

Procedimiento y acuerdo de mediación. La formalización del título ejecutivo

*Procedure and mediation agreement.
The formalization of enforceable title*

por

MARÍA TERESA PÉREZ GIMÉNEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. Universidad de Jaén

RESUMEN: Delimitadas las características del procedimiento de mediación, es necesaria la diferenciación entre el acta final y el acuerdo de mediación; pues mientras la primera determina la finalización del procedimiento, reflejando si se ha alcanzado algún acuerdo de manera clara y comprensible para todos; el acuerdo de mediación se identifica fundamentalmente con los aspectos concretos de solución a los que han llegado las partes respecto de los conflictos que les afectan. En este sentido, es importante distinguir también quiénes son los sujetos que deben intervenir en cada momento.

Por ello, el fin fundamental de este trabajo es dibujar de manera clara el esquema del procedimiento de mediación, poner de relevancia la importancia de las partes como protagonistas del acuerdo; determinar los requisitos de validez y el contenido del mismo; explicar cuáles son sus efectos y en qué medida se ve afectado por la acción de nulidad de los contratos, para finalmente estudiar su formalización como título ejecutivo.

ABSTRACT: *Delineated the features of the mediation procedure is required for differentiation between the final act and the agreement of mediation; so while the first determines the end of the procedure, reflecting whether any agreement had been reached in a clear way and all understandable; the mediation agree-*

ment is primarily identified with specific aspects of solution to those who have reached the parties to conflicts that affect them. In this regard, it is important to distinguish also who are subjects that must intervene in every moment.

Therefore, the fundamental purpose of this work is to draw a clear scheme of the mediation procedure, relevant to the importance of the parties as protagonists of the agreement; determine the requirements of validity and the content thereof; explain what are its effects, and to what extent is affected by the action of nullity of contracts, to finally study its formalization as enforcement.

PALABRAS CLAVE: Procedimiento de mediación. Acuerdo de mediación. Acta final. Título ejecutivo. Escritura pública. Homologación judicial.

KEY WORDS: *Mediation procedure. Agreement of mediation. Final act. Executive title. Public deed. Judicial approval.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. BREVE REFERENCIA AL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN.—III. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN.—IV. LA FORMALIZACIÓN DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN COMO TÍTULO EJECUTIVO: 1. ELEVACIÓN DEL ACUERDO A ESCRITURA PÚBLICA. 2. HOMOLOGACIÓN JUDICIAL DEL ACUERDO.—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El procedimiento de mediación puede terminar habiendo llegado las partes implicadas a un acuerdo o sin llegar al mismo. Para muchos, la consecución del acuerdo es la meta que debe alcanzarse y la forma más normal de terminación del procedimiento; para otros, el fin del procedimiento y la consecución de un acuerdo no necesariamente deben ir unidos pues pueden darse circunstancias que aboquen a otra forma de terminación, así por ejemplo, la imposibilidad absoluta de alcanzar un acuerdo, el transcurso del plazo máximo de duración del procedimiento, que sea el propio mediador el que aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables; el posible rechazo de las mismas a su mediador; la falta de colaboración de los implicados, etc.

En cualquier caso, la mediación tiene lugar tanto si hay acuerdo como si no y finaliza a través del documento llamado «acta final», documento que determina que el procedimiento ha terminado y cuál ha sido su resultado, y en su caso, si se ha conseguido algún acuerdo, si este ha sido total o parcial e incluso la imposibilidad de alcanzar soluciones.

De ahí que sea necesaria la diferenciación entre el acta final y el acuerdo de mediación; pues mientras la primera determina la finalización del procedimiento, reflejando si se ha alcanzado algún acuerdo de manera clara y comprensible para todos; el acuerdo de mediación se identifica fundamentalmente con los aspectos concretos de solución a los que han llegado las partes respecto de los conflictos que les afectan. En este sentido es importante distinguir también quiénes son los sujetos que deben intervenir en cada momento.

Por ello, el fin fundamental de este trabajo es dibujar de manera clara el esquema del procedimiento de mediación, poner de relevancia la importancia de las partes como protagonistas del acuerdo; determinar los requisitos de validez y el contenido del mismo; explicar cuáles son sus efectos y en qué medida se ve afectado por la acción de nulidad de los contratos, para finalmente estudiar su formalización como título ejecutivo.

II. BREVE REFERENCIA AL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

El Título IV de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, regula el procedimiento de mediación¹ de manera flexible, estableciendo los requisitos imprescindibles para que sea válido, en su caso, el acuerdo al que lleguen las partes.

Según la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo², el de mediación es un proceso 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 del mismo con la ayuda de un mediador. Se trata de un concepto, (GIL NIEVAS, 2008, 3)³ amplio pero que viene delimitado por tres notas esenciales: La existencia de un litigio; un tercero que asiste a las partes, si bien son ellas mismas las que tienen que llegar al acuerdo y el hecho de que se trata de un procedimiento estructurado.

El procedimiento de mediación se iniciará de común acuerdo entre ellas o por una de ellas en cumplimiento de un acuerdo preexistente de sometimiento a mediación. En Europa y concretamente en España la mediación se ha generalizado principalmente en el ámbito conectado con los tribunales, o intrajudicial, siendo promovida principalmente por magistrados, quienes al amparo de los artículos 443.3 y 440.1 LEC pueden invitar a las partes a intentar un acuerdo a través de un procedimiento de mediación que ponga fin al proceso, instándolas a que acudan a una sesión informativa.

De este modo, la mediación intrajudicial se lleva a cabo una vez que se ha iniciado un proceso a través de demanda, y en cualquier momento de su devenir, así, al principio del proceso, en pleno proceso⁴ e incluso en fase de ejecución de sentencia⁵.

Por otra parte, la Ley 5/2012 contempla la posibilidad de que las partes se comprometan a someter a mediación el conflicto antes de intentar otra solución, ya sea judicial o extrajudicial. En este sentido, el artículo 6.2 establece que 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 y que dicha cláusula surtirá efecto incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste. Regula por tanto la ley, los denominados pactos de sumisión a mediación, a los que se dota de cierta eficacia jurídica, tal vez, como uno de los instrumentos que pueden impulsar y fomentar la mediación. No obstante, (UTRERA GUTIÉRREZ, 2013, 2)⁶ este pacto de sometimiento previo a mediación carece de eficacia jurídica en el ámbito extra procesal, dado el carácter «radicalmente» voluntario de la mediación, configurándose más como una obligación moral que como una obligación legal.

Por su parte, en el ámbito del proceso, el pacto de sometimiento previo a mediación está recogido esencialmente en el artículo 10.2, según el cual durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto a excepción de medidas cautelares y otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos⁷. De este modo, la existencia de este compromiso impide a los tribunales conocer de dichas controversias mientras se desarrolla la mediación⁸.

De cualquier forma y a pesar de las determinaciones legales, a mi juicio, la eficacia real de estos pactos puede cuestionarse en cualquier ámbito en atención al carácter voluntario de la mediación, razón por la que nadie está obligado a iniciar el procedimiento, a mantenerse en el mismo ni a concluir un acuerdo; por ello considero que el incumplimiento de esa cláusula no generaría en la práctica ninguna consecuencia⁹; o a lo sumo entiendo, (MAGRO SERVET, 2012, 8)¹⁰ que este sometimiento lo es solo *para intentarlo*; en estos casos, lo que se obliga es a ir a la mediación¹¹, pero no a concluirla con éxito entendiendo por tal que se alcance el acuerdo; desde este punto de vista, la admisibilidad de las cláusulas de sumisión a mediación sería perfectamente compatible con la voluntariedad de la mediación pues son consecuencia del ejercicio por las partes del principio de autonomía de la voluntad, siempre, claro está, que hayan sido queridas por ambas partes¹², quienes además podrían ir más allá del escueto contenido previsto legalmente, estableciendo con carácter previo, entre otras cuestiones, quién será el mediador o señalar a un tercero que asumiría la responsabilidad de nombrarlo¹³.

En este supuesto, siendo apreciada la excepción, es decir, la existencia de un pacto de sometimiento a mediación, el tribunal dictará auto absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso. En el caso de existir materias

no contempladas en el acuerdo, el sobreseimiento será parcial, pudiendo la autoridad judicial seguir conociendo de aquellas materias no sujetas a dicho pacto.

