la LEC, establece que “*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*”.

3) En cuanto a la posibilidad de desistimiento:

Las partes van a poder desistir del procedimiento de mediación en cualquier momento. Así lo determina el artículo 6.3. Esta previsión, no obstante, debe ser puesta en consonancia con lo dispuesto por el artículo 10.2, según el cual las partes “*actuarán entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo*”. Sobre esa base, si a una parte se le ocurre acudir a la mediación con el mero afán de dilatar el futuro proceso judicial, podría exigírsele responsabilidad por daños y perjuicios.

4) En cuanto a la posibilidad de desistimiento:

Van a ser las partes las que decidan toda una serie de cuestiones relativas al procedimiento en sí mismo, tales como la elección de la persona del mediador o la institución de mediación, el lugar de celebración etc.

Finalmente añadir que esta voluntariedad puede alcanzar incluso al propio mediador, en tanto en cuanto tiene facultad para aceptar o no el encargo de mediar (art.13.3), y también puede suspender el procedimiento de mediación o darlo por terminado en cualquier momento, si concurren las circunstancias previstas en la ley (art. 22.1).

b) Igualdad de las partes e imparcialidad del mediador

Estos principios van unidos dado que se complementan entre sí. Imponen al mediador, por una parte, el deber de intentar equilibrar la posible superioridad de una parte frente a la otra, y por otra, el deber de no posicionarse a favor de una de las partes.

Ambos vienen recogidos conjuntamente en el artículo 7 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, que expresamente dice: “*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*”.

Para muchos autores, como MARTÍN DIZ, el principio de igualdad de partes es el principio fundamental de la mediación, ya que “de existir una posición de superioridad de una parte sobre la otra casi con total seguridad la solución del conflicto no va a pasar por

¹⁷ En el ámbito de la mediación familiar, el interés del menor debe de entenderse como un límite a la disponibilidad de las partes sobre el objeto de la mediación.

una solución autocompositiva como es la mediación¹⁸”. Nos damos cuenta de que el papel que juega el mediador en este aspecto es fundamental, ya que es el encargado de controlar y reaccionar ante los desequilibrios del poder que puedan darse entre las partes empleando las técnicas y estrategias adecuadas; de ahí, la importancia de que el mediador cuente con una buena formación y entrenamiento.

Al hilo de esta cuestión surge la inevitable pregunta de si debe ser el legislador el encargado de prohibir la mediación en aquellos casos en los que exista desequilibrio posicional o será el mediador el que se ocupe de valorarlo en cada caso concreto.

Resulta evidente que en determinados casos, como sucede en violencia de género, el desequilibrio entre las partes es indudable¹⁹. Sin embargo, en otros ámbitos resulta muy difícil determinar a priori ese desequilibrio posicional. Por tanto, estamos de acuerdo con lo manifestado por MARQUÉS CEBOLA, cuando afirma que “la solución no pasa por la prohibición *ab initio* y en abstracto de la mediación en determinados casos²⁰”. Basta con que se asegure que ninguna de las partes ha sido obligada a acudir a mediación y que en cualquier momento cada una de las partes esté capacitada para desistir del procedimiento de mediación.

Con respecto a la imparcialidad, el Borrador de Código Europeo de conducta para los mediadores²¹, establece en su apartado 2.2 que “*El mediador actuará imparcialmente con las partes en todo momento, y se esforzará en demostrar su imparcialidad, se comprometerá asimismo a servir equitativamente a todas las partes durante el procedimiento de mediación*”.

Por tanto, importante es que el mediador cumpla efectivamente con este principio de imparcialidad²², no favoreciendo con sus actos a alguna de las partes por encima de la otra; pero también es de vital importancia que las partes perciban que el mediador está actuando correctamente, pues así se creará el clima de confianza que permite a los mediados poner todo de su parte para alcanzar el acuerdo.

¹⁸ MARTÍN DIZ, F. *La mediación: sistema... op.cit.*, págs. 69 y ss.

¹⁹ DEL POZO PÉREZ, M, *La mediación en materia de familia y Derecho penal: estudios y análisis*, Andavira Editorial, Santiago de Compostela, 2011, págs. 283 y siguientes.

²⁰ MARQUÉS CEBOLA, C. *La mediación, op.cit.*, págs. 188 y 189.

²¹ Disponible en http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf.

²² El artículo 13.5 de la ley establece una serie de circunstancias que afectan a la imparcialidad del mediador, concretamente:

- a) “*Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una 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 u organización, 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 cuando asegure poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente*”.

c) *Neutralidad*

La Recomendación N° R(98)1 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la mediación familiar aprobada el 21 de enero de 1998 contiene una serie de pautas que van a conformar en buena medida la esencia de este principio de neutralidad. Particularmente dice que: “1) *El mediador es neutral respecto al resultado del proceso de mediación;* 2) *El mediador respeta los puntos de vista de las partes y preserva su legalidad en la negociación;* 3) *El mediador no tiene poder para imponer una solución a las partes;* 4) *El mediador debe, en los casos adecuados, informar a las partes de la posibilidad que tienen de recurrir al consejo conyugal o a otras formas de consejo como modos de regular los problemas conyugales o familiares;* 5) *El mediador puede facilitar informaciones jurídicas, pero no debe dar consejo jurídico. Debe, en los casos apropiados, informar a las partes de la posibilidad que tienen de consultar a un abogado u otro profesional competente”.*

Por su parte, la Ley 5/2012, de 6 de julio, recoge este principio en el artículo 8, dándole la siguiente redacción: “*Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13”.*

SUARES identifica la neutralidad como una habilidad del mediador basada en la “*equidistancia*”²³, es decir, una técnica desarrollada por el mediador consistente en situarse a la misma distancia con respecto a la partes, otorgándoles un trato análogo.

En ningún caso debe entenderse esta neutralidad como una conducta pasiva del mediador²⁴; todo lo contrario, pues tiene la labor de comprometerse con el procedimiento de mediación pero sujetándose a su tarea, que no es otra que facilitar la comunicación entre las partes para conducirles a que lleguen a un acuerdo final consensuado.

d) *Confidencialidad*

La confidencialidad es otro de los principios informadores de la mediación previsto en la Ley 5/2012, de 6 de julio. PILLADO GONZÁLEZ señala como principal finalidad de este principio “el generar en las partes la confianza necesaria para favorecer que las mismas expresen sus necesidades e intereses sin temor a que la información vertida en el procedimiento de mediación pueda ser utilizada en su contra en otro medio de solución de conflictos, en particular en un juicio posterior o arbitraje”²⁵. Y es que resulta evidente que sólo en un clima de confianza las partes se sienten seguras como para abandonar sus

²³ SUARES, M. *Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós, Buenos Aires, 1999, págs. 151 y siguientes.

²⁴ GARCÍA PRESAS, I. *La mediación familiar. Una alternativa en el proceso judicial de separación y divorcio*, La Ley, Madrid, 2009, págs. 177 y 178.

²⁵ PILLADO GONZÁLEZ, E. *Mediación familiar... Op.cit.*, pág.84.

estrategias de ocultar información, lo que facilita considerablemente la obtención de un acuerdo²⁶.

Particularmente, en un procedimiento de mediación familiar este principio se muestra como fundamental, ello es debido a las personales informaciones acerca de la vida íntima familiar y de la privacidad que se ponen de manifiesto en estas disputas, y que por medio de ella se tratan de resolver²⁷.

Respecto a quiénes alcanza esta confidencialidad, el artículo 9.1 de la ley nos da la respuesta al establecer que: *“El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento”*. A esto hay que añadir que también afecta a otras personas que puedan intervenir en el procedimiento de mediación, como pueden ser los abogados de las partes o los peritos²⁸.

Por su parte, la Directiva 2008/52/CE, consagra este principio en su artículo 7, *“los Estados miembros garantizarán, salvo acuerdo contrario de las partes, que ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso”*. Curioso resulta, como apunta MARQUÉS CEBOLA, que la Directiva lo que prescribe es un *“privilegio o derecho de no revelar²⁹”* el contenido de las sesiones; no establece un deber de confidencialidad.

Sin embargo, este derecho-deber de confidencialidad no es categórico, sino que el artículo 9.2 de la ley contempla una serie de excepciones bajo las cuales esta confidencialidad cede, concretamente:

“a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad.

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

²⁶ Ver en este sentido CORVO LÓPEZ, F.M. “El alcance del deber de confidencialidad en el proceso de mediación familiar”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil Doctrinal*, Nº 1, 2011, págs. 43-78.

²⁷ ILLÁN FERNÁNDEZ, J.M. *Mediación familiar. Guía práctica para mediadores*, Thompson Reuters Aranzadi, Cizur menor (Navarra), 2013, pág. 233.

²⁸ En razón de esto, la disposición final 3ª de la Ley 5/2012, de 6 de julio modifica los artículos 335.3 y 347.1 de la LEC, dándoles la siguiente redacción: *“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, y El tribunal sólo denegará las solicitudes de intervención que, por su finalidad y contenido, hayan de estimarse impertinentes o inútiles, o cuando existiera un deber de confidencialidad derivado de la intervención del perito en un procedimiento de mediación anterior entre las partes, respectivamente”*.

²⁹ MARQUÉS CEBOLA, C. *La mediación. Op.cit.*, pág. 180.

Finalmente añadir que el incumplimiento de este deber de confidencialidad generará una responsabilidad³⁰ tal y como prevé el artículo 9.3, “*La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico*”³¹.

e) *Lealtad, buena fe y respeto mutuo*

Estos principios, que no se presentan como principios autónomos, se refieren solamente a los mediados. Así lo expresa el artículo 10.2 de la ley: “*Las partes sujetas a mediación actuarán entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo*”.

Básicamente con ello se quiere incidir en que para que el procedimiento de mediación llegue a buen puerto, es decir, que se alcance un acuerdo satisfactorio para ambas partes, es necesario que los mediados tengan una buena conducta, en el sentido de no utilizar el cauce de la mediación con fines fraudulentos, como puede ser la dilación en el tiempo para con el proceso judicial posterior o sacar provecho de la información facilitada.

Por su parte, en el caso de que sea el mediador el que actúe faltando a alguno de estos principios, se le puede exigir responsabilidad al amparo del artículo 14 de la Ley 5/2012, de 6 de julio.

1.4. Dos cuestiones relevantes en el ejercicio de la abogacía

1.4.1. Cláusula de compromiso de acudir a mediación

En ocasiones, en un contrato, en un acuerdo prematrimonial, en un acuerdo previo de mediación... se incluyen cláusulas en virtud de las cuales las partes se comprometen a acudir a mediación si, con posterioridad, surge algún conflicto en el ámbito de que se trate. La existencia de tales cláusulas cobra especial interés en la práctica de la abogacía. Y ello porque, si a la hora de proceder a la defensa técnica de un litigio nos encontramos con la existencia de una cláusula de sumisión a mediación, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial, las partes han de someterse a mediación para tratar de solucionar la controversia.

³⁰ Esta responsabilidad puede darse tanto respecto de los mediadores como de las instituciones de mediación como de los sujetos mediados o terceros intervinientes. Para ver más al respecto BARONA VILAR, S. *Mediación en asuntos civiles... Op.cit.*, págs. 205 a 211.

³¹ La transgresión de este deber de confidencialidad puede influenciar en los pronunciamientos de los tribunales en el hipotético proceso judicial posterior, como sucede en la reciente SAP de Barcelona de 31 de marzo de 2016 (ROJ: 2202/2016), en la que se solicita que se deje sin efecto la retroacción de la reducción del importe de la prestación de alimentos, y la misma se estima, entre otros motivos, porque trascendió al órgano judicial el contenido de ofertas y contraofertas sostenidas en el procedimiento de mediación.

Tales cláusulas son perfectamente válidas pues, en virtud del principio de autonomía de la voluntad y de la libertad de disposición de los derechos que les corresponden, las partes pueden recurrir a la figura de la mediación como forma de eludir, al menos temporalmente, un proceso jurisdiccional. Así lo prevé expresamente el artículo 6 de la Ley 5/2012, de 6 de julio: “*Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste*”.

En nuestra opinión, tales cláusulas resultan muy útiles en determinados negocios jurídicos de familia, como, por ejemplo, en los convenios reguladores -donde se van a reglamentar una serie de obligaciones a largo plazo de las que pueden surgir conflictos-, o en las capitulaciones matrimoniales –que tienen por objeto fijar el régimen económico matrimonial de los cónyuges-, pues llegado el momento de la liquidación del mismo, suelen surgir multitud de controversias, las cuales pueden encontrar su solución ideal a través de una mediación.

Evidentemente, la existencia de esta cláusula de sumisión a mediación debe haber sido pactada por las partes de manera totalmente voluntaria y consensuada; nunca debe ser impuesta³². Compartimos plenamente la opinión de MARTÍN DIZ, en el sentido de que, para que prospere un procedimiento de mediación y se pueda alcanzar una solución satisfactoria para ambas partes, la voluntariedad y la libertad de las partes en la disposición de sus derechos son condiciones esenciales para dispensar este método autocompositivo de solución de conflictos. Y es que esta afirmación es puramente lógica, pues obligar a una persona a acudir a la mediación contra su voluntad no favorece a que se alcance un nivel de comunicación adecuado que haga posible llegar a un acuerdo sobre la controversia³³.

En consonancia con lo establecido en el artículo 6, el artículo 10.2 establece que “*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*”. Con relación a este precepto, es preciso realizar una puntualización, ya que la lectura del artículo puede inducir a error: la prohibición para los tribunales de entrar a conocer sobre controversias sometidas a mediación no es consecuencia de que concurren dos actos (la existencia del pacto de sumisión a mediación, por una parte, y la iniciación de la mediación, por otra) que han de darse a la vez; la mera existencia del pacto de compromiso

³² Sin embargo, existen Juzgados de Primera Instancia que debido a la escasa cuantía que se discute en algunos litigios, antes de continuar con el proceso, instan a las partes a que acudan de manera obligatoria a una sesión informativa de mediación (AJPI de Granada de 11 de noviembre de 2015 ROJ: AJPI 19/2015), o incluso imponen a una de las partes una sanción económica por mala fe procesal concretada en un abuso del proceso por no acudir a sistemas alternativos como primera opción (AJPI de Barcelona de 26 de enero de 2015 ROJ: AJPI 3/2015).