En cualquiera de los supuestos mencionados, la solicitud se formulará ante las instituciones de mediación¹⁴ o ante el mediador, quienes una vez recibida citarán a las partes para la celebración de la sesión informativa¹⁵, salvo que ellas mismas hayan decidido prescindir de aquella, en cuyo caso no será necesaria. En caso contrario, la no asistencia de manera injustificada a la sesión informativa equivaldrá al desistimiento de la mediación solicitada¹⁶. El objetivo fundamental de esta sesión es informar a las partes sobre determinadas cuestiones de su interés, así, la formación, profesión y experiencia del mediador¹⁷, las causas que puedan afectar a su imparcialidad¹⁸, las características de la mediación, su coste¹⁹, la organización del procedimiento; el plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva²⁰; y las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pueda alcanzar. Este punto, que se desarrollará después, es de gran interés pues el mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como título ejecutivo.

El procedimiento de mediación en cuestión comenzará con la sesión constitutiva²¹ en la que las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación y dejarán constancia de determinados aspectos, tales como su identificación, el objeto del conflicto que se somete a mediación²², el programa de actuaciones, duración prevista del procedimiento que será lo más breve posible²³, lugar de celebración y lengua que va a utilizarse, la declaración de aceptación de la mediación y la asunción de las obligaciones que se deriven de la misma²⁴.

Las partes pueden acordar que las actuaciones, incluida la sesión constitutiva se lleven a cabo por medios electrónicos²⁵, por videoconferencia y otros medios análogos, siempre que las partes estén perfectamente identificadas y se respeten los principios de la mediación.

Terminada la sesión constitutiva se levantará un ACTA INICIAL en la que consten todos los aspectos indicados y que será firmada por las partes y por el mediador. Si no fuera posible, en el acta se declarará que la mediación se ha intentado sin efecto. Es importante señalar que aunque la ley no especifica en el artículo 19 el plazo dentro del cual el acta debe quedar firmada, puede inferirse del artículo 4 en su párrafo segundo, que este será de quince días naturales a contar desde la recepción de la solicitud de inicio de la mediación²⁶.

El procedimiento en sí debe ser lo más breve posible concentrando las actuaciones en el mínimo número de sesiones, siempre presididas por los principios informadores de la mediación: Voluntariedad y libre disposición, igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores, neutralidad y confidencialidad; teniendo en cuenta, además, que deben desarrollarse dentro de unas pautas básicas de lealtad, buena fe y respeto mutuo²⁷; así como prestar colaboración

y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad.

El procedimiento de mediación puede acabar habiendo llegado las partes a algún tipo de acuerdo, parcial o total, o bien terminar sin haberlo alcanzado. Es cierto que es deseable para todos los que están inmersos en el procedimiento, la consecución del acuerdo como expresión de haber llegado a la cima de la mediación, tras el tiempo invertido y las sesiones desarrolladas²⁸; pero es bien conocido, que aún siendo deseable, no siempre es esta la manera normal de terminar, pues es perfectamente posible la conclusión del mismo de otros modos diferentes, ya sea porque todas o algunas de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándoselo al mediador, bien porque haya transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento; de igual modo, cuando el mediador aprecia de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión²⁹.

En cualquier caso, la terminación del procedimiento se hará constar en un ACTA FINAL³⁰ firmada por todas las partes y por el mediador que reflejará, en su caso, los acuerdos adoptados³¹ o su finalización por cualquier otra causa y se entregará un ejemplar original a cada una de ellas.

Así, si el procedimiento de mediación finaliza con un acuerdo, lo convenido se puede plasmar en dos documentos distintos; de un lado, el acta final determina la finalización de la mediación y refleja, en su caso, los acuerdos que hayan podido alcanzarse, desde que se inició el procedimiento con la sesión constitutiva hasta este momento; de otro lado, el acuerdo de mediación al que se haya podido llegar, podrá fin al procedimiento y estará en íntima conexión con los puntos concretos de desavenencia que tenían las partes.

A parte de ello, es importante esta distinción en cuanto a los sujetos que intervienen, pues mientras el acta final, al igual que el acta inicial de la sesión constitutiva deben ser firmadas por las partes, salvo que alguna se niegue a ello y por el mediador; el acuerdo de mediación solo será firmado por ellas o sus representantes, quedando al margen el mediador³².

Por último y en relación a su contenido, el acta final puede contener manifestaciones que no tengan carácter obligacional y por tanto no se trasladen al acuerdo de mediación, cuyo contenido es esencialmente jurídico pues recoge aquellos compromisos que puedan ser exigibles legalmente, una vez configurado el acuerdo de mediación como título ejecutivo³³. Al acuerdo de mediación, su régimen jurídico y efectos se dedica el epígrafe siguiente.

III. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN

El acuerdo de mediación se asocia, en un sentido amplio, con el resultado deseable o exitoso de la mediación³⁴. Se trata de la forma más óptima de fina-

lización del procedimiento y en realidad, a su obtención va dirigido el mismo. Podrá versar sobre una parte o la totalidad de las materias sometidas a mediación, siempre que sean disponibles para las partes. El acuerdo será firmado por ellas y contendrá las circunstancias mínimas a las que hace referencia el artículo 23 de la ley 5/2012, así, su identidad y domicilio, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume tras haberse seguido el procedimiento de mediación ajustado a lo previsto en la norma, indicación del o de los mediadores que han intervenido y en su caso, la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento.

A cada una de las partes se les entregará un ejemplar del acuerdo, el mediador dispondrá de otro para su conservación³⁵ e informará a las mismas de su carácter vinculante. En este sentido y tal y como se expone en el preámbulo de la citada ley, el artículo se limita a establecer aquellos requisitos imprescindibles para dar validez al acuerdo alcanzado por las partes, siempre bajo la premisa, ya comentada en el epígrafe anterior, de que conseguir un acuerdo no es algo obligatorio, pues como enseña la experiencia aplicativa de esta institución, no es extraño que con la mediación se consiga simplemente mejorar relaciones, aún cuando no se alcance un acuerdo de contenido concreto.

En base a las propias explicaciones de la Ley 5/2012, podemos afirmar que nos encontramos ante un contrato, pues no se trata sino de un acuerdo de voluntades entre dos o más personas dirigido a crear obligaciones directamente exigibles entre ellas, al amparo del principio de autonomía de la voluntad que preside la contratación en nuestro Ordenamiento jurídico.

Desde este punto de vista, podría definirse como el contrato por el que las partes solucionan, de manera total o parcial, la controversia sometida a mediación, y que en consecuencia, les permite evitar un pleito o poner fin al ya iniciado³⁶. De este modo, establecida la naturaleza contractual del acuerdo de mediación es obligado su sometimiento a los requisitos necesarios para la validez de los contratos establecidos por el artículo 1261 del Código Civil³⁷.

En relación a las partes, estarán legitimados para firmar el acuerdo, aquellos que han intervenido en el procedimiento de mediación. La ley 5/2012, no contiene ninguna norma sobre la cuestión, limitándose a hacer referencia a la necesidad de que en la sesión constitutiva y en su caso, en el acuerdo, estas queden identificadas y se señale el domicilio de las mismas; sin embargo, en ningún momento aparece definida una posición previa de parte obligada³⁸, aún cuando deberán declarar la aceptación voluntaria de participación en la mediación y la asunción de las obligaciones que de ella se deriven.

En relación a la capacidad exigida para firmar el acuerdo, la legislación no hace referencia a su determinación a efectos de mediación, sin duda, porque debe entenderse la remisión a la regulación general contenida en el Código Civil³⁹. En este sentido y en cuanto a la edad, la capacidad para otorgar el acuerdo de mediación será la general para contratar, es decir, la mayoría de edad, o tener más

de diecisésis años y estar emancipado y siempre que no exista algún tipo de enfermedad física o psíquica que les impida valerse por si mismos a estos efectos⁴⁰.

Tratándose de supuestos de discapacidad, entiendo que se debe estar a lo establecido en la sentencia por la autoridad judicial. De este modo, podrá la persona con discapacidad intervenir en la mediación, al menos en aquellas cuestiones para las que la sentencia no haya declarado la necesidad de contar con algún tipo de apoyo en el ejercicio de su capacidad de obrar⁴¹.

De cualquier manera, y tanto en relación al tema de la edad como de la capacidad al margen de la misma, el legislador debería aclarar esta materia para evitar en algunos casos la inseguridad jurídica; en otros, la posible nulidad del acuerdo y en cualquier caso, la posible existencia de usos abusivos.