³³ MARTÍN DIZ, F. *La mediación: sistema...* Op.cit., págs. 71 y ss.

de sometimiento es suficiente para que se ordene la exclusión de la intervención de los tribunales³⁴.

Como decíamos, el propio artículo 10.2 expresa -con otras palabras y de manera más contundente- la imposibilidad de los protagonistas de ejercitar contra las otras partes acción judicial o extrajudicial alguna en relación con su objeto. Pero, seguidamente, contempla una excepción: “*la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos*”.

Respecto al modo en que debe hacerse valer la existencia de la cláusula compromisoria de mediación, hay que decir que la figura procesal prevista a tal efecto es la declinatoria. Así lo prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil en el artículo 63.1. Además, el artículo 65.2 dispone que, si se estima la declinatoria, lo declarará mediante auto, se abstendrá de conocer y lo sobreseerá. Aquí se vuelve a poner de manifiesto la vital importancia de la voluntariedad de la partes al sometimiento de la mediación. Y es que, por mucho que una parte haga uso de la declinatoria para llevar la controversia a través de una mediación y ésta se estime, si la otra parte no quiere, dispone de muchos cauces para volver al proceso jurisdiccional, como, por ejemplo, no acudir a la sesión informativa (art.17.1 Ley 5/2012), o no firmar el acta de la sesión constitutiva (art. 19.2). En definitiva, tal y como reza textualmente el artículo 6.3 de la Ley 5/2012, “*Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo*”.

1.4.2. *Influencia de la mediación en el transcurso de los plazos*

Otra cuestión cuyo análisis resulta fundamental si tenemos el ojo de mira en el ejercicio de la abogacía es la determinación del efecto que la mediación produce sobre los plazos de prescripción y caducidad. No en vano, para entablar debidamente acciones o para realizar determinados actos procesales hay que respetar los plazos previamente establecidos; normalmente, se trata de plazos de prescripción cuando se trata de entablar la acción; cuando lo que se quiere es realizar actos procesales, en cambio, los plazos son de caducidad.

De modo que, en la práctica, ante el sometimiento a mediación para solucionar una controversia, hay que examinar cuál es la influencia del procedimiento de mediación para con el transcurso de dichos plazos: ¿Siguen corriendo los plazos mientras dura el procedimiento de mediación? ¿Se interrumpen? ¿Se suspenden? ¿El efecto se produce de forma automática o a instancia de parte? ¿Cuál es el cómputo de los plazos? A todas estas preguntas trataremos de dar respuesta a continuación.

Como no puede ser de otra manera, el punto de partida ha de ser la regulación que sobre el asunto se contiene tanto en la Ley nacional como en la Directiva Europea. Por lo

³⁴ BONET NAVARRO, Á. *Proceso civil...* Op.cit., pág 85.

que respecta a la Directiva 2008/52/CE, cabe señalar que en su artículo 8 se dice textualmente:

1. *“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.*

2. *Lo dispuesto en el apartado 1 se entenderá sin perjuicio de las disposiciones sobre plazos de caducidad o prescripción incluidas en los acuerdos internacionales en que sean partes los Estados miembros”.*

La Ley 5/2012, de 6 de julio, por su parte, en el artículo 4, proclama: *“La solicitud de inicio de la mediación conforme al artículo 16 suspenderá la prescripción o la caducidad de acciones desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por el mediador, o el depósito ante la institución de mediación en su caso”.*

Como vemos, la Directiva determina de manera somera que se asegurará por parte de los estados miembros que mientras dure el procedimiento de mediación no corran los plazos de prescripción y caducidad. Lógicamente, no establece el efecto concreto debido a que el mismo ha de ser fijado por cada uno de los estados miembros. Por su parte, la ley nacional expresa cuál va a ser el efecto de la mediación sobre los plazos: se atribuye el efecto suspensivo, tanto para los plazos de prescripción como para los plazos de caducidad. El objetivo no es otro que proteger a las partes para que no se vean perjudicadas por el hecho de que, por acudir a mediación, transcurran los plazos para poder ejercitar las acciones o realizar los actos procesales correspondientes.

La siguiente cuestión a dilucidar es si esa suspensión se produce de manera automática o a instancia de parte. A tal fin, hay que distinguir entre lo que sucede, de un lado, en los plazos de caducidad y, de otro, en los plazos de prescripción.

Si acudimos a la Ley de Enjuiciamiento Civil, nos encontramos con que en diversos preceptos, como pueden ser el 414.1, o el 440.1, se establece la obligación de que se comunique a las partes la posibilidad de acudir a una negociación con el fin de solucionar la controversia que las confronta³⁵. Pero es que, al margen de estas oportunidades que brinda el legislador, al amparo del artículo 19.4 de la LEC, *“las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada por el Secretario judicial mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no*

³⁵ Así, el artículo 414.1 LEC contempla tal posibilidad al señalar que en la convocatoria para la celebración de la Audiencia previa, *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.* El 440.1 LEC contiene una previsión similar pero para el caso de la citación para la vista en el juicio verbal.

supere los sesenta días”³⁶. Este último precepto atañe únicamente a la caducidad de los plazos, refiriéndose la misma al desarrollo de actuaciones procesales, una vez comenzado el proceso judicial. Por tanto, en virtud de este artículo, parece lógico deducir que van a ser las partes las que transmitan al juzgador el deseo de suspensión como consecuencia del comienzo de un procedimiento de mediación³⁷.

En el ámbito de los plazos de prescripción no se plantea problema alguno. El inicio de un procedimiento de mediación traerá como consecuencia la suspensión automática de los plazos de prescripción para el ejercicio de las acciones. De modo que, si al finalizar la mediación no se ha alcanzado un acuerdo, se podrá ejercitar la acción judicial pertinente ya que el órgano jurisdiccional competente tendrá en cuenta la existencia de ese procedimiento de mediación previo.

Por último, hay que determinar el *dies a quo* y el *ad quem* a la hora de computar la suspensión de los plazos de caducidad y de prescripción. Por lo que se refiere al de inicio, el momento clave, según lo determinado en el artículo 4 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, anteriormente citado, es la fecha en la que conste la recepción de la solicitud por el mediador, o el depósito ante la institución de mediación. Sin embargo, en el propio art.4 se prevé una situación que haría que se perdiese la eficacia suspensiva, “*Si en el plazo de quince días naturales a contar desde la recepción de la solicitud de inicio de la mediación no se firmara el acta de la sesión constitutiva prevista en el artículo 19, se reanudará el cómputo de los plazos*”.

Por su parte, el *dies ad quem* viene determinado por el párrafo tercero del art. 4, en el que se prevén tres situaciones distintas:

- 1) Hasta la fecha en que las partes firman el acuerdo de mediación. Resaltar que lo fundamental es el día en el que las partes proceden a firmar el acuerdo, independientemente que el mismo se haya alcanzado en fechas posteriores.
- 2) La firma del acta final. De nuevo lo esencial es la fecha que consta en esa acta final.
- 3) Cuando se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en la Ley; estaríamos en este caso ante una terminación extraordinaria del procedimiento de mediación, en la que, nuevamente, lo importante es la fecha del acta de finalización del procedimiento.

³⁶ La Disposición Final tercera de la Ley 5/2012, de 6 de julio introduce las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estableciendo en el apartado 1 que el apartado 1 del artículo 19 queda redactado en los siguientes términos: “*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*”.

³⁷ BARONA VILAR, S. *Mediación en asuntos civiles...Op.cit.*, pág. 154.

CAPÍTULO 2.- LA MEDIACIÓN FAMILIAR

2.1. Régimen jurídico en el Ordenamiento español: la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles

Antes de analizar el marco legal estatal de la mediación familiar, conviene hacer referencia, brevemente, a sus antecedentes más importantes, tanto nacionales como europeos, así como a su razón de ser y estructura.

2.1.1. Antecedentes

En España, ya desde las últimas décadas del Siglo XX, se alzaban voces demandando una regulación estatal de la mediación familiar; el clamor aumentaba a medida que se iban elaborando nuevas disposiciones europeas y autonómicas que se adaptaban a la realidad social imperante. Se insistía en que, en multitud de ocasiones, el proceso judicial no era la forma más adecuada de resolver los conflictos familiares sino todo lo contrario; muchas veces con ocasión del mismo, se agravaban considerablemente las relaciones personales entre las partes, los padres con los hijos³⁸, se producían infinidad de incumplimientos de lo estipulado en la sentencia etc.

Cierta trascendencia tuvo la reforma producida en el Código Civil a través de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. No en vano, dicha ley permitió a los cónyuges reglar las consecuencias por medio del procedimiento de común acuerdo y una de las funciones principales del mediador, en asuntos relativos a separación y divorcio, es colaborar con la familia, facilitar la comunicación entre los miembros de la pareja a fin de que puedan alcanzar acuerdos en base a los cuales confeccionar el convenio regulador. Evidentemente, que las partes aportaran un convenio regulador completo no eludía el procedimiento judicial, pero sí lo agilizaba notablemente.

La existencia del procedimiento judicial de separación o divorcio de mutuo acuerdo elimina en cierta medida el carácter adversativo del proceso judicial; y es que, aunque no siempre sea posible alcanzar los acuerdos necesarios para elaborar la propuesta de convenio regulador, la posibilidad existe desde 1981, y se encuentra recogida legalmente; sin duda, esta era una premisa para que pudiera desarrollarse la mediación como mecanismo eficaz para gestionar y solucionar estos conflictos³⁹.

³⁸ Ver en este sentido CORVO LÓPEZ, F.M. “Los hijos menores ante el proceso de mediación familiar” en GÓMEZ GÁLLIGO, J. *Libro homenaje al Prof. Manuel Cuadrado Iglesias*. T. I., Civitas, Pamplona, 2008, pág. 383-413

³⁹ ILLÁN FERNÁNDEZ, J.M. *Mediación familiar. Guía...Op.cit.*, págs. 79 y ss.

Años más tarde, la Unión Europea, por medio de su Recomendación número R (98)1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 21 de enero de 1998, en su apartado 11.1, recomendó a los gobiernos de los Estados miembros “*instituir o promover la mediación familiar o, en su caso, reforzar la mediación familiar existente*”. En su apartado 2, resaltaba, como uno de los motivos principales que la justificaban, “*el número creciente de conflictos familiares, particularmente los que resultan de una separación o divorcio, y las consecuencias perjudiciales de los conflictos para las familias y el coste social y económico expuesto por los estados*”.

Poco tiempo después, el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, en el art.55.e) aludió también directamente a la figura de la mediación, estableciendo que “*las autoridades centrales cooperarán para facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza*”.

Como puede verse, es en el seno de la UE donde se empieza a ser consciente de la importancia que puede llegar a tener la mediación a la hora de solucionar conflictos, especialmente en el ámbito familiar, y a través de instrumentos como la recomendación, el reglamento y, posteriormente, la Directiva 2008/52/CE intenta impulsar esta figura; se insta a los gobiernos de los Estados miembro a promover y facilitar el uso de este método autocompositivo de resolución de conflictos.

A raíz de estas previsiones procedentes de la Unión Europea, aquí en España, fueron las CC.AA las que se encargaron, en un primer momento, de aprobar disposiciones para aplicar la mediación a ciertos conflictos familiares. En el apartado segundo del presente capítulo se tratará más detalladamente esta cuestión, por tanto me remito a lo que se expondrá posteriormente.

En el ámbito estatal, hay que esperar a la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, para que se hable por primera vez de mediación familiar. En su Exposición de motivos, concretamente, indica que “*Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral*”. Dicha ley apuesta así firmemente por la mediación, en atención a todas las ventajas que presenta con respecto al proceso civil y, por ello, introduce modificaciones en los artículos 770.7 y 777.2 de la LEC, otorgando a las partes la posibilidad de suspender el proceso en cualquier momento para recurrir a la mediación e intentar llegar a un acuerdo.

Esta Ley resulta, además, de vital importancia pues en la Disposición final tercera ordena al Gobierno “*la remisión a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas*”. Tal mandato no llegó a cumplirse y, pocos años después, una nueva disposición –europea esta vez- obligaba al Gobierno español a aprobar una ley en materia de mediación: nos referimos a la anteriormente mencionada 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.

Dicha Directiva tiene su origen en una serie de movimientos prelegislativos, como el Libro Verde sobre modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil presentado por la Comisión en abril de 2002, que tuvo su continuidad en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles presentada en octubre de 2004 y la Recomendación R (2002) 10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre mediación en asuntos civiles⁴⁰.

En su art. 12, el texto comunitario ordenaba a todos los Estados miembro la aprobación de una ley de mediación, señalando como fecha límite el 21 de mayo de 2011. La Directiva, por medio de sus 13 artículos, pretende constituir un marco jurídico único común para la totalidad de los Estados miembros en materia de mediación. Señala, en su art.1, que el 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*”.

En cuanto a su ámbito de aplicación, asuntos civiles y mercantiles⁴¹, entre los que se sitúan los propios del derecho de familia, “*con la salvedad de aquellos derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente*” (Art. 1.2). Y es que, en el Considerando 10, se recuerda que el Derecho de familia es uno de estos entornos donde existen derechos y obligaciones no disponibles para las partes, lo que podría suscitar dudas acerca de si su aplicación se extiende a la mediación familiar⁴² o no. Dichas sospechas no se confirman, puesto que el propio legislador europeo en otros considerandos de la Directiva 2008/CE/52, menciona de forma expresa las controversias suscitadas en Derecho de familia. Particularmente, el considerando 20 señala que “*El contenido de los acuerdos resultantes de la mediación que hayan adquirido carácter ejecutivo en un Estado miembro debe ser reconocido y declarado ejecutivo en los*

⁴⁰ MARTÍN DIZ, F, *La mediación: sistema...Op.cit.*, págs. 287 y siguientes.

⁴¹ No se aplicará, en particular, a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (*acta iure imperii*) (Art. 1.2).

⁴² PILLADO GONZÁLEZ, E, *Mediación familiar. Una nueva...Op.cit.*, págs. 64 y siguientes.

demás Estados miembros, de conformidad con la legislación comunitaria o nacional aplicable, por ejemplo sobre la base del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental”, o también el considerando 21, se refiere a que “si el contenido de un acuerdo resultante de la mediación en el ámbito del Derecho de familia no tiene fuerza ejecutiva en el Estado miembro en el que ha sido celebrado o en el que se solicita que se le dé carácter ejecutivo, la presente Directiva no debe alentar a las partes a eludir la legislación del Estado miembro en cuestión mediante gestiones encaminadas a dotarlo de fuerza ejecutiva en otro Estado miembro”.

2.1.2. Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles

Fruto de las exigencias anteriormente mencionadas, fundamentalmente la contenida en el art.12 de la Directiva 2008/52/CE, en aras de evitar el inicio de un procedimiento sancionador por parte de los organismos comunitarios, el 2 de marzo de 2012, el Gobierno central español aprobó el Real Decreto-Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁴³. El marco definitivo en esta materia fue establecido por la Ley 5/2012 de 6 de julio, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 27 de julio de 2012.

A lo largo de los diferentes apartados de la Exposición de motivos de la ley, se establecen los tres ejes fundamentales sobre los que descansa la mediación. En primer lugar, encontramos la desjudicialización de determinados asuntos: la mediación *“contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia”*. El segundo eje se identifica con la deslegalización o *“pérdida del papel central de la ley”*; dicho de otro modo, lo que se busca con la mediación es también que las partes que se encuentran en disputa puedan lograr resolver su conflicto sin tener que ajustarse a lo establecido en las leyes. Todo esto enlaza finalmente con el tercer y definitivo eje: la desjuridificación, *“consistente en no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio”*.

En cuanto a la propia estructura de la Ley 5/2012, la misma organiza sus 27 artículos a través de cinco títulos. El primero recoge una serie de disposiciones generales, entre las que se encuentran la definición de mediación o el ámbito de aplicación. El segundo contiene los principios de la mediación, donde se destaca el principio de voluntariedad y el

⁴³ Anteriormente, el 29 de febrero de 2010, el Consejo de Ministros había aprobado el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y el 29 de abril se había publicado en el Boletín Oficial del Congreso el Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

de igualdad de partes. El Título tercero reglamenta el estatuto del mediador, haciendo mención, entre otras cosas, de las condiciones para ejercer de mediador y su responsabilidad. Las fases del procedimiento de mediación constan en el Título cuarto. Y el Título quinto plasma el procedimiento de ejecución de los acuerdos de mediación internos y transfronterizos. Finalmente, la ley introduce en sus disposiciones finales toda una serie de modificaciones, las más importantes de las cuales afectan a la LEC: su principal objetivo reside en regular la relación entre el proceso civil y la mediación, además de fortalecer su eficacia y favorecer su aplicación una vez iniciado el proceso. En concreto modifica sus artículos 19, 39, 63, 65, 66, 206, 335, 347, 395, 414, 415, 438, 440, 443, 517, 518, 539, 545, 548, 550, 556, 559, 576 y 580, dándoles una nueva redacción⁴⁴.

La Ley 5/2012 ha sido objeto de desarrollo por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre. En él se regula concretamente la formación con que deben contar los mediadores, su publicidad por medio de la inscripción en el Registro de mediadores e instituciones de mediación, el aseguramiento de la responsabilidad civil de los mediadores, así como la mediación por medios electrónicos.

2.2. Marco legal autonómico de la mediación familiar

2.2.1. Fundamento de la potestad legislativa y breve mención a cada ley autonómica de mediación familiar

Hasta la promulgación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, fueron las CC.AA las encargadas de ofrecer un marco legal a la mediación familiar. Sin embargo, la Constitución española de 1978 no otorga a todas las CC.AA potestad legislativa en materia civil. Debemos acudir a lo expuesto en el art 149.1.8 de nuestra Carta Magna, según el cual: *“El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 8.ª Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”*.

En virtud de tal precepto, podemos preguntarnos cómo es posible que muchas CC.AA que no cuentan con un Derecho civil propio, como por ejemplo Castilla La Mancha o Castilla y León, hayan podido promulgar leyes reguladoras de la mediación familiar. Pues

⁴⁴ Para ver la modificación concreta, ver cuadro-resumen contenido en Illán Fernández, J M, *Mediación familiar. Guía...Op.cit.*, págs. 89 a 103.

bien, las mismas han encontrado respaldo legal a través de lo establecido en el art.148.1.20 de la CE, que contempla la posibilidad de que “Las Comunidades Autónomas asuman competencias en materia de Asistencia social⁴⁵”.

No cabe duda de que las CC.AA han sido mucho más responsables que el Estado a la hora de regular este método autocompositivo de resolución de conflictos. La cuestión, como señala MARÍN HITTA, es: ¿existirían tantas normas autonómicas sobre la materia si anteriormente a éstas se hubiera promulgado una ley estatal⁴⁶? La pionera fue la Comunidad Autónoma de Cataluña, que promulgó la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar en Cataluña; tras ella, se sucedieron las leyes autonómicas en materia de mediación familiar:

- **Andalucía** a través de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- **Aragón**, con la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar de Aragón.
- **Asturias**, por medio de la Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar
- **Baleares**, por medio de la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar de las Islas Baleares y la Ley 18/2006 de 22 de noviembre, de Mediación Familiar.
- **Canarias**, lo constituyen las leyes 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar y 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003.
- **Cantabria**, la mediación se rige por la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.
- **Castilla La Mancha**, que cuenta con una recientísima Ley 1/2015, de 12 de febrero, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla la Mancha, que dio nueva redacción a la Ley 4/2005, de 24 de mayo.
- **Castilla y León**, contamos con la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar en Castilla y León.
- **Comunidad de Madrid**, con la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid.
- **Comunidad Valenciana**, cuentan con la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana.
- **Galicia**, con la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar.
- **País Vasco**, cuentan con la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar.

⁴⁵ Hasta el momento, han sido 13 las Comunidades Autónomas que han promulgado leyes de mediación familiar, exceptuándose Extremadura, Región de Murcia, La Rioja y Navarra.

⁴⁶ MARÍN HITTA, L, “¿Para qué una nueva ley autonómica de mediación familiar?”, *Diario La Ley*, núm. 8503, de 18 de marzo de 2015, La Ley, disponible en <http://www.cmpimentel.com/docs/LEY-AUTONOMICA-MEDIACION-FAMILIAR.pdf>, consultado el 30 de octubre de 2016.

2.2.2. *Coexistencia entre la normativa estatal y la normativa autonómica*

El hecho de que finalmente se haya promulgado la tan ansiada ley estatal que regule de manera directa la mediación en determinados asuntos civiles y mercantiles, entre los que se incluyen los conflictos familiares, no quiere decir que las CC.AA resulten ahora totalmente inútiles en este aspecto; más bien todo lo contrario. A nuestro modo de ver, dichas normas pueden desempeñar un papel importante a la hora de consolidar este método autocompositivo de resolución de conflictos como un instrumento de protección de la familia.

Las leyes autonómicas en materia de mediación familiar van a resultar un complemento ideal a la ley estatal; no en vano, el art.39.1 de la CE impone a los poderes públicos el deber de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia.

Así, la coexistencia de ambas legislaciones tiene que entenderse como aceptable e incluso favorable, pero teniendo la obligación las Comunidades Autónomas de respetar el contenido de lo establecido en la Ley 5/2012, de 6 de julio, en la medida en que determina una serie de contenidos mínimos, tales como el concepto de mediación, sus principios informadores, el ámbito de aplicación, características y cometido del mediador, las fases del procedimiento y sus efectos, así como la ejecución del acuerdo.

De modo que, las leyes autonómicas vigentes, y las que sucesivamente se vayan elaborando (recordemos que aún existen Comunidades que no disponen de una ley propia de mediación y otras como Castilla La Mancha han renovado su legislación al respecto), tienen el deber de compatibilizar sus respectivas disposiciones con lo contenido en la ley nacional de mediación en asuntos civiles y mercantiles, no pudiendo recoger entre sus previsiones nada que contradiga lo establecido en la ley estatal.

Entre las actuaciones que pueden llevar a cabo las diferentes CC.AA para promover el uso de la mediación a la hora de resolver conflictos familiares, MARÍN HITTA incluye las que siguen: “instaurar un sistema autonómico de mediación familiar, o conceder subvenciones a diferentes instituciones de mediación con el objetivo de desarrollar los procedimientos de mediación familiar. Asimismo pueden ir dirigidas tales subvenciones a las entidades locales con el mismo fin de ser colaboradoras de la administración autonómica en el desarrollo del sistema autonómico de mediación familiar⁴⁷”.

⁴⁷ MARÍN HITTA, L. “¿Para qué una nueva...?”. *Op.cit.*, pág.10.

2.3. *Ámbito de aplicación de la mediación familiar*

Partiremos del ámbito de aplicación general de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles para posteriormente tratar los asuntos concretos que pueden ser objeto de mediación familiar.

2.3.1. *Ámbito de aplicación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*

En primer lugar, hay que dejar claro que esta ley se aplica tanto a la mediación extra como intrajudicial; esto es, “tanto a la mediación desvinculada de los tribunales y que tiene por objeto, precisamente, evitar que el conflicto se judicialice, como aquella otra vinculada a un proceso judicial en cuanto los litigantes, ya sea motu proprio o por derivación judicial, deciden intentar una mediación pidiendo, en su caso, la suspensión del proceso”⁴⁸.

Respecto al ámbito material de aplicación de la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, el propio título de la ley nos lo establece, si bien es el artículo 2 el que se encarga de delimitarlo concretamente estableciendo una serie de exclusiones. Por un lado, tiene que tratarse de conflictos “*que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable*”, es decir, únicamente puede versar sobre derechos subjetivos. Y, por otro lado, “*quedan excluidos: la mediación penal, la mediación con las Administraciones públicas, la mediación laboral y la mediación en materia de consumo*”⁴⁹.

En cuanto al ámbito territorial de aplicación, establece el considerando 8 de la Directiva 2008/52/CE que sólo se refiere a los procedimientos de mediación en litigios transfronterizos, aunque acto seguido señala que “*nada debe impedir que los Estados miembros apliquen dichas disposiciones también a procedimientos de mediación de carácter nacional*”. Y es que, el legislador español ha regulado, más allá de la mediación transfronteriza entre países de la Unión, la mediación estatal y ha incorporado la mediación transfronteriza internacional, que como señala BARONA VILAR, “*genera en ciertos casos algunos problemas de aplicación de las reglas a aplicar que no plantean, obviamente, cuestión alguna cuando de mediación transfronteriza europea se trata*”⁵⁰.

Así las cosas, la Ley resulta aplicable en primer lugar, a falta de sometimiento expreso o tácito a esta ley, “*cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español*”; y, en segundo lugar, a los conflictos transfronterizos, que vienen definidos en el art.3.1, “*Un conflicto es transfronterizo cuando al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente*

⁴⁸ Así lo indica PILLADO GONZÁLEZ, P. *Mediación familiar... Op.cit.*, pág. 71.

⁴⁹ El hecho de que estas materias se encuentren excluidas del ámbito de aplicación de esta ley no quiere decir que la mediación esté prohibida, sino que existe una regulación *ad hoc* de algunas de ellas, como por ejemplo la mediación en materia de consumo, prevista en el artículo 38 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

⁵⁰ BARONA VILAR, S. *Mediación en asuntos civiles... Op.cit.*, págs.136 a 138.

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. También tendrán esta consideración los conflictos previstos o resueltos por acuerdo de mediación, cualquiera que sea el lugar en el que se haya realizado, cuando, como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o algunas de sus consecuencias se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto⁵¹”.

2.3.2. *Ámbito de aplicación de la mediación familiar*

En sentido amplio, señala RODRÍGUEZ PRIETO que “se habla de mediación familiar respecto a cualquier conflicto en el que las partes involucradas tienen una relación de parentesco o afinidad. Pero en un sentido más estricto la expresión mediación familiar se refiere a aquellas controversias sobre materias reguladas esencialmente por el Derecho de familia⁵²”.

Como se ha apuntado anteriormente, paradójicamente a pesar de que es en el ámbito del Derecho de familia donde existen multitud de derechos y obligaciones no disponibles para las partes, la mediación se presenta como un instrumento ideal para solucionar conflictos que surgen fruto de las relaciones familiares.

Concretamente, las materias indisponibles a efectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio son las relativas a declarar la nulidad, separación o divorcio de una pareja, las que versen sobre el estado civil de las personas, declaración de incapacidad, filiación, paternidad y maternidad⁵³. Además hay que tener presente que la existencia de hijos menores trae consigo una cierta limitación: la necesaria la intervención del Ministerio Fiscal⁵⁴. Tales circunstancias, sin embargo, no reducen la idoneidad de la mediación, pues bastará con que no se lesionen los intereses de los hijos.

La mediación se revela pues adecuada para resolver, por ejemplo, las disputas que surgen con la ruptura de una pareja como la liquidación del régimen económico matrimonial, atribución del uso de la vivienda familiar, fijación de una pensión compensatoria, régimen de guarda y custodia de los hijos⁵⁵, concreción de una pensión de alimentos etc.