En cuanto al objeto del acuerdo, tal y como queda expuesto en las páginas anteriores, para que exista procedimiento de mediación, debe existir un litigio, disputa o controversia previa entre las partes, que van a intentar resolver recurriendo a este mecanismo para lo cual van a asumir obligaciones recíprocas. Estas obligaciones son el objeto del contrato y conformarán su contenido material. Podrá tratarse de obligaciones de dar, de hacer o de no hacer. En cualquier caso, siempre con el límite de ser disponibles para las partes, lícitas, posibles y determinadas; esto es, cuestiones que las partes sean libres de decidir por sí mismas en virtud de la legislación aplicable.

Si nos referimos a la causa, y prescindiendo de la existencia de teorías anticausalistas en esta materia, la podemos considerar desde un punto de vista objetivo como el fin práctico del negocio; y desde un punto de vista subjetivo, como la razón o el motivo decisorio que induce a las partes a negociar. En relación a la misma, algunos autores (LÓPEZ DE ARGUMEDO y FERNÁNDEZ DE LA MELA, 2015, 3)⁴² explican que es transaccional⁴³, pues la finalidad perseguida por el acuerdo es análoga a la del acuerdo de transacción, esto es, solucionar una controversia mediante la autocomposición de las partes, asistidas por el mediador, y con exclusión, por tanto, de la decisión de un tercero, juez o árbitro, que se imponga a aquellas.

En este sentido, su causa sería dirimir la controversia planteada, sin necesidad de que entre en conocimiento de la autoridad judicial, pues en base al principio autocompositivo que define la mediación, serán las partes en conflicto, los propios interesados, los que decidan aquello que más convenga a sus intereses. Por ello, podemos concluir que para que exista el acuerdo de mediación, las partes deben haber manifestado su voluntad concorde al respecto y además, la finalidad fundamental de esta vinculación debiera ser no solo resolver su disputa sino también evitar el inicio del procedimiento ante el juez o poner fin al mismo, si ya estaba iniciado.

En consecuencia, en su condición de contrato de transacción, el acuerdo de mediación comparte la estructura bifronte propia de aquel y por tanto, está llamado a desplegar efectos en dos planos: obligacional y procesal⁴⁴.

Por último y en materia de forma, se puede afirmar que se trata de un contrato en el que esta no es esencial, lo que es absolutamente compatible con los principios de flexibilidad y antiformalismo que caracterizan el procedimiento; si bien el sentido común impone que se formalicen por escrito⁴⁵, y esta misma exigencia se puede deducir del articulado de la ley⁴⁶; por esta razón, su redacción deberá llevarse a cabo de forma clara y comprensible y el mediador debe velar por el rigor léxico y material necesario en función del contenido de los acuerdos.

Desde mi punto de vista, el requisito de forma que impone la ley, lo es no como un requisito de validez o *ad solemnitatem*, no se trata de un requisito de constitución del contrato, como ocurre con el consentimiento, el objeto o la causa, cuya ausencia determinaría la nulidad del mismo; sino como un requisito *ad probationem*; de lo que se deduce que el acuerdo de mediación sería perfectamente válido tanto en forma verbal como escrita, si bien, la dificultad la encontraríamos a efectos de prueba de su existencia en el primer caso.

En este sentido, entiendo que lo que la Ley 5/2012 exige es la documentación del acuerdo, y que por tanto, podemos hablar de contrato formal, únicamente desde el punto de vista de su necesaria plasmación por escrito; lo que concuerda perfectamente con las normas previstas en los artículos 1278 a 1280 del Código Civil en materia de forma de los contratos, y con el principio espiritualista que preside nuestro Ordenamiento jurídico en esta materia; por ello, existirá acuerdo de mediación y por tanto, las partes quedarán vinculadas desde que el consentimiento haya quedado manifestado, la falta de forma escrita no afectará a su validez y perfección, pero no obstante ello, considero que es más operativo que conste de aquella manera sobre todo a efectos de prueba de su existencia⁴⁷.

Es cierto que el acuerdo verbal tiene su interés en el ámbito del procedimiento de mediación como paso previo al acuerdo final que se documentará por escrito; pero a mi juicio, este solo va a producir los efectos que tiene asociados desde el momento en que las partes lo documentan y lo firman, pues ello favorece la seguridad jurídica, le da mayor certidumbre y lógicamente facilita su prueba, y ello al margen de que las partes puedan instar su elevación a escritura pública⁴⁸. En esta materia, la exigencia de forma escrita es reflejo, aunque parezca paradójico, del principio de voluntariedad que preside e informa la mediación.

En la práctica podría darse la situación en la que el acta final refleje los aspectos fundamentales del acuerdo al que han llegado las partes tras el procedimiento de mediación y las obligaciones básicas que cada una de ellas asume, pero que difieran para un momento posterior la elaboración del documento en el que recojan con el debido detalle y de manera pormenorizada los términos de ese acuerdo. Si esto fuera así, el acta final firmada por ambas partes cumple con la exigencia de documentación y forma escrita del acuerdo de mediación y como tal y siempre que reúna el contenido mínimo al que hace referencia el artículo 23, se podrá considerar como acuerdo de mediación⁴⁹.

Por otro lado y tomando en consideración que la mediación puede ser la base de otros negocios jurídicos, es necesario que se tengan en cuenta las formalidades específicas que las leyes pueden exigir para casos concretos, pues de lo contrario, dichos negocios pueden resultar nulos por defecto de forma; así por ejemplo, el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, la constitución de una hipoteca o la donación de un bien inmueble requerirán escritura pública para su formalización.

Para finalizar este apartado, y en cuanto a los efectos del acuerdo de mediación, como ya se ha mencionado, este es vinculante para las partes y así debe ponerlo de manifiesto el mediador a las mismas. El acuerdo suscrito por las partes es obligatorio para ellas dada su naturaleza contractual, pues las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley para las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos, como impone el artículo 1091 del Código Civil. El acuerdo de mediación es un contrato y por tanto fuente de obligaciones, de modo que, una vez perfeccionado el acuerdo obligará a las partes a cumplir lo expresamente pactado, así como a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. El acuerdo, fruto del procedimiento de mediación, obligará a las partes contratantes a lo que hayan suscrito, a la necesaria observancia de lo que se haya estipulado, siempre que en él concurran los requisitos para la validez de los contratos⁵⁰. Este pacto tiene la misma eficacia que cualquier otro contrato privado.

Ahora bien, afirmado el carácter vinculante del acuerdo, se plantea para la doctrina una cuestión de interés, la relativa a si se debe aparejar al acuerdo de mediación, dada la asimilación de su causa a la del contrato de transacción, una mayor fuerza que a la del resto de los contratos, en base a lo dispuesto en el artículo 1816 del Código Civil, según el cual la transacción tiene para las partes la autoridad de cosa juzgada.

El Proyecto de ley anterior pretendía reconocer al acuerdo de mediación autoridad de cosa juzgada, como si de una sentencia judicial firme se tratase y además una ejecutividad inmediata por su sola formalización ante el mediador. Esta posibilidad fue duramente criticada por la doctrina que consideraba que con el Proyecto se producía una importante fisura en el sistema, pues se consideraba ejecutivo el documento privado realizado con intervención del mediador, que puede no tener formación jurídica, sin el necesario control de la legalidad, que únicamente viene dado por el examen judicial del acuerdo o el examen legal del notario⁵¹.

Respecto a la autoridad de cosa juzgada, la transacción obliga a las partes a no volver a plantear la controversia objeto del acuerdo de transacción, obligación plenamente congruente con la finalidad propia de la transacción de poner fin a un conflicto⁵².

Por esta circunstancia, de la asimilación del acuerdo de mediación al contrato de transacción deben derivarse dos efectos fundamentales: de un lado, la fuerza

vinculante propia de cualquier contrato y de otro, la obligación de no volver a plantear la controversia ya resuelta; de modo que, si alguno de los contratantes, las partes mediadas, pretende que la cuestión sea tratada nuevamente por un tercero, la autoridad judicial o un árbitro, la otra parte podrá oponer una excepción de transacción, la *exceptio litis per transactionem finitae*⁵³.