⁵¹ En este tipo de litigios donde las partes residen en distintos Estados miembros de la UE, señala el art.10.2 que 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”.

⁵² RODRÍGUEZ PRIETO, F. “La mediación como sistema...”. *Op.cit.*, pág. 866.

⁵³ En esencia son las recogidas en el Libro IV, Título I de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁵⁴ Por ejemplo en los procesos de separación y divorcio, para aprobar el convenio regulador.

⁵⁵ Señala BERNAL SAMPER, T. *La mediación: una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Colex, Majadahonda (Madrid), 2013, pág. 119 que “La mediación enseña a las parejas a separarse y al mismo

En definitiva, como apunta MARTÍN DIZ, “por sus características, por sus bondades y ventajas, en este tipo de conflictos, es donde la mediación, como vía para que las partes traten de ser capaces de hablar y llegar a un acuerdo, debe ser potenciada (...) los sentimientos, que afloran en su mayor magnitud, obcecán las mentes y hacen que no se pueda resolver en casa, pacífica y dialogadamente, con sosiego y serenidad, terminando en el juzgado como una batalla campal⁵⁶”.

2.4. Procedimiento de mediación familiar

2.4.1. Flexibilidad y otros principios

Una de las características principales del procedimiento de mediación es que es flexible, entendiéndose como tal aquello que es “*susceptible de cambios o variaciones según las circunstancias o necesidades*⁵⁷”.

La propia Exposición de motivos de la Ley 5/2012, de 6 de julio pone de manifiesto que “*El régimen que contiene la Ley se basa en la flexibilidad*”. En consonancia con esto, se establece en el artículo 10.1 que “*Sin perjuicio del respeto a los principios establecidos en esta Ley, la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente*”.

Así las cosas, cada disputa que se pretende resolver a través de mediación familiar es única y particular, y ha de tratar de resolverse en función de sus necesidades. El mediador, a través de su formación y experiencia, puede “moldear” el procedimiento en atención a las circunstancias.

Precisamente esta flexibilidad hace que las partes se sientan más cómodas puesto que no tienen que someterse a determinados formalismos que se exigen en el proceso judicial. Ahora bien, el hecho de que el procedimiento de mediación sea flexible no quiere decir que las partes se encuentren “a oscuras” en el mismo, pues, como señala PILLADO GONZÁLEZ “flexibilidad no implica arbitrariedad o improvisación⁵⁸”, sino que el legislador español lo que ha hecho ha sido establecer unas garantías mínimas procedimentales a través de los cuales ha de desarrollarse la mediación.

tiempo a mantener su responsabilidad como padres, posibilitando que los hijos mantengan una relación adecuada después de la separación, lo que la hace un buen método para resolver las disputas planteadas en la separación y el divorcio, siendo su objetivo, no cambiar la decisión de separarse o divorciarse, sino dar a la pareja la oportunidad de hacerlo de forma menos conflictiva”.

⁵⁶ MARTÍN DIZ, F. *La mediación: sistema... Op.cit.*, pág. 235.

⁵⁷ Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española* (22ªed.), 2001. Consultado en dle.rae.es

⁵⁸ PILLADO GONZÁLEZ, E. *Mediación familiar. Una nueva... Op.cit.*, pág. 254.

Junto a este principio de flexibilidad, observamos que se ponen de manifiesto otros principios, fundamentalmente la oralidad y brevedad del procedimiento.

En cuanto a la oralidad, la lectura de varios preceptos hace pensar en la preferencia de la oralidad frente a la escritura; concretamente los artículos 19 y 21, concernientes a la sesión constitutiva y al desarrollo de las actuaciones de mediación respectivamente, dan pie a interpretar que las sesiones del procedimiento de mediación se llevan a cabo oralmente ante el mediador, salvo la solicitud de inicio de la mediación y el acta de la sesión constitutiva.

Cuestión distinta es que no hay problema alguno en que alguna de estas actuaciones, o todas, puedan desarrollarse de forma escrita, en virtud de la voluntad de las partes. Sin embargo, dado el tipo de conflictos objeto de mediación familiar, parece que lo más conveniente en aras a conseguir una comunicación ágil es que las partes se encuentren cara a cara y puedan poner sobre la mesa cualquier duda u objeción que les preocupe.

Finalmente, por lo que se refiere a la brevedad del procedimiento, hemos de señalar que en buena medida es consecuencia de la oralidad. La brevedad del procedimiento constituye una de las exigencias de la ley, cuyo art. 20 establece que *“La duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el número mínimo de sesiones⁵⁹”*.

2.4.2. Fases del procedimiento

Las diferentes formas de iniciar un procedimiento de mediación están previstas en el art.16 de la Ley 5/2012, de 6 de julio:

- A instancia de las partes

El art. 16.1 de la ley estatal determina que podrá iniciarse el procedimiento de mediación *“de común acuerdo entre las partes”* o *“por una de las partes en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre aquéllas”*. Además, aunque la Ley no lo mencione expresamente, de la lectura de varios preceptos⁶⁰(16.2 y 19.1) cabe

⁵⁹ En este punto la ley estatal varía con respecto a lo establecido en las legislaciones autonómicas, pues por ejemplo en la Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar en Castilla y León se determina en el artículo 16.2 que *“La duración de la mediación dependerá de la naturaleza y complejidad de los asuntos a tratar, no pudiendo exceder de tres meses contados desde el día siguiente al de la celebración de la sesión inicial. En casos excepcionales y debidamente justificados, a juicio de la persona mediadora, la duración podrá ser prorrogada por otros tres meses más”*.

⁶⁰ El art.16.2 señala que *“La solicitud se formulará ante las instituciones de mediación o ante el mediador propuesto por una de las partes a las demás”*, de modo que se entiende que cabe la solicitud por una sola de las partes con la posterior aceptación de la otra. Por su parte, el artículo 19.1 señala que *“El procedimiento de mediación comenzará mediante una sesión constitutiva en la que las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación y dejarán constancia de los siguientes aspectos: b) La designación del mediador y,*

entender que también puede comenzar el procedimiento a petición de una de las partes con el consentimiento de la otra.

En cualquier caso de los anteriores, y a pesar de que la Ley sólo lo menciona para la iniciación de común acuerdo, entendemos que ambas partes deben llegar a un acuerdo sobre los siguientes extremos: “*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*”.

Con respecto al contenido de la solicitud de inicio del procedimiento de mediación, aparte de las mencionadas en el artículo 16.1, pueden configurarse más cuestiones⁶¹, como por ejemplo el período máximo de duración de la mediación, el número de sesiones y su tipo (individuales o conjuntas), la posibilidad de emplear medios electrónicos, etc.

Finalmente apuntar que la Ley no prevé un trámite de admisión de la solicitud de iniciación; sin embargo, el mediador o la institución de mediación deben ser los encargados de controlar si se cumplen o no los requisitos legales exigidos, especialmente si se trata de una materia incluida en el ámbito de aplicación de la ley. Ahora bien, como acertadamente señala PILLADO GONZÁLEZ, “no siempre podrá el mediador, en ese momento inicial del procedimiento, tomar una decisión de no iniciación a la vista de la información facilitada por las partes; por el contrario, será muy habitual que sea una vez celebrada alguna o algunas sesiones del procedimiento cuando el mediador obtenga los datos necesarios para poder decidir sobre si ese procedimiento puede continuar⁶²”.

- Por derivación judicial

Finaliza el artículo 16 señalando en su apartado 3 que “*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*”.

A esta cuestión se refiere la Ley de Enjuiciamiento Civil, en diversos preceptos que permiten el sometimiento a mediación; particularmente, el art. 19.1 que prevé que “*Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán (...) someterse a mediación (...), excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero*”. A esto hay que añadir lo previsto en el apartado 4 del propio artículo 19, que señala que “*las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada por el Secretario Judicial mediante decreto siempre que no*

en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes”, también se desprende la posible presentación de solicitud de manera unilateral.

⁶¹ BARONA VILAR, S. *Mediación en asuntos civiles... Op.cit.*, pág. 380.

⁶² PILLADO GONZÁLEZ, E. *Mediación familiar... Op.cit.*, pág. 270.

perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días”.

En el ámbito del juicio verbal, el artículo 440.1 de la LEC señala que en la citación para la vista *“se fijará el día y la hora en el que haya de celebrarse la vista, y 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 vista su decisión al respecto y las razones de la misma”.*

b) Sesión informativa

Comienza el art. 17.1 indicando que una vez recibida la solicitud de inicio del procedimiento de mediación *“el mediador o la institución de mediación citará a las partes para la celebración de la sesión informativa”.*

A grandes rasgos, la función de esta sesión informativa no es otra que proporcionar a las partes información relativa a la persona del mediador, como cuál es su formación y experiencia, o cuáles son las características de la mediación y su coste, entre otras cosas.

De la lectura del artículo entendemos que las partes si lo desean van a poder prescindir de esta fase informativa pues al referirse la ley a esta sesión dice que se celebrará *“salvo pacto en contrario”.* Sin embargo, en el caso de que la misma se celebre y una de las partes se ausente de manera injustificada⁶³, determina la Ley que *“se entenderá que desisten de la mediación solicitada”.*

Llegados a este punto, conviene llamar la atención sobre lo previsto en las últimas líneas del apartado 1 del art.17: *“La información de qué parte o partes no asistieron a la sesión no será confidencial”.* Esto rompe con el principio general de confidencialidad consagrado en el artículo 9 y puede tener gran trascendencia en un hipotético proceso civil posterior, ya que, de un lado, si existiere un pacto previo de sometimiento a mediación y este se incumpliere puede exigirse responsabilidad por incumplimiento contractual y, de otro lado, en materia de costas pues en virtud de lo establecido en el artículo 395.1 de la LEC puede apreciar el tribunal mala fe en la parte que no acudió a la mediación y condenarle en costas.

Al contenido mínimo de esta sesión informativa se refiere el art. 17.2:

- Posibles causas que puedan afectar a la imparcialidad del mediador
- Profesión, formación y experiencia del mediador
- Características de la mediación
- Su coste
- Organización del procedimiento
- Consecuencias jurídicas del acuerdo que se pueda alcanzar

⁶³ *A sensu contrario* se entiende que no hay ningún tipo de problema en no acudir a esta sesión informativa siempre que se justifique adecuadamente, teniendo la obligación el mediador de convocar nuevamente a las partes a una nueva sesión informativa.

- Plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva

Este contenido aparece en la ley como un contenido mínimo básico; el mediador puede, por consiguiente, incorporar cualquier otra información que resulte útil y necesaria para las partes en función de las circunstancias concretas de cada conflicto.

c) Sesión constitutiva

Es en esta fase -regulada a través del artículo 19 de la Ley- cuando realmente comienza el procedimiento de mediación; el fin de esta sesión es que las partes manifiesten de forma expresa su “*deseo de desarrollar la mediación y dejarán constancia de los siguientes aspectos:*

- a) La identificación de las partes.*
- b) La designación del mediador⁶⁴ 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”.*

Muchos de estos aspectos ya son conocidos anteriormente; sin embargo, se quiere dejar constancia expresa para dar seguridad jurídica a todos los participantes en la mediación, como por ejemplo al mediador en aras a poder cobrar sus honorarios en caso de impago.

Al final de esta sesión se levantará un acta en la que figuren todas estas cuestiones, y alguna más si fuera necesaria en función de las propias características del conflicto y “*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*”.

d) Desarrollo de las actuaciones de mediación

En virtud del principio de flexibilidad y de autonomía de la voluntad, las partes y el mediador podrán convenir como ellos quieran la manera en la que se desarrolle esta fase de negociación en función de las propias circunstancias del conflicto. Sin embargo, la Ley establece en el art. 21 una serie de pautas generales mínimas, concretamente que:

⁶⁴ El art.18 de la Ley permite que la mediación sea llevada por uno o varios mediadores. Si es llevada por varios, éstos actuarán de forma coordinada.

“1. El mediador convocará 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.

2. Las comunicaciones entre el mediador y las personas en conflicto podrán ser o no simultáneas.

3. El mediador comunicará a todas las partes la celebración de las reuniones que tengan lugar por separado con alguna de ellas, sin perjuicio de la confidencialidad sobre lo tratado. El mediador no podrá ni comunicar ni distribuir la información o documentación que la parte le hubiera aportado, salvo autorización expresa de esta”.

e) Terminación

El art. 22 de la Ley 5/2012, de 6 de julio regula las distintas formas de terminación del procedimiento de mediación; en primer lugar, menciona la finalización del procedimiento por la existencia de acuerdo entre las partes; y, en segundo lugar, hace referencia a la terminación por “crisis” en el procedimiento, concretamente por la voluntad de las partes, por el transcurso del plazo máximo fijado y por decisión del mediador.

Veamos éstas tres últimas posibilidades:

1) Por voluntad de las partes

Sucede en aquellos casos en *“que todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones”* (Apartado 1 del art.22). Se trata de una manifestación del principio dispositivo que poseen las partes, pues en un principio pueden estar de acuerdo en someterse a mediación pero en cualquier momento pueden abandonarlo.

Con respecto a los gastos que se han generado por la puesta en marcha del procedimiento de mediación, rige la norma general consagrada en el art. 15 de la Ley: *“el coste de la mediación, haya concluido o no con el resultado de un acuerdo, se dividirá por igual entre las partes”*. Cuestión distinta es que las partes de forma directa, y con carácter previo, puedan pactar otra cosa⁶⁵.