Así, al considerar (TAMAYO HAYA, 2015, 222)⁵⁴ el acuerdo de mediación un acuerdo transaccional por mediación, de la equiparación del acuerdo de mediación con el contrato de transacción debe derivar inexorablemente la consecuencia de reconocer el efecto de cosa juzgada en el supuesto de la mediación extraprocesal de la misma manera que aquella mediación cuyo acuerdo es objeto de homologación judicial surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial. Por lo que concluye, autoridad de cosa juzgada tanto para la transacción extrajudicial como para la judicial, si bien efectos ejecutivos solo para la judicial.

No obstante lo expuesto, aún debemos precisar cuál es el alcance de dicha excepción, pues la ley no se pronuncia al respecto, al efecto de determinar si se trata de una excepción procesal o material, distinción de gran interés pues en el primer caso, impediría al Tribunal dictar sentencia sobre el fondo del asunto, que terminará mediante auto de sobreseimiento después de la audiencia previa; mientras que si es del segundo tipo, no impedirá que el proceso se tramite de forma íntegra.

Desde este punto de vista, solo la transacción judicial vincula al órgano jurisdiccional tanto en cuanto a la circunstancia de impedir una nueva decisión sobre el fondo como en relación a condicionar la decisión a lo pactado en la transacción. Cuando se trata de transacciones extrajudiciales no existe impedimento para que el proceso se tramite de forma íntegra. Si esta conclusión la trasladamos a la materia que nos ocupa, se puede afirmar que solo el acuerdo de mediación homologado judicialmente puede hacerse valer por medio de una excepción procesal; de modo que, cualquier otro acuerdo de mediación, solo será oponible como excepción material que no impedirá la tramitación íntegra del proceso y su finalización mediante la correspondiente sentencia que decidirá sobre el fondo⁵⁵.

De cualquier manera, entiendo que como documento privado el acuerdo de mediación no solo tiene carácter vinculante, sino también una *obligatoriedad reforzada*, aún cuando no haya sido homologado judicialmente, aún cuando no se haya elevado todavía a escritura pública, según el caso; y ello porque (UTRERA GUTIÉRREZ, 2013, 3)⁵⁶, son acuerdos con un *plus de obligatoriedad*, especialmente porque estamos ante negocios jurídicos cuya elaboración se ha realizado en un entorno especialmente apto para que la expresión de la voluntad allí recogida lo haya sido sin vicio alguno, pues si la mediación se ha desarrollado de manera ortodoxa se habrá garantizado la voluntariedad de la participación, la igualdad en el desarrollo del consenso e incluso la posibilidad

de contar con información y asesoramiento suficiente. Esta pureza negocial supone que los acuerdos alcanzados en mediación y no trasladados a un convenio regulador ratificado judicialmente, deban tener un alto valor para el juez en la adopción de las medidas a que se refieren en vía contenciosa.

Para concluir este apartado, considero que la naturaleza exclusivamente contractual del acuerdo de mediación deriva también del artículo 23.4 de la Ley 5/2012, que somete al mismo a las reglas generales sobre eficacia e ineficacia de los contratos; pues si bien puede estar vinculado a un procedimiento judicial con posterioridad, en principio y como documento privado, no se le reconoce efecto de cosa juzgada, no tiene efectos ejecutivos y en caso de impugnación se someterá al régimen de cualquier otro contrato; de ahí su entrega, también en esta cuestión, al igual que en materia de capacidad, requisitos esenciales y demás aspectos a las reglas generales de la contratación.

Así, en su caso, el ejercicio de la acción de nulidad se llevará a cabo a través del proceso declarativo que corresponda, entrando el juez únicamente en el análisis de si se trata de un contrato válido o no, ya sea por falta de consentimiento, vicios del mismo, causa ilícita, objeto ilícito, imposible o indeterminado o que versa sobre materias indisponibles, problemas de capacidad, actuación de representante sin poder, o cualquier otra razón que tenga aparejado este efecto. Se puede afirmar por ello, que la autoridad judicial no se va a pronunciar sobre el contenido del acuerdo, sino que será su función estudiar si el contrato reúne los requisitos necesarios que afectan a su validez y garantizan su existencia⁵⁷.

IV. FORMALIZACIÓN DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN COMO TÍTULO EJECUTIVO

El acuerdo de mediación es vinculante para las partes y así debe ponerlo de manifiesto el mediador a las mismas. Se suele decir que es común que los acuerdos alcanzados a través del procedimiento de mediación se cumplan por propia iniciativa, lo que es natural pues al ser la voluntariedad una de las notas fundamentales del procedimiento de mediación, las partes hacen suyo el resultado obtenido pues lo entienden adecuado a sus intereses, lo que se refuerza por la circunstancia de que han sido ellas mismas las que de manera autónoma han puesto fin a su litigio y en coherencia, se responsabilizan por ello del acuerdo adoptado; no obstante, se debe asumir que es perfectamente posible que una de las partes no cumpla lo estipulado y la otra quiera hacer valer su derecho.

Como se ha señalado en los epígrafes anteriores, el acuerdo de mediación puede obtenerse bien en un procedimiento de mediación iniciado al margen de actuaciones judiciales; bien estando en trámite un procedimiento judicial respecto del que se ha solicitado su suspensión para acudir al procedimiento de mediación.

En cualquier caso, y aunque el acuerdo alcanzado sea obligatorio, ello no quiere decir que por sí solo tenga fuerza ejecutiva; por lo que, en función de la situación concreta, que exista o no exista un proceso abierto, se deba actuar de una manera u otra. En este sentido, si la mediación se llevó a cabo al margen de un proceso judicial, la ejecución del mismo requerirá su elevación a escritura pública⁵⁸; para el caso de que exista un proceso abierto, se requerirá la homologación judicial mediante auto. Es por tanto, la voluntad de las partes la que convierte el acuerdo privado obtenido en la mediación en título ejecutivo. La fuerza ejecutiva no es un efecto automático del acuerdo de mediación⁵⁹.

1. ELEVACIÓN DEL ACUERDO A ESCRITURA PÚBLICA

Señala el artículo 25 de la Ley 5/2012, que las partes pueden elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación; el acuerdo se presentará ante un notario y se acompañará de la copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento⁶⁰.

De lo expuesto se deduce que la elevación a público del acuerdo es potestativa para las partes en conflicto, no se trata de una obligación, pues el acuerdo suscrito es obligatorio para ellas, si bien será indispensable que se eleve a público en cuanto a los trámites a seguir en caso de incumplimiento; pues de lo contrario, aunque sea vinculante para ellas, carecerá de fuerza ejecutiva, por lo que si no se cumpliera de manera voluntaria, obligaría a la parte que quiera hacerlo efectivo a acudir al proceso declarativo que corresponda, en el que el acuerdo de mediación se aporte como prueba documental.

Evidentemente la elevación a público del acuerdo alcanzado interesa a las dos partes, pero podemos entender que es perfectamente viable que lo haga únicamente una de ellas con el consentimiento de la otra⁶¹, no siendo necesario que el mediador esté presente en el otorgamiento de la escritura. Por lo tanto, la escritura que eleva a público el acuerdo de mediación será otorgada por las mismas partes que lo firmaron y el notario deberá certificar la identidad de las mismas, juzgar sobre su capacidad, asegurarse de que el consentimiento se ha formado y se plasma de manera absolutamente libre y voluntaria; y en el caso de que se actúe mediante representación confirmar el apoderamiento en cuestión.

El notario verificará el cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos por la ley y que su contenido no es contrario a Derecho⁶². A estos efectos, el artículo 176 del Reglamento Notarial dispone que la parte contractual se redactará de acuerdo con la declaración de voluntad de los otorgantes o con los pactos o convenios entre las partes que intervengan en la escritura, cuidando el notario de reflejar con la debida claridad y separadamente los que se refieran a cada uno de los derechos creados, transmitidos, modificados o extinguídos,

como asimismo el alcance de las facultades, determinaciones y obligaciones de cada uno de los otorgantes o terceros a quienes pueda afectar el documento.

Además, deberá verificar que el documento contiene las menciones de carácter necesario que menciona el artículo 23.1 de la Ley 5/2012. Esto es importante pues la no inclusión de las mismas puede determinar que se deniegue el despacho de ejecución o que despachada esta se puedan oponer tales defectos por el ejecutado⁶³.

De todo lo expuesto se deduce que la intervención notarial es muy importante, tanto para dotar de seguridad jurídica a los acuerdos de mediación como para controlar la legalidad de los acuerdos que se trasladan a la escritura pública. No se debe olvidar que el mediador no tiene por qué ser jurista y aún siéndolo no actúa como tal en el procedimiento de mediación, por lo que el contenido del acuerdo será el decidido por las partes con sus asesores. El abogado tiene, por tanto, también un papel importante en la orientación de las mismas y en la redacción del acuerdo, que se refuerza al sumarle el control notarial⁶⁴.

Una vez elevado a escritura pública se reconoce el carácter de título ejecutivo al acuerdo de mediación⁶⁵, y por tanto, su ejecución podrá instarse directamente ante los Tribunales, siendo competentes para autorizar o denegar dicha ejecución los Juzgados de Primera Instancia del lugar dónde se firmó el acuerdo⁶⁶.

Por su parte, el artículo 548 LEC, respecto del plazo para solicitar el cumplimiento forzoso, dice que no se despachará ejecución de acuerdos de mediación, dentro de los veinte días siguientes a la notificación de la escritura pública que contiene el acuerdo de mediación. Esta previsión tiene mayor sentido si se admite que la escritura pública pueda ser otorgada por una de las partes con el consentimiento del otro; si están las dos presentes para la firma del acuerdo, no parece que sea necesaria ninguna notificación. No obstante, las partes pueden incluir alguna cláusula que determine un plazo dentro del cual deba acometerse el cumplimiento voluntario de lo pactado.

Finalmente, el artículo 518 LEC señala que la acción ejecutiva caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva en el plazo de cinco años, entiendo que contados desde el siguiente al del otorgamiento de la escritura pública⁶⁷. Por su parte, el artículo 556 LEC, equipara el acuerdo de mediación a las resoluciones procesales, al efecto de limitar los motivos de oposición del demandado.

Y para finalizar este apartado, se debe poner de relieve la ausencia de una regulación específica de la mediación familiar en la Ley 5/2012. Por ello, (UTRERA GUTIÉRREZ, 2013, 4)⁶⁸ en la mediación prejudicial, el acuerdo alcanzado y elevado a escritura pública no podrá constituirse en título ejecutivo, sino que deberá pasar el control judicial correspondiente por medio de alguno de los procesos previstos en la LEC, y concretamente para los supuestos de separación y divorcio por la vía del proceso de mutuo acuerdo del artículo 777, o bien si el acuerdo ha sido parcial mediante la inclusión del mismo en la sen-

tencia contenciosa que decida sobre las cuestiones no consensuadas. La razón de ser de esta afirmación radica en el carácter indisponible de las cuestiones relativas a familia, salvo que dichos acuerdos sean validados judicialmente; por lo que en estos casos, la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación no generará los efectos previstos para el resto de materias civiles y mercantiles. Por esta razón, el mediador deberá informar, en su caso, de la necesidad de incoar alguno de los procesos judiciales previstos en la LEC para este tipo de cuestiones si se quiere dotar de fuerza ejecutiva a los acuerdos alcanzados.

2. HOMOLOGACIÓN JUDICIAL DEL ACUERDO

Cuando el acuerdo se alcanza en una mediación desarrollada una vez iniciado un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con la homologación lo que se pretende es la equiparación con la decisión judicial a los efectos de reconocimiento y ejecución⁶⁹.

No obstante, para que esto sea posible deben darse los siguientes requisitos: 1) Exista un proceso judicial pendiente ante los tribunales; 2) La solicitud de ambas partes que provocará la suspensión del proceso; 3) La mediación debe referirse a materias que son objeto del proceso en curso; 4) La mediación finalice con acuerdo, total o parcial; 5) Auto dictado por el juez que ponga fin al proceso definitivamente y otorgue carácter ejecutivo al acuerdo de mediación conseguido.

Así pues, se requiere que exista un proceso judicial. A estos efectos, la Ley procede en sus disposiciones finales a encajar la mediación en el proceso judicial, operando modificaciones de tipo procesal que faciliten su aplicación dentro del proceso civil, reforzando las posibilidades de finalización anticipada del proceso por acuerdo de las partes con el recurso a la mediación⁷⁰.

De este modo, se pueden distinguir dos momentos en los que se debe facilitar información a las partes sobre la mediación como herramienta para la resolución de su conflicto. De un lado, antes de la audiencia previa del juicio ordinario y de la vista del juicio verbal y por otro lado, la asistencia a la denominada sesión informativa presencial.

Para el primer caso, el artículo 414.1 párrafos 1.^º y 3.^º dispone que en esta convocatoria, si no se ha realizado antes, se *informará* a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar su conflicto, incluido el recurso a una mediación; explicando también que el tribunal puede *invitar a las partes* a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa. De igual modo, el artículo 440 al referirse al juicio verbal señala que el secretario judicial en la citación de la vista *informará* a

las partes de esta posibilidad. De otro lado, según el artículo 443.3 cabe la posibilidad de recibir información sobre la mediación, asistiendo a la llamada sesión informativa presencial⁷¹.

En ningún caso se debe entender que estas obligaciones de información e invitación vulneren la voluntariedad propia de la mediación; pues se trata de que el juez en atención al objeto y a las circunstancias del caso entienda que se pueda resolver de manera más ágil y menos costosa recurriendo a la mediación, pero realmente serán ellas las que decidan si quieren utilizar esta herramienta que se les brinda o por el contrario prefieren que sea la autoridad judicial la que resuelva su controversia. Se trata, entiendo, de una medida que trata de dar a conocer la mediación, publicitarla y promoverla dentro del respeto a la voluntad de las partes como dice el propio preámbulo de la Ley 5/ 2012.

Y esta cuestión es de gran interés pues existe una corriente doctrinal⁷² que considera que tal vez la introducción de la mediación obligatoria sea el único camino para hacer que esta figura alcance éxito en la Unión Europea, al menos para ciertas categorías de asuntos, pues se ha constatado que existe una desconexión importante entre los beneficios reconocidos a la mediación y su uso tan limitado en los Estados miembros. Estos autores proponen dos formas mitigadas de mediación obligatoria: La asistencia obligatoria a sesiones informativas y la mediación obligatoria con posibilidad de renunciar si las partes no tienen intención de continuar con la mediación. En ambos casos, se obliga a las partes por lo menos a sentarse juntas y a considerar en serio esta posibilidad. La conclusión más importante a la que llegan es que solamente un cierto grado de obligatoriedad puede generar un número significativo de mediaciones, considerando que la voluntariedad es compatible con la posible previsión por parte del legislador de la mediación obligatoria para ciertas materias, pues el sometimiento obligatorio a mediación ha de ser entendido en el sentido de que el mismo únicamente conlleva la obligación que pesa sobre las partes de participar en una sesión informativa, en la que reciban información suficiente que les permita decidir acerca del recurso a la mediación.

No obstante, se debe tener en cuenta que el artículo 17 de la Ley 5/2012, permite que se dé información al juez sobre la parte o partes que, en su caso, no asistieron a la sesión, de modo que puede apreciarse que esta circunstancia queda al margen de la confidencialidad que se impone al mediador y demás personas que participen en el procedimiento. Por lo tanto, y atin cuando esa facultad de instar e invitar a la mediación no lleva aparejada ninguna sanción en el caso de no ser aceptada, podría ser tenida en cuenta por el juez a la hora de imponer las costas⁷³.

Esta idea la vincula con otra no menos importante, solo el mediador más preparado y cualificado llevará a las partes a continuar con el proceso de mediación, pues se entiende que existe una estrecha conexión entre la formación del mediador y el éxito de la institución.

Por otra parte, la homologación requiere la solicitud de ambas partes. Se requiere la instancia de todas las partes del proceso, de la misma manera que vimos en el epígrafe anterior para el caso de la escritura pública. Las partes inmersas en el proceso, de común acuerdo, deciden someterlo a mediación, para lo que solicitarán, según el artículo 415 LEC, su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal. En este supuesto, el juez examinará la concurrencia de los requisitos de capacidad y poder de disposición de las partes. En su caso, la suspensión será acordada siempre que no perjudique el interés general o de terceros⁷⁴.

De igual modo, la mediación debe estar referida al objeto del proceso. Se debe controlar la identidad objetiva del conflicto y en su caso del acuerdo. Así, iniciada la mediación estando en trámite un procedimiento judicial y conformada ya la relación jurídico-procesal, no cabe ampliar el objeto del mismo, sin perjuicio de desistir del procedimiento judicial y continuar el procedimiento de mediación con el objeto que conformen las partes⁷⁵. El acuerdo que pudiera alcanzarse a través de la mediación no podrá referirse a materias que no fueron objeto del procedimiento judicial en curso.