2) Por el transcurso del plazo máximo fijado

En el caso de que *“haya transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento”* (Apartado 1) debe ponerse fin a la mediación. Y es que aunque la Ley no haga referencia a un plazo máximo en el que se desarrolle la mediación, las partes pueden fijarlo en la sesión constitutiva y que conste en el acta. Ahora bien, el hecho de que transcurra ese plazo no quiere decir que obligatoriamente deba terminar

⁶⁵ BARONA VILAR, S. *Mediación en asuntos civiles...Op.cit.*, pág. 422 y siguientes.

cuando llegue ese momento puesto que las propias partes están facultadas, en virtud del principio de flexibilidad, a ampliar ese plazo cuando lo estimen conveniente⁶⁶.

3) Por decisión del mediador

El mediador está capacitado para poner fin al procedimiento de mediación en aquellos casos en que *“aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión”*. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con las partes, el mediador sí debe justificar su decisión haciéndola constar en el acta de terminación del procedimiento.

No obstante, la ley entiende que, aunque el mediador renuncie a continuar con el procedimiento de mediación o exista rechazo de las partes a su mediador, *“sólo producirá la terminación del procedimiento cuando no se llegue a nombrar un nuevo mediador”*.

Independientemente del modo que ponga fin al procedimiento, el mismo deberá terminar con un acta final que *“reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o su finalización por cualquier otra causa”*. Dicho acta deberá ser firmada por el mediador o mediadores y por todas las partes y se entregará un ejemplar a cada una de ellas; si alguna de las partes se negara a firmarla, se hará constar tal circunstancia en el acta.

Concluido el procedimiento de mediación, la Ley ordena la devolución a cada una de las partes de los documentos que hubiere aportado. Pero estipula el apartado 2 del art.22 que *“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 cuatro meses”*.

⁶⁶ PILLADO GONZÁLEZ, E. *Mediación familiar... Op.cit.*, pág. 254.

CAPÍTULO 3.- EL ACUERDO DE MEDIACIÓN: FORMALIZACIÓN Y EJECUCIÓN

3.1. Naturaleza y contenido del acuerdo de mediación

3.1.1. Naturaleza del acuerdo de mediación

El Proyecto de Ley de Mediación de 2011⁶⁷ apostaba firmemente por la mediación como método adecuado para la resolución de conflictos; así lo indicaba de forma expresa en su Exposición de motivos señalando que *“ve en ella un cauce con claros beneficios para la Administración de Justicia y para los ciudadanos que podrán disponer, si voluntariamente así lo deciden, de un instrumento muy sencillo, ágil, eficaz y económico para la solución de sus conflictos”*.

En coherencia con ese pensamiento, quiso dotar al acuerdo de mediación de una eficacia reforzada, configurándolo como “una figura mixta de difícil entendimiento”, ya que, por un lado nacía como un contrato, pero por otro, le otorgaba un tratamiento similar a la impugnación del laudo arbitral⁶⁸.

Así, en el artículo 24.3 del Proyecto se decía que el acuerdo de mediación *“será título que lleva aparejada ejecución”*, sin requerir ningún tipo de actuación posterior, como la protocolización notarial o la homologación judicial. Además, añadía en el apartado 4 que *“El acuerdo de mediación produce efectos de cosa juzgada para las partes y frente a él sólo podrá solicitarse la anulación”*.

Como era de esperar, tal regulación estuvo en el punto de mira de multitud de críticas negativas. Sin ánimo de exhaustividad, entre otros motivos señala GRANDE SEARA que *“suponía considerar como título ejecutivo extrajudicial, con los mismos efectos que un laudo arbitral o que una escritura pública, un acuerdo expedido por una persona que ni siquiera debía ser jurista y que no ejerce función pública alguna, con lo que la garantía de autenticidad del documento en el que plasme dicho acuerdo sería muy débil o inexistente”*⁶⁹.

No se sabe si las críticas influyeron finalmente en la decisión del legislador, pero el caso es que la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles atribuye un valor meramente contractual al acuerdo alcanzado por las partes a través de la

⁶⁷ Publicado en BOCG número 122-1 de 29 de abril de 2011.

⁶⁸ BARONA VILAR, S. *Mediación en asuntos civiles... Op.cit.*, pág. 438.

⁶⁹ GRANDE SEARA, P., “El acuerdo de mediación y su ejecución”, en PILLADO GONZÁLEZ E. y FARIÑA RIVERA, F. (Coord.), *Mediación familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica*, Tirant Monografías, Valencia, 2015, pág. 294.

mediación⁷⁰, Así se desprende de lo establecido en el art. 23.4: “*Contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos*”.

No obstante, para dar cumplimiento a lo contemplado en el artículo 6 de la Directiva 2008/52/CE, que ordena que “*Los Estados miembros garantizarán que 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*”, y que lo acordado “*podrá adquirir carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente*”, en virtud de la legislación del Estado miembro en el que se formule la solicitud, la Ley contempla dos cauces para dotar al acuerdo de fuerza ejecutiva, bien mediante su elevación a escritura pública o mediante su homologación judicial⁷¹.

3.1.2. Contenido del acuerdo de mediación

Empieza el artículo 23.1 de la Ley estableciendo que “*El acuerdo de mediación puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a la mediación*”.

Por tanto, es posible que el acuerdo sea total o parcial, entendiéndose el primero como aquel acuerdo en el que las partes llegan a una solución consensuada de todos y cada uno de los aspectos del conflicto; en este caso, la eficacia del acuerdo como contrato y la posterior eficacia ejecutiva una vez elevado a escritura pública notarial u homologado judicialmente se extiende a todo el conflicto⁷²; en el parcial, en cambio, sólo existe acuerdo sobre determinados puntos, quedando abierta para el resto la posibilidad de plantear acciones judiciales u otro tipo de vía de solución de conflictos.

Continúa el artículo indicando una serie de cuestiones concretas que deben recogerse en todo caso en el acuerdo, éstas son:

- *“Identidad y domicilio de las partes*
- *Lugar y fecha en el que se suscribe*
- *Obligaciones que cada parte asume*
- *Que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de la ley*
- *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*
- *Firma de las partes o sus representantes”*.

⁷⁰CASTILLEJO LLAMAZARES, R. *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág.241.

⁷¹ Artículos 23.3 y 25.4 respectivamente, según estemos ante una mediación extrajudicial o intrajudicial.

⁷² BARONA VILAR, S. *Mediación en asuntos civiles...Op.cit.*, pág.444.

Impone este artículo 23, en su apartado tercero, que cada una de las partes deberá recibir un ejemplar del acuerdo, reservándose el mediador otro para su conservación. Parece, pues, que el legislador está pensando en un procedimiento de mediación eminentemente escrito; sin embargo, es posible que, que alguna o todas las actuaciones de mediación se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, si así lo acuerdan las partes y queda garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en esta Ley (Art.24⁷³). Es más, la propia Ley recomienda en el artículo 24.2 que las reclamaciones de cantidad que no excedan de 600 euros que se lleven a través de un procedimiento de mediación se desarrollen preferentemente por medios electrónicos, “salvo que el empleo de estos no sea posible para alguna de las partes”.

Para estos casos en los que las partes pueden tener acceso directo al acuerdo de mediación -por ejemplo, a través de una clave o firma digital-, entendemos que no sería necesaria esta *traditio* formal⁷⁴.

3.2. Eficacia jurídica del acuerdo de mediación

Una de las cuestiones que más polémica ha suscitado ha sido particularmente la de la eficacia jurídica del acuerdo alcanzado en un procedimiento de mediación. Aspecto vital pues de ella depende en gran medida su fortaleza como alternativa a la resolución de conflictos que se ofertan por el Ordenamiento jurídico al ciudadano⁷⁵.

Sobre la eficacia ejecutiva, la Directiva 2008/52/CE indica en el Considerando 19 que “los Estados miembros deben asegurar que las partes en un acuerdo escrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva”. Añadiendo seguidamente que los Estados miembros solo pueden negarse a que el acuerdo tenga fuerza ejecutiva “cuando su contenido sea contrario a su legislación, incluido su Derecho internacional privado, o cuando esta no disponga la fuerza ejecutiva del contenido del acuerdo específico. Así podría ocurrir cuando la obligación especificada en el acuerdo no tuviese fuerza ejecutiva por su propia índole”.

De esta forma, el legislador comunitario no otorga eficacia ejecutiva *per se* al acuerdo alcanzado en mediación, pero ordena a los Estados miembros que pongan a disposición de las partes los instrumentos necesarios para dar carácter ejecutivo a su contenido. Y la

⁷³ El artículo 24 de la ley dice textualmente: “Las partes pueden acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en esta Ley”.

⁷⁴ GRANDE SEARA, P. “El acuerdo...”. *Op.cit.*, pág. 301.

⁷⁵ Además, generó numerosas disputas doctrinales debido en buena medida a la falta de consenso en la etapa prelegislativa de la mediación en España. Véase la diferencia mencionada anteriormente entre el Proyecto de ley de mediación de 2011 y lo finalmente plasmado en la Ley 5/2012, de 6 de julio.

manera de proporcionar tal eficacia jurídica será, como establece el artículo 6.2 de la Directiva “*en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente*”⁷⁶”.

Así las cosas, la Directiva lo que hace es establecer unas pautas mínimas para que sean los Estados miembros los que regulen de manera completa el régimen jurídico aplicable para la eficacia de los acuerdos de mediación a través de sus legislaciones internas. Estas pautas son fundamentalmente⁷⁷:

- El acuerdo de mediación no tiene eficacia jurídica *per se*, sino que van a ser las partes las que en virtud del principio de autonomía de la voluntad van a decidir si otorgan tal eficacia o no.
- Los Estados miembros por medio de sus legislaciones garantizarán a las partes la posibilidad de atribuir fuerza ejecutiva al acuerdo -si así lo desean- siempre condicionado, cuando estemos ante un acuerdo transfronterizo, a que el contenido del acuerdo no sea contrario al Derecho del Estado en cuestión o su legislación no prevea su carácter ejecutivo.
- Con respecto al órgano que puede intervenir para “validar” el carácter ejecutivo, se faculta a un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, lo que puede dar lugar, como sucede en nuestro país, a la intervención de los notarios.

Por lo que respecta a la Ley nacional de mediación, el art. 23.3 regula de forma breve la eficacia del acuerdo alcanzado en el procedimiento de mediación, completado con el Título V de la Ley, relativo a la ejecución de acuerdos.

En el citado precepto se advierte del carácter vinculante que tiene el acuerdo para las partes; ahora bien, para configurarlo como título ejecutivo se requiere su elevación a escritura pública en los términos previstos en el art. 25, añadiéndose además que, si el acuerdo “*se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial*”, también podrá obtener eficacia ejecutiva a través de su homologación judicial⁷⁸.

Así, el legislador español diseña el acuerdo de mediación como un contrato con la eficacia vinculante correspondiente a los contratos, pero con la singularidad de que, si las partes lo estiman conveniente, disponen de la facultad de fortalecer tal eficacia atribuyéndole además fuerza ejecutiva, bien elevándolo a escritura pública, o bien, en su

⁷⁶ Recuérdese, además, que según el Considerando 8 “*Las disposiciones de la presente Directiva sólo se refieren a los procedimientos de mediación en litigios transfronterizos, pero nada debe impedir que los Estados miembros apliquen dichas disposiciones también a procedimientos de mediación de carácter nacional*”

⁷⁷ Véase BARONA VILAR, S. *La mediación en asuntos...* Op.cit., pág. 458.

⁷⁸ En el apartado III del preámbulo de la Ley, ya se indicaba que “*El régimen que contiene la Ley se basa en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad 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*”.

caso, instando su homologación judicial. De modo que, mientras que el acuerdo no se protocolice o no se inste su homologación judicial, ante el incumplimiento de alguna de las partes de lo acordado, la otra no podrá solicitar su ejecución forzosa pues no dispone de título ejecutivo.

La Ley no hace referencia alguna a la eficacia de cosa juzgada material del acuerdo, evidentemente porque no la produce dada la naturaleza contractual del acuerdo de mediación. Sin embargo, conviene preguntarnos, como hace GRANDE SEARA, si, una vez firmado el acuerdo, alguna de las partes decidiera no cumplirlo, y entablase un proceso judicial sobre el mismo objeto conflictivo, “¿podría, sobre la base de aquél, el juez apreciar de oficio o la otra parte invocar con éxito la existencia de cosa juzgada material con el fin de que se sobresea el proceso en los términos del art.421 LEC⁷⁹? El referido autor responde firme y contundentemente en sentido negativo; aduce, a estos efectos, que, “el acuerdo de mediación, pese a estar intervenido por el mediador, no es una decisión jurisdiccional o arbitral y, por tanto, no puede gozar de la eficacia de cosa juzgada material en el sentido previsto en el art.221 LEC, “*excluire un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico*”.

3.3. Impugnación de lo plasmado en el acuerdo

La Ley 5/2012, de 6 de julio prevé en el apartado 4 del artículo 23 que “*Contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos*”; de esta manera se despeja toda duda en cuanto a la naturaleza contractual del acuerdo de mediación.

Los contratos, como señala el Código Civil en su art. 1278, son obligatorios para las partes siempre y cuando “*se cumplan todas las condiciones esenciales para su validez*”. Sin embargo, aun siendo inválido, es necesario que su invalidez se declare judicialmente debido fundamentalmente a que es posible que con el acuerdo se haya creado una apariencia y unas expectativas, tanto para las partes como para terceros; así, la legislación contempla la posibilidad de instar la impugnación del acuerdo a través de la acción de nulidad contractual regulada en los artículos 1300 a 1314 del Código Civil.

Distinguiremos a continuación las diversas causas de nulidad del acuerdo de mediación para posteriormente analizar los efectos que se producen.

3.3.1. Causas

La Ley 5/2012, de 6 de julio no contempla de forma taxativa las causas que pueden dar lugar a la nulidad del acuerdo alcanzado en este procedimiento, sino que se remite a “*las causas que invalidan los contratos*”; de modo que hemos de acudir al Código Civil, concretamente a sus artículos 1261 a 1277 y 1300 a 1314, para conocer la regulación que se recoge al respecto.