En su caso, el acuerdo alcanzado ha de presentarse al juez para que proceda a su homologación o convalidación. Finalizada la mediación, se solicitará la reanudación del procedimiento, si bien esta tendrá diferente alcance dependiendo de si el acuerdo conseguido afecta a todas las cuestiones sometidas a mediación o solo a alguna de ellas, en función de si ha sido total o parcial.

Si el acuerdo fue total y todas las materias disponibles para las partes, se pone en conocimiento del tribunal que procederá a su homologación mediante auto⁷⁶. Homologado el acuerdo se pone fin al procedimiento. Si el acuerdo conseguido fue parcial se someterá al tribunal solo en relación a las materias concretas sobre las que verse. El resto de aspectos no afectados por el acuerdo provocará la continuación de las actuaciones judiciales.

Para el caso concreto de procesos de separación, divorcio, medidas sobre hijos extramatrimoniales o de modificación de medidas, (UTRERA GUTIÉRREZ, 2013, 4-5)⁷⁷ se pueden plantear dos hipótesis: a) Acuerdo total: Lo procedente es solicitar la transformación del proceso contencioso en consensual, presentando el preceptivo convenio regulador y, en su caso, el acuerdo de mediación. Si la mediación se ha desarrollado en trámite de ejecución se dictará auto bien aprobando los acuerdos si no suponen una modificación sustancial de las medidas fijadas en su día, o adoptándolas cautelarmente en base al artículo 158.4 del Código Civil y remitiendo a las partes al proceso de modificación consensual del artículo 775.2 LEC para su aprobación definitiva; b) Acuerdo parcial: Se continuará el proceso contencioso, poniendo las partes en conocimiento del juzgado los acuerdos alcanzados y limitándose el objeto del litigio a las cuestiones sobre las que se discrepe.

El acuerdo recogido en la resolución judicial tendrá carácter ejecutivo. Así dispone el artículo 26 de la Ley 5/2012, que la ejecución de los acuerdos re-

sultado de una mediación iniciada estando en curso un proceso se instará ante el tribunal que lo homologó⁷⁸. Si se trata de acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado dicho acuerdo.

Por último, se ha de tener en cuenta que para la ejecución derivada de un acuerdo de mediación se requiere la intervención de abogado y procurador siempre que la cantidad por la que se despache ejecución sea superior a 2000 euros.

Para finalizar esta exposición quiero reiterar que los acuerdos que pudieran adoptarse sobre materias no disponibles requieren necesariamente homologación judicial que los convierta en ejecutivos. Esta afirmación reviste especial interés en el ámbito de la mediación familiar, pues es conocido que en el ámbito del Derecho de Familia la mayor parte de sus normas son de derecho imperativo; de ahí, que se haga especialmente necesario determinar cuáles son las materias sobre las que no se puede mediar.

A este respecto, ya se ha explicado cómo el artículo 19 LEC permite a los litigantes disponer del objeto del juicio sometiéndolo a mediación con la excepción de que la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razón del interés general o en beneficio de terceros. En este sentido, el artículo 1814 del Código Civil impide la transacción sobre cuestiones relativas al estado civil de las personas, cuestiones matrimoniales y alimentos futuros. Además y tratándose de procesos sobre la capacidad de las personas, nulidad matrimonial, determinación e impugnación de la filiación o sustracción internacional de menores, se refuerza la protección en la LEC pues será siempre parte el Ministerio Fiscal aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba asumir la defensa de alguna de las partes, pues debe velar todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada. Esto es importante porque si bien el informe no es vinculante, si considera que puede afectar los intereses de menores o incapaces o ser perjudicial para ellos, estará legitimado para impugnar la resolución que homologue el acuerdo⁷⁹.

De ello puede deducirse que no son disponibles las cuestiones relativas al estado civil o las medidas relativas a menores y discapacitados; si bien existe actualmente la tendencia a favorecer una mayor esfera dispositiva de las partes, aún cuando ello sea manteniendo la necesidad del control jurisdiccional sobre el resultado de los acuerdos alcanzados. Valga como ejemplo el artículo 770.7 LEC que admite la posibilidad de mediación intrajudicial en materia matrimonial, entendiendo que lo que se prohíbe es el pacto sobre la existencia o subsistencia del matrimonio pero no sobre las cuestiones patrimoniales derivadas del matrimonio y su ruptura; lo que además supone una clara manifestación de la inclinación del legislador hacia el proceso de mutuo acuerdo para gestionar el conflicto familiar, en lugar del proceso contencioso.

De este modo, debemos entender que la mediación puede llevarse a cabo sobre las materias a las que se refieren los artículos 90 a 98 del Código Civil,

pero no sobre las acciones de separación, divorcio o nulidad; en materia de filiación, sobre el reconocimiento de la misma pero no sobre las obligaciones inherentes a la patria potestad o sobre la privación de la misma; en los procesos de incapacidad, sobre el cuidado y administración de la persona y bienes del discapacitado, pero no sobre la propia declaración de incapacidad.

No obstante ello, admitir que determinadas materias propias del Derecho de Familia puedan ser objeto de mediación no supone sin más que los acuerdos alcanzados generen los efectos previstos en la Ley 5/2012 para el resto de materias civiles y mercantiles, dado que la naturaleza especial de las cuestiones de familia exige para que tales acuerdos sean plenamente eficaces pasar el control judicial previsto en la LEC⁸⁰.

En consecuencia, para aquellos acuerdos cuyas materias requieran un control jurisdiccional como requisito de eficacia, la homologación siempre va a ser necesaria; es entonces cuando los acuerdos se degradan a la clase de propuesta⁸¹.

En todo caso, creo que es interesante preguntarnos por la intensidad del control de la legalidad que ha de efectuar el juez al homologar el acuerdo de mediación. A mi juicio, dicho control pasa por tener la completa seguridad de que los acuerdos adoptados no lesionan, perjudican o ponen en peligro a los menores o personas dependientes si las hubiera; si no se dan estas circunstancias, no debe darse pie al juez a pronunciarse de forma contraria a la querida y manifestada por las partes.

A este respecto, me parece muy interesante la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2005⁸², en la que se considera que no existe razón para pronunciarse de forma contraria a lo pactado por los padres que deben tener un amplio campo de libertad en el ejercicio de sus funciones derivadas de la patria potestad; y que no cabe dirigismo por parte de los poderes públicos cuya intervención está limitada a los supuestos en los que el ejercicio de las funciones paternas lesione o ponga en peligro a los menores; idea totalmente acorde a lo dispuesto en los artículos 39 y 27 de nuestra Constitución, en consonancia con la obligación de velar por los hijos que impone el artículo 154 del Código Civil a los progenitores y sobre todo, y por lo que a este estudio afecta, conforme con el principio de autocomposición que preside la mediación.

V. CONCLUSIONES

I. El de mediación es un proceso que viene delimitado por tres notas esenciales: la existencia de un litigio; un tercero que asiste a las partes, si bien son ellas mismas las que tienen que llegar al acuerdo; y el hecho de que se trata de un procedimiento estructurado.

II. El pacto de sometimiento previo a mediación carece de eficacia jurídica en el ámbito extra procesal, dado el carácter radicalmente voluntario de

la mediación, configurándose más como una obligación moral que como una obligación legal.

III. A efectos de favorecer la posibilidad de que puedan adoptarse medidas cautelares previas a la iniciación de un procedimiento de mediación sin haber iniciado la vía judicial, quizás lo más operativo sería dar una nueva redacción al artículo 731 LEC y prever la posibilidad de mantener la vigencia de las medidas aún cuando se inicie el procedimiento de mediación con suspensión del plazo para interponer la demanda.

IV. Si el procedimiento de mediación finaliza con acuerdo, lo convenido se puede plasmar en dos documentos distintos; de un lado, el acta final determina la finalización de la mediación y refleja, en su caso, los acuerdos que hayan podido alcanzarse; de otro lado, el acuerdo de mediación que estará en íntima conexión con los puntos concretos de desavenencia que tenían las partes. El acta final puede contener manifestaciones que no tengan carácter obligacional y por tanto no se trasladen al acuerdo de mediación, cuyo contenido es esencialmente jurídico pues recoge aquellos compromisos exigibles legalmente, una vez configurado el acuerdo de mediación como título ejecutivo.

V. El acuerdo de mediación se puede definir como el contrato por el que las partes solucionan, de manera total o parcial, la controversia sometida a mediación y que en consecuencia, les permite evitar un pleito o poner fin al ya iniciado. Establecida su naturaleza contractual es obligado su sometimiento a los requisitos necesarios para la validez de los contratos.

VI. El legislador debería aclarar la materia relativa a la capacidad necesaria para llevar a cabo el acuerdo de mediación, para evitar inseguridad jurídica y la posible nulidad del acuerdo.

VII. En cuanto al objeto del acuerdo podrá tratarse de obligaciones de dar, de hacer o de no hacer. En cualquier caso, siempre con el límite de ser disponibles para las partes, lícitas, posibles y determinadas; esto es, cuestiones que las partes sean libres de decidir por sí mismas en virtud de la legislación aplicable.

VIII. La causa del acuerdo de mediación es transaccional pues su finalidad es solucionar una controversia mediante la autocomposición de las partes, asistidas por el mediador y con exclusión, por tanto, de la decisión de un tercero, juez o arbitro, que se imponga a aquellas.

IX. El requisito de forma que impone la ley lo es no como un requisito de validez o *ad solemnitatem*, sino como un requisito *ad probationem*; lo que se exige es la documentación del acuerdo; por ello, podemos hablar de contrato formal, únicamente desde el punto de vista de su necesaria plasmación por escrito. La exigencia de forma escrita es reflejo, aunque parezca paradójico, del principio de voluntariedad.

X. Solo el acuerdo de mediación homologado judicialmente puede hacerse valer por medio de una excepción procesal, de modo que, cualquier otro acuerdo de mediación solo será oponible como excepción material que no impedirá la

tramitación íntegra del proceso y su finalización mediante la correspondiente sentencia que decidirá sobre el fondo.

XI. Como documento privado, el acuerdo de mediación no solo tiene carácter vinculante, sino también una obligatoriedad reforzada; es un acuerdo con un plus de obligatoriedad pues se ha realizado en un entorno especialmente apto para que la expresión de la voluntad allí recogida lo haya sido sin vicio alguno. Esta pureza negocial supone que el acuerdo alcanzado en mediación debe tener un alto valor para el juez en la adopción de las medidas a que se refieren en vía contenciosa.

XII. Es la voluntad de las partes la que convierte el acuerdo privado obtenido en mediación en título ejecutivo, ya sea mediante su elevación a escritura pública, ya sea por la homologación ante el juez.

XIII. El mediador no tiene por qué ser jurista y aún siéndolo no controla el contenido del acuerdo que lo deciden las partes con sus asesores, por ello es importante la intervención de los abogados en el desarrollo de la mediación asesorando a las partes durante su curso y especialmente, en la redacción del acuerdo de mediación. La intervención del notario, en su caso, proporciona una intervención técnico-jurídica especializada y refuerza la calidad del título ejecutivo del que dispondrán las partes.

XIV. Para aquellos acuerdos cuyas materias requieran un control jurisdiccional como requisito de eficacia, así en el ámbito de la mediación familiar prejudicial, la homologación judicial siempre va a ser necesaria, lo que en cierto modo degrada el acuerdo a la categoría de propuesta.

XV. El control de la autoridad judicial a la hora de homologar los acuerdos pasa por tener la completa seguridad de que aquellos no lesionan, perjudican o ponen en peligro a menores o personas dependientes, si las hubiera; si no se dan estas circunstancias, no debe darse pie al juez a pronunciarse de forma contraria a la querida y manifestada por las partes.

XVI. Se privilegia la situación de las partes en los supuestos de mediación intrajudicial frente a los que acuden a la mediación antes de haber iniciado el procedimiento. Sería positivo que al acuerdo de mediación elevado a escritura pública tuviera la virtualidad necesaria para impedir la tramitación del procedimiento al igual que ocurre con la transacción judicial, lo que es coherente con la circunstancia de que el compromiso de sometimiento a mediación pueda ser alegado mediante declinatoria. Se conseguirá así una verdadera eficacia de la mediación como método alternativo al proceso judicial evitando que se convierta en un simple procedimiento previo al mismo.

XVII. La previsión legal de una sesión informativa presencial obligatoria podría favorecer que las partes conociendo los perfiles de esta institución optaran por ella. Entiendo que esto no vulnera el principio de voluntariedad pues serán ellas las que decidan finalmente como quieren solucionar su controversia.

XVIII. Las partes que mantienen algún tipo de controversia acudirán a la mediación siempre que tengan conocimiento de su existencia y estén convencidas de que será de calidad. El conocimiento de su existencia depende en gran medida de la labor que realicen los operadores jurídicos a la hora de darla a conocer. Por su parte, que la mediación sea de calidad, será un argumento más que añadir a las ventajas que presenta esta figura. Solo un mediador preparado, profesional y cualificado llevará a las partes a continuar con el proceso de mediación.

XIX. Además de homogeneizar el procedimiento sobre la cualificación profesional del mediador, corresponde a la normativa estatal establecer un régimen general de la mediación que facilite un adecuado ensamblaje con la legislación procesal.

XX. Es necesario que el acceso a la mediación no suponga un obstáculo para el ejercicio de las acciones que puedan corresponder a los sujetos en conflicto, ya que con ello se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva, pues no cabe limitar o poner obstáculos al libre acceso de las partes a los tribunales. En sentido contrario, debe facilitarse el acceso a la mediación sin merma de los derechos de las partes, pues de lo contrario, las partes pueden percibir que sus facultades o derechos están limitados por razón de haber intentado solucionar el conflicto a través del procedimiento de mediación, lo que puede generar desconfianza en este medio.

XXI. Nuestra cultura del litigio no se va a superar con la simple aparición de normativa al respecto, si bien esta es absolutamente necesaria; hace falta una conciencia social que incentive el espíritu de compromiso y favorezca la posibilidad de acuerdos, por lejanos que nos parezcan. Para que la cultura de la mediación se asiente se debe dar a la misma publicidad y la suficiente cobertura jurídica que garantice que por el hecho de acudir a mediación ninguna de las partes verá perjudicada su posición; al contrario, ambas deben vislumbrar que existe la posibilidad del acuerdo y que este será ejecutable de una manera simple, más rápida y menos gravosa, tanto en lo económico como en lo personal, que acudiendo al proceso judicial.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Málaga de 27 de septiembre de 2012 (*AC* 2012/1920).
- SAP Barcelona de 21 de febrero de 2007 (*JUR* 204550/2007)
- STS de 14 de febrero de 2005 (*RJ* 1670/2005)
- STS de 5 de abril de 2010 (núm. 99/2010)

BIBLIOGRAFÍA

- COSTAS RODAL, L. (2012). La nueva ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, 1-6.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P. (2013). La mediación familiar y la vertebración territorial en España. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 1-20.
- FÁBREGA RUIZ, C. F. (2010). Mediación familiar y ejercicio de la patria potestad. *Diario La Ley*, núm. 7443, 1-12.
- GARCÍA VILLALUENGA, L. (2010). La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4, 717-756.
- GIL NIEVAS, R. (2008). 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. *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 768, 1-8.
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (2011). La limitada ejecutoriedad de la escritura pública: Incoherencia del sistema. *El Notario del siglo XXI. Revista bimestral del Ilustre Colegio Notarial de Madrid*, 1-6.
- HERRERO PEREZAGUA, J. F. (2012). Escritura y acuerdo de mediación: El título ejecutivo. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 1-14.
- LAFUENTE TORRALBA, A. J. (2013). La mediación familiar en la Ley de mediación de asuntos civiles y mercantiles. *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 863, 1-2.
- LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. y FERNÁNDEZ DE LA MELA, J. M. (2015). El acuerdo de mediación. *Diario La Ley*, núm. 8477, 1-23.
- MADRID FERNÁNDEZ, S. (2015). El compromiso de mediación. [En línea], 9 de abril, disponible en <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/Civil/arbitraje/el-compromiso-de-mediacion>.
- MAGRO SERVET, V. (2012). Afectación al proceso civil del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Procedimiento. *Revista La Ley Digital. Práctica de Tribunales*, núm. 93, 1-14.
- MARTÍN PASTOR, J. (2012). Efectos de la Ley 5/2012, sobre la ejecución forzosa. *Revista La Ley Digital. Práctica de Tribunales*, núm. 98/99, 1-7.
- (2012b). La reforma del proceso civil de ejecución por el Real Decreto-ley 5/2012. *Diario La Ley*, núm. 7862, 1-7.
- MIRA ROS, C. (2008). La nueva regulación notarial los títulos ejecutivos. *Diario La Ley*, núm. 6931, 1-12.
- PARDO IRANZO, V. (2014). Tasas judiciales y ejecución del acuerdo de mediación. *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 878, 1-2.
- (2013). Y ante el incumplimiento del acuerdo de mediación, ¿qué normas aplicamos? *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 856, 1-3.
- PÉREZ MORIONES, A. (2014). En torno a la paradoja de la mediación. *Diario La Ley*, núm. 8316, 1-12.
- SÁNCHEZ MARTÍN, P. (2012). Incidencia de la mediación en el proceso civil. *La Ley Digital. Práctica de Tribunales*, núm. 98/99, 1-14.
- SENÉS MONTILLA, C. (2012). La eficacia del compromiso de mediación y de los acuerdos de mediación. [En línea], 11 de junio, disponible en <http://www.legalto>