⁷⁹ GRANDE SEARA, P. “*El acuerdo...*” *Op.cit.*, pág. 308.

En este aspecto, pueden considerarse como causas de nulidad del acuerdo adoptado en mediación las siguientes⁸⁰:

- Que las partes hayan transgredido los límites de la autonomía de la voluntad en la conformación del acuerdo. Podría entenderse que se produce esta situación cuando el acuerdo fuere contrario al orden público o fuere un acuerdo ilícito. Estaríamos ante supuestos en los que *“el ordenamiento jurídico considera que no cabe el ejercicio de la autonomía de la voluntad, por tratarse de derecho indisponible para las partes, lo que significa que no es posible el pacto”*. Por ejemplo, en materia de mediación familiar, se excederían estos límites si en un divorcio se pacta que a uno de los ex cónyuges se le priva de la patria potestad con respecto a sus hijos; también si se pretendiera acordar la modificación de la capacidad de obrar de una persona....
- Existencia de vicios en el consentimiento. No en vano, de acuerdo con lo previsto en el art. 1261 del Código Civil, no habrá contrato sino cuando concurre, entre otros requisitos, el consentimiento de los contratantes; indicando a su vez el artículo 1263 que no podrán prestar consentimiento válido ni los menores no emancipados ni los que tiene su capacidad modificada judicialmente. A esto hay que sumarle lo establecido en el artículo 1265, *“Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”*.
- Inexistencia, indeterminación o ilicitud del objeto del acuerdo. Se daría este supuesto cuando, en contra de lo preceptuado en el artículo 23 de la Ley de mediación, no se hicieran constar *“las obligaciones que cada parte asume”*; o si bien las mismas constan expresamente, no fueran lícitas, a este aspecto hay que tener en cuenta el artículo 1271 y 1272 CC que indican que *“Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres”* así como *“todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres”* menos *“las cosas o servicios imposibles”*.
- Inexistencia o ilicitud de la causa del acuerdo. Entiende el Código Civil en su artículo 1275 que *“Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”*. Esta circunstancia puede darse en mediación familiar, por ejemplo, cuando en un divorcio, a la hora de pactar cualquier estipulación de entre las permitidas, se escoja la más perjudicial para terceros, (piénsese en los abuelos).
- Finalmente, con respecto a la posible exigencia de una forma determinada conforme a lo dispuesto en el art. 1279 del CC, en virtud de la flexibilidad que caracteriza al procedimiento de mediación creemos que no va a ser posible instar la anulación del acuerdo por defectos de forma, salvo que consideremos que las menciones indicadas en el artículo 23 son indispensables, en este caso sí que se podría intentar anular el acuerdo.

⁸⁰ Un estudio pormenorizado de las mismas puede verse en BARONA VILAR, S. *La mediación en asuntos...* op.cit., págs. 486 y 487.

3.3.2. Consecuencias

Si se llegase a declarar judicialmente la nulidad del acuerdo alcanzado en mediación por concurrir cualquiera de las causas mencionadas anteriormente, la consecuencia inmediata sería la no producción de efectos⁸¹.

Desde el punto de vista material, al quedar sin efecto los derechos y obligaciones que del acuerdo de mediación se originan, las partes no se van a poder compeler al cumplimiento de dichas obligaciones, lo que procede es en virtud de lo establecido en el art. 1303 CC “*restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses*”; dando cumplimiento eso sí con lo expuesto en los arts. 1304 a 1308 CC.

Desde la perspectiva procesal, la nulidad del acuerdo conlleva a que se abra de nuevo la posibilidad de acudir a cualquier vía de solución de conflictos, como el proceso judicial o el arbitraje, o incluso a un nuevo procedimiento de mediación; si bien esta última alternativa carecería de sentido bajo tales circunstancias.

Y como apunta BARONA VILAR entendemos que “la suspensión de la prescripción o la caducidad a que se refiere el art.4 no se vería alterada (en cuanto a la nulidad de la suspensión) por la nulidad del acuerdo de mediación. Lo que se está atacando es única y exclusivamente el acuerdo de mediación, pero no la mediación, ni el procedimiento, a diferencia de lo que sucede con la acción de anulación que se regula en los arts. 40 y siguientes de la Ley 60/2003, de arbitraje⁸²”.

Además, si nos encontramos en el supuesto de que ese acuerdo ha obtenido eficacia ejecutiva -ya sea por su homologación judicial o por su elevación a escritura pública-, su hipotética ejecución forzosa no prosperaría de acuerdo con lo establecido en el art. 559.1.3º LEC. Según dicho precepto “*El ejecutado podrá también oponerse a la ejecución alegando los defectos siguientes: Nulidad radical del despacho de la ejecución por no contener (...) el acuerdo de mediación los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución*”.

3.4. Formalización del acuerdo como título ejecutivo

Como se ha apuntado a lo largo del presente trabajo, en virtud del principio de voluntariedad y libre decisión de las partes, las mismas están facultadas para dotar de fuerza ejecutiva al acuerdo alcanzado a través de un procedimiento de mediación mediante las vías previstas en el art. 25.1 y 4 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, es decir, bien elevándolo a escritura pública o bien homologándolo judicialmente.

⁸¹ Así lo entienden GRANDE SEARA,P. “El acuerdo...”.*Op.cit.*, pág. 313 y DIÉZ PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* , I. *Introducción* , *Teoría del contrato*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 448, entre otros.

⁸² BARONA VILAR S. *La mediación...**Op.cit.*, pág. 489.

El modo de otorgar tal eficacia dependerá de cómo se haya desarrollado la mediación; si se ha llevado a cabo al margen de un proceso judicial -mediación extrajudicial-, la forma correcta es la elevación del acuerdo a escritura pública en los términos previstos en los apartados 1 y 2 del art.25. Así, se obtendría un título ejecutivo previsto en el art. 571.2.2 LEC “*Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*”.

Si por el contrario, el procedimiento de mediación se hubiese derivado de un proceso judicial -mediación intrajudicial-, la forma habitual será mediante su homologación a través de auto del juez, obteniéndose de esta manera un título judicial previsto en el art.517.2.3 LEC “*Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: Las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, acompañadas, si fuere necesario para constancia de su concreto contenido, de los correspondientes testimonios de las actuaciones*”.

Veremos a continuación las particularidades de cada una de estas vías:

3.4.1. Elevación del acuerdo a escritura pública

En primer lugar debemos destacar que, a pesar de que este título ejecutivo consiste en una escritura pública originada al margen de la jurisdicción, no se le otorga el tratamiento procesal habitual de las demás escrituras públicas, es decir, el de los denominados títulos ejecutivos extrajudiciales, contemplados en el art. 517.2.4 LEC; la escritura que ahora nos ocupa se incluye en el citado art.517.2.2 LEC, junto a los laudos o las resoluciones arbitrales, otorgándole un tratamiento procesal semejante a los títulos ejecutivos judiciales.

La razón de la existencia de tal tratamiento diferenciado reside, tal y como señala BONET NAVARRO, en que “el carácter de las obligaciones *ejecutivas* albergadas en las escrituras públicas del 517.2.4 LEC queda definido taxativamente por lo establecido en el art.520 LEC: cantidad determinada que excede de 300 euros, en dinero efectivo, moneda extranjera convertible, o en cosa o especie computable en dinero (...) mientras que los acuerdos de mediación pueden versar sobre cualquier tipo de pretensiones consistentes en exigir un dar dinero u otra cosa, un hacer o un no hacer, sin más límites que los impuestos por la disponibilidad del objeto del pleito⁸³”.

Dicho esto, por lo que se refiere a las condiciones exigidas por el art. 25 de la Ley 5/2012, de 6 de julio destacar que:

A). El apartado primero hace referencia a que “*Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación*”; esto quiere decir que estamos ante una decisión bilateral, de manera que, si las partes no estipulan este compromiso bien en el acta de la sesión constitutiva o bien en el propio acuerdo, más tarde no van a poder conminarse judicialmente al otorgamiento de tal escritura, ni tampoco

⁸³ BONET NAVARRO, A. *Proceso civil...Op.cit.*, págs.170 y 171.

“proceder a una protocolización unilateral del acuerdo, en el caso de que alguna de ellas se negare a acudir al notario para otorgar la escritura pública⁸⁴”.

B). Se establece la obligación para las partes de presentar ante el notario no solo el acuerdo de mediación sino también *“copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador”.*

C). El apartado 2 del art.25 establece que *“Para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho”;* el precepto encomienda así al fedatario público una función de “control de legalidad”, tanto de las cuestiones procedimentales como de las referidas al fondo o contenido del acuerdo.

En cuanto al aspecto procedimental, si bien en todo el procedimiento de mediación rige el principio de flexibilidad, la Ley nacional establece unos trámites mínimos que deben cumplirse, por tanto, el notario tiene la obligación de verificar esencialmente los siguientes⁸⁵:

1º. Ámbito de aplicación de la Ley. El notario deberá comprobar que el procedimiento de mediación en el que se ha formado el acuerdo se incluye en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, lo que exige que haya existido un sometimiento, ya sea expreso o tácito, de las partes a la Ley y que la mediación haya tenido lugar en territorio español y al menos una de las partes tenga su domicilio en España. Decir que según el art.27.2 este requisito no será exigible cuando estemos ante *“un acuerdo de mediación que no haya sido declarado ejecutable por una autoridad extranjera”* y se presenta ante un notario español para su elevación a escritura pública.

2º. Respeto de los principios informadores de la mediación. El incumplimiento de tales principios esenciales en el procedimiento de mediación podría conllevar, no sólo impedir que el acuerdo final se eleve a escritura pública, sino también complicar la propia validez del acuerdo. Ahora bien, el problema reside en que difícilmente podrán ser comprobados por el notario en el momento de elevación del acuerdo a escritura pública.

3º. Estatuto del mediador. El notario tiene el deber de verificar si el mediador interviniente reúne los requisitos establecidos en el art.11 de la Ley desarrollados por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre para actuar válidamente como tal, referidos fundamentalmente a la formación del mediador y al aseguramiento de su responsabilidad civil.

4º. Trámites del procedimiento de mediación. Con respecto a las fases del procedimiento de mediación, tienen carácter obligatorio para que el acuerdo pueda adquirir eficacia ejecutiva los siguientes trámites:

⁸⁴ CALATAYUD SIERRA, A. “La ejecución de lo acordado en mediación” en BONET NAVARRO, A. *Proceso civil...Op.cit.*, págs.196 a 199.

⁸⁵ GRANDE SEARA, P. “El acuerdo...”. *Op.cit.*, págs. 320 a 322.

- La celebración de la sesión constitutiva en la que las partes declararon su voluntad de someterse a mediación y de la que se levantó un acta siguiendo las indicaciones del art.19 de la Ley.
- La realización de un acta final en la que se contienen los pactos alcanzados y la firma de las partes y del mediador.
- El propio acuerdo de mediación, que se debe entregar al notario junto con las actas anteriores, y en el que consten las cuestiones indicadas en el art.23.1 y 2 de la Ley.

Por lo que respecta al contenido del acuerdo, debiendo el notario comprobar que “no es contrario a Derecho”, fundamentalmente se refiere a estas cuestiones⁸⁶:

1º. *“Que el acuerdo de mediación no afecta a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes”.*

2º. *“Que las partes firmantes del acuerdo tienen plena capacidad de obrar y poder de disposición sobre las materias objeto del mismo”.*

3º. *“Que el contenido del acuerdo no contraviene normas imperativas o prohibitivas y que no es contrario al orden público”.*

D). Por último, hemos de traer a colación lo establecido en el apartado 3 del art.25: si el acuerdo de mediación se ejecuta en otro Estado, además de su elevación a escritura pública, *“será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea”.*

3.4.2. Homologación judicial

Resulta interesante mostrar antes de nada el informe estadístico sobre la mediación familiar intrajudicial en España en el año 2015 realizado por el Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad judicial del Consejo General del Poder Judicial:

⁸⁶ CALATAYUD SIERRA, A., *“La ejecución...”*. *Op.cit.*, pág. 222 y 223.

Datos 2015*
Comparativa 2014/2015

Datos anuales 2014	
TOTAL derivaciones realizadas	6.101
TOTAL mediaciones efectuadas	1.379
TOTAL mediaciones terminadas CON ACUERDO	598 43.36%
TOTAL mediaciones terminadas SIN ACUERDO	781 56.6%
Datos anuales 2015	
TOTAL derivaciones realizadas	5.829
TOTAL mediaciones efectuadas	1.383
TOTAL mediaciones terminadas CON ACUERDO	539 38.97%
TOTAL mediaciones terminadas SIN ACUERDO	844 61.02%

*NB: no se han podido conseguir datos de Canarias, a pesar de tener constancia de que sigue funcionando el servicio de mediación familiar.

Las estadísticas ponen de manifiesto que han sido 245 los juzgados que han derivado a mediación familiar durante el año 2015. Evidencian que en torno a un 54.7% de los casos derivados NO asisten a la primera sesión informativa. “Las partes o no están localizadas, o no tienen interés o no quieren participar”. Este dato sirve de base para intentar mejorar la calidad de las derivaciones y gestionar más eficazmente los recursos disponibles.

Además, apuntan que el acudir a una mediación redonda en una menor conflictividad procesal a posteriori. Y es que *“se viene comprobando que, la mera participación de las partes en los procesos de mediación, reducen, aunque no se llegue a acuerdos, el tono del conflicto”*⁸⁷.

Centrándonos ya en el análisis de la homologación judicial del acuerdo debemos señalar que:

El art.25 de la Ley, en su apartado 4 contempla la posibilidad de que, en los casos en los que se haya llevado a cabo una mediación por derivación judicial, el acuerdo que se obtenga puede adquirir fuerza ejecutiva mediante la solicitud de su homologación judicial de acuerdo a lo previsto en la LEC. Expresamente se indica que *“Cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil”*.

⁸⁷“Mediación intrajudicial en España: datos 2015”. Informe estadístico del Consejo General del Poder Judicial (España). Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial, 2015. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Datos-estadisticos/Mediacion-intrajudicial-en-Espana-datos-2015> consultado 12 de noviembre de 2016.

Así, de la lectura del artículo parece claro que se exige el consentimiento de todas las partes para solicitar del tribunal su homologación, y es que la expresión es idéntica que para la escritura pública. Como acertadamente apunta RODRÍGUEZ PRIETO “si el criterio fuera diferente no se referiría solo a las partes, sino que debería haber indicado claramente la expresión cualquiera de las partes. Y también por una interpretación lógica, pues no se comprende que pudiera existir un criterio diferente en uno y otro caso cuando la finalidad pretendida es idéntica⁸⁸”.

Dos cuestiones trascendentales son las que suscita esta homologación judicial del acuerdo de mediación⁸⁹:

1º. “*Alcance de la función de control del juez*”. La homologación judicial del acuerdo alcanzado en mediación implica que el juez valida los pactos acordados por las partes toda vez que comprueba que se cumplen los requisitos exigidos por la ley. Sin embargo, la Ley 5/2012, de 6 de julio en el citado art.25.4 no especifica cuáles son las cuestiones concretas que debe verificar el juez para proceder a la homologación del acuerdo, simplemente se remite a lo que indique la LEC⁹⁰.

En consecuencia, entendemos que el tribunal que homologue el acuerdo tiene que llevar a cabo un control de fondo o de contenido, referido fundamentalmente a que los acuerdos no contravienen la ley o el orden público ni implican perjuicios para terceros, pues la disponibilidad de la materia para las partes o que éstas tienen plena capacidad de obrar ya las habrá verificado en el instante en que tuvo que ordenar la derivación del asunto a mediación.

Por el contrario, hemos de entender que el tribunal no tiene que entrar a valorar la legalidad procedimental de la mediación en la que se alcanzó el acuerdo que se pretende homologar, y ello por dos razones: 1) porque los acuerdos obtenidos en mediación no llevan aparejado un régimen de homologación distinto a los acuerdos alcanzados en una transacción; y 2) porque a la hora de solicitar la homologación no se le exige a las partes que entreguen al tribunal ni el acta de la sesión constitutiva ni el acta final, de modo que resultaría imposible comprobar dicha legalidad procedimental.

En mediación familiar, este control de legalidad se encuentra reforzado en multitud de supuestos debido al control que sobre el acuerdo debe realizar el Ministerio Fiscal⁹¹.

2º. “*Eficacia del acuerdo homologado judicialmente*”. La homologación judicial del acuerdo alcanzado en un procedimiento de mediación no modifica su naturaleza contractual; lo que ocurre es que se le dota de fuerza ejecutiva, de manera que ante un

⁸⁸ RODRÍGUEZ PRIETO, F “*La mediación...*” *Op.cit.*, pág. 886

⁸⁹ Véase en este sentido GRANDE SEARA, P. “*El acuerdo...*” *Op.cit.*, págs. 326 a 330.

⁹⁰ Si acudimos a la LEC, nos encontramos con que el art.19 prevé en sus apartados 1 y 2 que “*Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán (...) someterse a mediación (...) excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero*” y “*Si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal*” respectivamente.

⁹¹ Arts. 749, 771, 773 y 777 LEC.

hipotético incumplimiento del acuerdo, la otra parte podrá solicitar de forma directa su ejecución forzosa.

En este punto surge la pregunta de si tal eficacia vinculante y ejecutiva que adquiere el acuerdo de mediación es equivalente a la eficacia de cosa juzgada material -cuyo efecto principal es impedir que en el futuro se pueda incoar un proceso cuyo objeto sea el mismo que quedó solventado por la resolución que la produce- a la que autores como GRANDE SEARA responden rotundamente que no argumentando que “En el caso de que alguna de las partes incoase un proceso judicial con el mismo objeto litigioso que ya fue resuelto en virtud del acuerdo de mediación, la otra no podrá oponer la existencia de dicho acuerdo para que el juez decrete el sobreseimiento de tal proceso por apreciar la existencia de cosa juzgada conforme al art. 421.1 LEC, sino que, con tal alegación, lo que conseguirá será que la sentencia se pronuncie en los mismos términos que ya habían acordado las partes⁹²”.

Por último, conviene tener presente que es posible que a la hora de solicitar la homologación del acuerdo nos encontremos con el problema de que en el acuerdo se resuelven otras cuestiones además de aquellas que motivaron el inicio del proceso, circunstancia habitual tratándose de mediación familiar.

Tal circunstancia, a nuestro modo de ver no debería suponer obstáculo alguno pues la intención del legislador, como se ha puesto de manifiesto a lo largo del presente trabajo, ha sido la de fomentar esta vía de solución de conflictos, y uno de los recursos es precisamente facilitar el carácter ejecutivo de los acuerdos. Carecería de todo sentido obstaculizar dicha ejecutividad por razones puramente formales. Coincidimos con lo señalado por RODRÍGUEZ PRIETO al respecto, que entiende que “El juez sólo debería comprobar que el acuerdo no es contrario al ordenamiento, sin exigir también que encaje en los a menudo estrechos moldes del problema planteado en demanda y contestación⁹³”.

3.5. Ejecución del acuerdo de mediación

El Título V de la Ley 5/2012, de 6 de julio recoge la regulación correspondiente a la “Ejecución de los acuerdos”. Aunque dicho título está conformado únicamente por tres artículos (arts.25 a 27) -referentes a la formalización del título ejecutivo, tribunal competente para la ejecución de los acuerdos de mediación y la ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos- la regulación que contienen resulta adecuada pues el lugar idóneo para desarrollar con detalle la ejecución de los acuerdos no es la Ley nacional de mediación, sino la Ley procesal común.

Por esta razón, la Disposición final tercera de la Ley 5/2012 de 6 de julio introduce una modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que afecta a una gran cantidad de artículos con el objetivo de ajustar la regulación de la ejecución civil a las particularidades de la ejecución de los acuerdos de mediación.

⁹² GRANDE SEARA, P., *op.cit.*, págs. 328 y 329.

⁹³ RODRÍGUEZ PRIETO, F. “La mediación”... *Op.cit.*, pág. 886.

Para autores como BARONA VILAR “llegar a este punto no es sino un reflejo del fracaso de la mediación⁹⁴”. Sin embargo, para nosotros el hecho de que alguna de las partes no cumpla voluntariamente con los compromisos alcanzados en mediación no es sino una demostración más de la imprevisibilidad inherente al ser humano, que nada tiene que ver con el éxito o fracaso del procedimiento de mediación, que recordemos va más allá de la mera consecución del acuerdo y su cumplimiento⁹⁵.

A continuación expondremos las indicaciones que la Ley hace respecto a la competencia para la ejecución de los acuerdos, alteraciones más trascendentes para la mediación familiar en la LEC, para finalmente realizar un breve apunte sobre la ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos.

3.5.1. Tribunal competente para conocer de la ejecución de los acuerdos de mediación

Tenemos que partir de lo establecido en el art.26 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, que reza expresamente que:

“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”.

Como vemos, la competencia para conocer de la ejecución del acuerdo de mediación puede corresponder a un tribunal u otro en función de la vía por medio de la cual haya obtenido fuerza ejecutiva. Si estamos ante un acuerdo homologado judicialmente, producto de una mediación intrajudicial, la competencia para instar su ejecución se atribuye al mismo tribunal que lo ha homologado⁹⁶. Si fruto de una mediación extrajudicial se alcanza un acuerdo y se eleva a escritura pública, su ejecución le corresponde al Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación.

Al tratarse de reglas de competencia imperativas, a tenor de lo dispuesto en los arts. 546 y 547 LEC, antes de despachar ejecución, el juez tiene que examinar de oficio su competencia territorial y si, conforme al título ejecutivo y demás documentos aportados con la demanda, entendiera que no es territorialmente competente, “*dictará auto absteniéndose de despachar ejecución e indicando al demandante el tribunal ante el que ha de presentar la demanda*”. Además, el tribunal no podrá, de oficio, revisar su competencia territorial una vez despachada ejecución, pero el ejecutado “*podrá impugnar la competencia del tribunal*

⁹⁴ BARONA VILAR, S. *Mediación en asuntos... Op.cit.*, pág. 503.

⁹⁵ Así, para modelos clásicos de mediación como el modelo de Harvard en el que su meta es el acuerdo, otros como el modelo transformativo fijan como objetivo el desarrollo de potencial de cambio de las personas, centrándose en las relaciones humanas para fomentar el crecimiento moral y promover la revalorización y el reconocimiento de cada persona.

⁹⁶ HERRERO PEREZAGUA, J.F. “El juez y la mediación” en BONET NAVARRO, A. *Proceso Civil...Op.cit.*, págs. 54 a 60.

proponiendo declinatoria dentro de los cinco días siguientes a aquel en que reciba la primera notificación del proceso de ejecución”.

También, el tribunal tiene la obligación de examinar la capacidad procesal, la legitimación y la representación y defensa del demandante de ejecución. Sobre la postulación indica la LEC en su art. 539.1.3 que *“Para la ejecución derivada de un acuerdo de mediación o un laudo arbitral se requerirá la intervención de abogado y procurador siempre que la cantidad por la que se despache ejecución sea superior a 2.000 euros”*. Sin embargo, calla con respecto a aquellos casos en los que en el acuerdo se hayan fijado prestaciones no dinerarias, en estos casos coincidimos plenamente con lo señalado por GRANDE SEARA, debe entenderse que es aplicable la regla general establecida en el art.539.1.1 LEC, es decir, necesaria intervención de abogado y procurador, excepto cuando se trate de la ejecución de resoluciones dictadas en procesos en que no sea preceptiva la intervención de dichos profesionales⁹⁷.

Al exigir el art.550.1.1 LEC que cuando el título sea un acuerdo de mediación elevado a escritura pública, a la demanda ejecutiva se acompañará copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, entendemos que el juez tendrá que realizar un control de legalidad formal del título similar al que efectuó el notario en su momento.

Ese mismo control formal será mínimo en el caso de que el título ejecutivo sea un acuerdo de mediación homologado judicialmente, pues ya lo debió de realizar antes de dictar el auto de homologación.

Finalmente, decir que no se exige al tribunal realizar un nuevo examen de contenido del acuerdo de mediación pues se entiende que el mismo ya ha pasado los filtros anteriores y se consideran suficientes, con excepción de que se constate que los compromisos plasmados en el acuerdo son ilícitos o perjudican a terceros⁹⁸.

3.5.2. Modificaciones sobre la ejecución introducidas en la LEC

Como se ha puesto de manifiesto anteriormente, la Disposición final tercera de la Ley 5/2012, de 6 de julio introduce numerosas modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil con el objetivo de adecuar, entre otras cosas, las previsiones de la ejecución a estos nuevos títulos.

Nos centraremos en las modificaciones concernientes a los arts. 518, 548, 556, 559 y 576 de la LEC:

1º. *Caducidad de la acción ejecutiva fundada en sentencia judicial, o resolución arbitral o acuerdo de mediación.* Establece el art.518 LEC que la acción ejecutiva que se

⁹⁷ GRANDE SEARA, P. *“El acuerdo...”* *Op.cit.*, pág. 333.

⁹⁸ En este sentido manifiestan SOTO RUÍZ, J.J y MARÍN HITTA, L. *Comentarios a la ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (Coor. Marín Hita), ePraxis, Sevilla, 2013, pág.176.

funde en un acuerdo de mediación caducará sino se interpone la correspondiente demanda ejecutiva “dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución”.

La única duda que asalta en este punto es cuándo empieza a correr ese plazo de caducidad en caso de que se disponga de título ejecutivo extrajudicial, pues en los supuesto de títulos ejecutivos judiciales habrá que contar el plazo de cinco años desde que se produce la firmeza del auto de homologación, mientras que para el primer caso lo será desde que se eleva a escritura pública el acuerdo alcanzado en mediación dado que es el momento en que se entiende como instrumento público con valor ejecutivo⁹⁹.

2º. *Plazo de espera de la ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o de acuerdos de mediación.* El plazo que se le otorga al deudor para que efectúe de forma voluntaria la obligación debida antes de que se despache ejecución se contempla en el art.548 LEC. Textualmente reza que: “No se despachará ejecución (...) de acuerdos de mediación, dentro de los veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena sea firme, o la resolución de aprobación del convenio o de firma del acuerdo haya sido notificada al ejecutado”.

No presenta ningún problema para los títulos ejecutivos que sean una resolución judicial por la que se homologa el acuerdo de mediación pues se computa desde el día siguiente a aquel en que dicha resolución se notifique al ejecutado. Sin embargo, cuando estemos ante un título que sea un acuerdo de mediación protocolizado notarialmente, coincidimos con GRANDE SEARA en que para determinar el *dies a quo* tal regulación resulta inadecuada principalmente por dos razones. La primera, porque normalmente, no se lleva a cabo una notificación formal de la firma del acuerdo al ejecutado; y la segunda, porque el acuerdo de mediación obtiene fuerza ejecutiva cuando se eleva a escritura pública, no desde su firma¹⁰⁰. Por estas razones, entendemos que, en estos supuestos “el plazo de espera de veinte días se computará desde el día siguiente a aquél en que se otorgue la escritura pública por la que se protocoliza el acuerdo o, en su caso, a aquel en que se produzca el vencimiento del plazo establecido en el propio acuerdo para el cumplimiento de la prestación que se trate¹⁰¹”.

3º. *Oposición a la ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o de los acuerdos de mediación.* Al desarrollarse la ejecución de este título a través de los trámites habituales del proceso de ejecución forzosa, en los diez días siguientes a la notificación del auto por el que se despacha ejecución, quien aparece como ejecutado puede plantear oposición. Las posibilidades que se le ofrecen son:

a). Por motivos de fondo. Así, en virtud del art.556.1 LEC el ejecutado podrá oponerse a la ejecución “alegando el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia,

⁹⁹ BARONA VILAR, S. *Mediación en asuntos civiles...* Op.cit. págs. 504 y 505.

¹⁰⁰ GRANDE SEARA, P. “El acuerdo...”. Op.cit., pág. 337.

¹⁰¹ LÓPEZ SÁNCHEZ, J. “La ejecución de lo acordado en mediación” en BONET NAVARRO, A. *Proceso civil...* Op.cit., págs. 295 y 296.

laudo o acuerdo, que habrá de justificar documentalmente. También se podrá oponer la caducidad de la acción ejecutiva, y los pactos y transacciones que se hubiesen convenido para evitar la ejecución, siempre que dichos pactos y transacciones consten en documento público”.

b). Por defectos procesales. Prevé la LEC en su art. 559.1.3 que el ejecutado podrá oponerse por nulidad radical del despacho de la ejecución *“porque el acuerdo de mediación no cumpla los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución”.*

Sin ánimo de exhaustividad, bajo este ordinal cabe incluir los supuestos en que se presente el acuerdo a ejecución sin copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, tal y como exige el art.501.1 LEC o, si se presentase sentencia judicial declarando nulo el acuerdo por causa que invalida los contratos¹⁰².

Si el ejecutado se opone por alguno de estos defectos procesales, el art. 559.2 LEC concede al ejecutante un plazo de 5 días para que formule alegaciones; y, si el tribunal considera que el defecto es subsanable, concederá mediante providencia al ejecutante un plazo de diez días para subsanarlo. Para el caso que el defecto o falta no sea subsanable o no se subsanare dentro de este plazo, determina el citado art. 559.2 LEC que *“se dictará auto dejando sin efecto la ejecución despachada, con imposición de las costas al ejecutante”.*

4º. *Intereses de la mora procesal.* A tenor de lo establecido en el art. 576.3, en relación con los apartados 1 y 2, los acuerdos de mediación que impongan el pago de cantidad líquida determinará, en favor del acreedor, *“el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley”.*

Finalmente, con respecto a las costas que genera este proceso de ejecución, según el art. 539.2.2 LEC, *“serán a cargo del ejecutado sin necesidad de expresa imposición, pero, hasta su liquidación, el ejecutante deberá satisfacer los gastos y costas que se vayan produciendo”.*

3.5.3. Ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos

Debido a las distintas situaciones que pueden darse como consecuencia de la mediación transfronteriza, el legislador español distingue en la Ley entre aquellos acuerdos que deben ser ejecutados fuera de España y aquellos otros extranjeros que deben serlo en España.

Por lo que se refiere a la ejecución en otro Estado de acuerdos de mediación concluidos en España, de acuerdo a lo previsto en el art. 25.3 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, *“Cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su*

¹⁰² BARONA VILAR, S. *Mediación en asuntos civiles...* Op.cit., pág. 507.

caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea”.

Autores como ESPLUGUES MOTA consideran “desenfocada¹⁰³” la regulación otorgada por el legislador nacional en tanto en cuanto el mismo no está facultado para establecer los requisitos para que un acuerdo de mediación alcanzado en España y con eficacia ejecutiva conforme a la legislación española sea ejecutable en el extranjero, ya que será el otro Estado precisamente el que deba fijarlos.

Así las cosas, ante un acuerdo concluido en España que ya ha obtenido fuerza ejecutiva conforme a la Ley 5/2012, de 6 de julio, su ejecución en otro Estado miembro de la Unión Europea se regirá por lo que establezca la normativa europea sobre reconocimiento y ejecución recíproco de resoluciones; por su parte, cuando se pretende conseguir la eficacia del acuerdo de mediación en un país no perteneciente a la UE, habrá que atenerse a lo que dispongan los convenios bilaterales o multilaterales en los que España sea parte sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras¹⁰⁴.

En segundo lugar, la regulación de la ejecución de los acuerdos de mediación concluidos fuera de nuestras fronteras se recoge en el art. 27 de la Ley 5/2012, que se aplicará en defecto de normativa de la UE y de convenios internacionales vigentes en España¹⁰⁵.

A estos efectos, podemos distinguir dos supuestos:

- a) En el caso de que el acuerdo a ejecutar en España haya adquirido fuerza ejecutiva en el Estado de origen, de acuerdo con lo previsto en la Ley, *“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”.*
- b) Por el contrario, si el acuerdo a ejecutar en España todavía no ha obtenido esa fuerza ejecutiva en el Estado de origen 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”.*

Finalmente, el apartado tercero del art.27 determina que el documento extranjero no se podrá ejecutar *“cuando resulte contrario al orden público español”*, refiriéndose esa posible contrariedad al orden público español no sólo al contenido del acuerdo sino también a los efectos derivados del mismo, y no del documento¹⁰⁶.

¹⁰³ ESPLUGUES MOTA, C. “Mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España: de la Directiva 2008/52/CE a la ley de Mediación de 2012”, en ETXEBERRÍA GURIDI, J.F. (Dir.) *Estudios sobre el Significado e impacto de la mediación: ¿una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?*, Aranzadi Thomson, 2012, pág. 106.

¹⁰⁴ GRANDE SEARA, P.. *“El acuerdo...”Op.cit.*, pág. 341.

¹⁰⁵ BARONA VILAR, S. *Mediación en asuntos civiles...* *Op.cit.*, págs.. 517 a 520.

¹⁰⁶ En tal sentido se pronuncia ESPLUGUES MOTA, C. “Mediación civil...”*Op.cit.*, pág. 108.

CONCLUSIONES

I

La mediación es un procedimiento estructurado en el que participan de forma voluntaria unos sujetos en conflicto para tratar de alcanzar por sí mismos una solución con la intervención de un tercero ajeno al problema -el mediador-, que se encarga de reunir a las partes y ayudar a resolver sus desacuerdos.

Si bien este sistema autocompositivo no es la panacea de los métodos de resolución de conflictos, que no sirve para todo ni para todos, constituye una alternativa eficaz a la tradicional vía de solución de controversias consistente en acudir a un proceso judicial para que un juez decida mediante la aplicación estricta de la ley.

Como principales ventajas de la mediación con respecto al proceso judicial podemos señalar el ahorro tanto temporal como económico, confidencialidad a lo largo de todo el procedimiento e, incluso, una vez finalizado y una mayor flexibilidad a la hora de fijar las medidas oportunas lo que redundará en un aumento de las probabilidades de cumplimiento voluntario.

II

En España, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles se encarga de regular 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 y, por consiguiente, resulta aplicable a los conflictos familiares.

Se entiende por mediación familiar aquella en que se dirimen controversias sobre materias reguladas esencialmente por el Derecho de familia. Y es que, a pesar de que es en el ámbito del Derecho de familia donde existen multitud de derechos y obligaciones no disponibles para las partes, la mediación se presenta como un instrumento ideal para solucionar conflictos que surgen fruto de las relaciones familiares.

La extensión de la mediación familiar no se agota, como comúnmente se piensa, en las materias relativas al matrimonio, sino que incluye cuestiones relativas a aspectos educativos, hereditarios, psicológicos e incluso sanitarios.

III

Cada disputa que se pretende resolver a través de mediación familiar es única y particular, y ha de tratar de resolverse en función de sus necesidades. Por ello, el legislador español ha confeccionado un procedimiento de mediación basado en la flexibilidad. Ahora bien, flexibilidad no significa arbitrariedad o improvisación, sino que se han establecido

unas garantías mínimas procedimentales a través de los cuales ha de desarrollarse la mediación.

IV

La Ley 5/2012, de 6 de julio, atribuye al acuerdo de mediación una estricta naturaleza contractual, careciendo de eficacia ejecutiva automática, de manera que vincula a las partes en cuanto contrato, y los derechos y obligaciones que surgen del mismo son oponibles únicamente *inter partes*, no pudiendo afectar a la esfera jurídica de terceros; por tanto, contra él solo podrá promoverse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.

Compartimos la decisión del legislador español de conceder al acuerdo de mediación tal naturaleza; de lo contrario, carecería de sentido otorgar carácter ejecutivo a documentos expedidos por personas que ni siquiera deben ser juristas y que no ejercen función pública alguna, por lo que la garantía de autenticidad sería débil o prácticamente inexistente.

V

En virtud del principio de voluntariedad y libre decisión de las partes, las mismas están facultadas para dotar de eficacia ejecutiva al acuerdo alcanzado a través de un procedimiento de mediación bien mediante su elevación a escritura pública, para el caso de mediaciones extrajudiciales, o bien a través de su homologación judicial en caso de mediaciones intrajudiciales.

Consideramos oportuna esta doble vía de formalización del acuerdo como título ejecutivo pues en ambas situaciones se prevé un adecuado control de legalidad del acuerdo, tanto formal como material, desarrollado por un notario en los casos de elevación a escritura pública o por el juez encargado de la homologación judicial que impide que adquieran fuerza ejecutiva acuerdos de mediación que sean contrarios a Derecho.

VI

Una vez finalizado el procedimiento de mediación, alcanzado un acuerdo que ponga fin a la controversia que unía a las partes, lo habitual y deseable será que cada uno efectúe voluntariamente los compromisos contraídos en virtud de aquél.

Aún así, si alguna de ellas es reticente o impide tal cumplimiento, si se dotó al acuerdo de eficacia ejecutiva de alguna de las formas previstas en la Ley, la otra parte podrá instar directamente la ejecución forzosa del acuerdo de mediación.

Evidentemente no se regula la ejecución forzosa en la Ley 5/2012, de 6 de julio porque no es el lugar idóneo, sino que a través de sus Disposiciones finales introduce

modificaciones en la Ley de enjuiciamiento Civil para acomodar la regulación de la ejecución civil a las particularidades de la ejecución de los acuerdos de mediación.

Estas novedades introducidas están referidas para la ejecución de acuerdos de mediación elevados a escritura pública, convirtiéndose en un título ejecutivo del art. 517.2.2º LEC, o aquéllos acuerdos homologados judicialmente a través de auto, que dan lugar a un título ejecutivo del art.571.2.3º LEC. Por el contrario, no se aplicarán cuando el acuerdo se aprueba u homologa en la propia sentencia, como ocurre habitualmente en los casos de mediación familiar, ya que en estos casos el título ejecutivo no es el acuerdo, sino la sentencia que lo alberga, por lo que serán de aplicación las reglas de la ejecución de éstas.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEVEDO BERMEJO, A. *El divorcio sin pleito: el abogado y la mediación familiar*, Tecnos, Madrid, 2009.
- BARONA VILAR, S. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Tirant lo Blanch Tratados, Valencia, 2013.
- BERNAL SAMPER, T. *La mediación: una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Colex, Majadahonda (Madrid), 2013.
- BONET NAVARRO, A. (Dir.). *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- CALLEJO RODRÍGUEZ, C. y MATUD JURISTO, M. “La mediación en asuntos civiles”, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y DE PRADA RODRÍGUEZ, M. (Dir.) *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Netbiblo, Oleiros (La Coruña), 2010.
- CASTILLEJO LLAMAZARES, R. (Dir.). *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- CORVO LÓPEZ, F.M. “Los hijos menores ante el proceso de mediación familiar”, en GÓMEZ GÁLLIGO, J. (Coord.). *Libro homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Tomo I, Civitas, Pamplona, 2008.
- DEL POZO PÉREZ, M. *La mediación en materia de familia y Derecho penal: estudios y análisis*, Andavira Editorial, Santiago de Compostela, 2011.
- DÍEZ PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial , I. Introducción , Teoría del contrato*, Civitas, Madrid, 1993
- ESPLUGUES MOTA, C. “Mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España: de la Directiva 2008/52/CE a la ley de mediación de 2012”, en ETXEBERRÍA GURIDI, J.F e IXUSKO ORDEÑANA (Dir.). *Significado e impacto de la mediación: ¿una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?*, Aranzadi Thomson, Navarra, 2012.
- FERNÁNDEZ FUSTES, M.D. “El mediador”, en PILLADO GONZÁLEZ, E, y FARIÑA RIVERA, F. (Coord.) *Mediación familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica*, Tirant Monografías, Valencia, 2015.

- GARCÍA PRESAS, I. *La mediación familiar. Una alternativa en el proceso judicial de separación y divorcio*, La Ley, Madrid, 2009.
- RODRÍGUEZ PRIETO, F. “La mediación como sistema de resolución de conflictos”, en GARRIDO DE PALMA, V.M. (Dir.). *Instituciones de Derecho Privado. Tomo IV, Familia, Vol.2*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- GRANDE SEARA, P. “El acuerdo de mediación y su ejecución”, en PILLADO GONZÁLEZ, E, y FARIÑA RIVERA, F. (Coord.) *Mediación familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica*, Tirant Monografías, Valencia, 2015.
- ILLÁN FERNÁNDEZ, J.M. *Mediación familiar. Guía Práctica para mediadores*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- MARÍN HITTA, L. “¿Para qué una nueva ley autonómica de mediación familiar?”, *Revista Jurídica La Ley* de 18 de marzo de 2015.
- MARÍN HITTA, L. (Coord.). *Comentarios a la ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, ePraxis, Sevilla, 2012.
- SUARES, M. *Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós, Buenos Aires, 1999.
- MARQUÉS CEBOLA, C. *La mediación*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- MARTÍN DIZ, F. *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009.
- PILLADO GONZÁLEZ, E, y FARIÑA RIVERA, F. (Coord.) *Mediación familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica*, Tirant Monografías, Valencia, 2015.