- day.com/opinion/Artículos-de-opinión/la-eficacia-del-compromiso-de-mediación-y-de-los-acuerdos-de-mediación
- SOLER PASCUAL, L. A. (2012). La ejecución del acuerdo de mediación. La elevación a escritura pública. Problemática. *La Ley Digital. Práctica de Tribunales*, 1-8.
- SOLETO MUÑOZ, H. (2012). La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso Civil. *Diario La Ley*, núm. 7834, 1-7.
- TAMAYO HAYA, S. (2015). El acuerdo de mediación y la formalización del título ejecutivo. En: E. Vázquez de Castro (dirección). *Practicum Mediación*. Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 199-255.
- TORRES ESCÁMEZ, S. (2011). Ejecuta como sea (o el carácter ejecutivo del documento privado de mediación). *El Notario del siglo XXI. Revista bimestral del Ilustre Colegio Notarial de Madrid*, 1-3.
- TORRES GÁMEZ, A. (2015). Mediación intrajudicial civil. Reflejo jurisprudencial. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 1-14.
- UTRERA GUTIÉRREZ, J. L. (2013). La ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia. *Diario La Ley*, núm. 7996, 1-6.
- VÁZQUEZ FLAQUER, A. (2012). La capacitación del profesional de la mediación. *Ponencias de expertos en mediación. Foro mundial de mediación. Valencia*, [En línea], disponible en: http://unaf.org/wp-content/uploads/2013/01/10_12_ponencias_foro_mundial_mediacion_Valencia_4.pdf.
- VIOLA DEMESTRE, I. (2012). La mediación en asuntos civiles y mercantiles (breves notas a la Ley 5/2012, de 6 de julio). *Revista chilena de Derecho y Ciencia política*, vol. 3, núm. 2, 159-187.

NOTAS

¹ Artículos 16 a 24.

² De 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

³ GIL NIEVAS, R. (2008). 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. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 768, 3. El carácter estructurado del procedimiento nos permite excluir del concepto de mediación los casos en los que se produce la intervención de un tercero que ayuda a resolver la disputa de las partes pero de manera accidental y espontánea.

⁴ En el ámbito de los procesos matrimoniales, el artículo 770, regla 7.^a LEC (regla introducida por la disposición final primera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modificó el Código Civil y la LEC en materia de separación y divorcio) establece que las partes de común acuerdo pueden solicitar la suspensión del proceso para someterse a mediación, lo que a mi juicio realza el valor de la figura que estudiamos.

⁵ Para SOLETO MUÑOZ, H. (2012). La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil. *Diario La Ley*, núm. 7834, 6, sería más correcto hacer referencia a «mediación conectada con el tribunal», tal como se denomina a esta clase de mediación en el sistema estadounidense (*court-connected mediation*), aunque en otros países de Europa en general se denomina mediación judicial, para distinguirla como en Bélgica de la voluntaria o en Francia de la convencional. Por otra parte, y desde la perspectiva del proceso civil, no debemos olvidar que la Disposición final tercera de la Ley 5/2012, modificó el artículo 19.1

LEC de 2000, con el objeto de facilitar la aplicación de la mediación dentro del proceso civil, regulando la facultad de las partes para disponer del objeto del juicio y someterse a mediación.

⁶ UTRERA GUTIÉRREZ, J. L. (2013). La Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia. *Diario La Ley*, núm. 7996, 2. En el ámbito de los procesos de familia carece de toda validez si afecta al ejercicio de la acción principal en los procesos de nulidad, separación, divorcio, filiación o incapacidad, pues estaríamos ante el ejercicio de acciones relativas al estado civil y por tanto de carácter no dispositivo, donde si bien la mediación es admisible a la hora de autorregular los efectos de tales procesos, no sería aceptable como impeditiva del inicio de esas acciones en vía jurisdiccional.

⁷ En relación a las medidas cautelares, SÁNCHEZ MARTÍN, P. (2012). Incidencia de la mediación en el proceso civil. *La Ley Digital. Práctica de Tribunales*, núm. 98/99, 5, explica la diferencia existente si las medidas en cuestión se solicitan junto con la demanda principal o con carácter previo a la interposición de la misma. En el primer caso, si se suspende el procedimiento para acudir a la mediación, nada obsta al mantenimiento de las medidas, que mantendrán su vigencia siempre que el procedimiento no quede suspendido por un periodo superior a seis meses; sin embargo, si se solicitan con carácter previo, la LEC limita la vigencia de las mismas que quedarán sin efecto, si no se interpone la demanda en los veinte días siguientes a su adopción; por ello, su virtualidad práctica es nula, al no haberse previsto posibilidad de prorrogar la vigencia de las mismas en tanto se sustancia el procedimiento.

⁸ El artículo 63 LEC 2000 regula la llamada «declinatoria de jurisdicción», mediante la cual el demandado puede denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se interpone la demanda, por corresponder el conocimiento de esta, entre otros, a mediadores. La articulación mediante la correspondiente declinatoria, el hecho de que el pacto conste por escrito, unido a que la mediación debe haber comenzado son los tres requisitos que deben darse de forma cumulativa para que el pacto de sometimiento previo tenga efectos en el proceso. Por su parte, el artículo 39 LEC dispone que el demandado podrá denunciar falta de jurisdicción por haberse sometido la controversia a mediación.

⁹ Para algunos autores deberían producirse algún tipo de consecuencias al faltar la buena fe contractual, ya sea en las costas generadas, en forma de daños y perjuicios o de penalización, ya que ni siquiera se hace el intento de iniciar la mediación. Para MADRID FERNÁNDEZ, S. (2015). El compromiso de mediación. [En línea], 9 de abril, disponible en <http://www.legal-today.com/practica-juridica/Civil/arbitraje/el-compromiso-de-mediacion> el asunto es complejo porque la mediación se basa en la voluntariedad de principio a fin; por ello, establecer una cláusula compromisoria de solo mediación en las posibles controversias carece de eficacia práctica, aunque se establezca una penalización de daños y perjuicios a la parte incumplidora del intento de mediación; pues si una parte se ve forzada a acudir al proceso por dicha estipulación, se causará una pérdida de tiempo innecesario ya que lo único que se conseguirá es que se justifique el intento de mediar. El propone incluir cláusulas escalonadas muy claras y definidas de manera que las controversias se puedan resolver mediante sucesivos mecanismos de ADR, mediación y arbitraje, mediación y conciliación, negociación-mediación-arbitraje, etc, dejando bien detallados los tiempos, formas, personas o instituciones que actuarán para su resolución.

¹⁰ MAGRO SERVET, V. (2012). Afectación al proceso civil del Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Procedimiento. *Revista La Ley Digital. Práctica de Tribunales*, núm. 93, 8.

¹¹ Con base en el artículo 395 LEC de 2000, entiende SOLETO MUÑOZ, H. (2012). La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil. *Diario La Ley*, núm. 7834, 5, que dicha norma debe interpretarse de forma que sea condenado en costas la parte que no participó de buena fe en la mediación y que no es suficiente con que haya asistido simplemente a la mediación o a la primera sesión. El precepto actúa de mecanismo corrector para que incluso el ganador del proceso pueda ser castigado con el pago de las costas si se pudo evitar el mismo. Esperemos, dice, que este artículo sea usado por los Tribunales, ejerciendo de elemento incentivador de la mediación, como ocurre en el sistema del Reino Unido.

¹² PÉREZ MORIONES, A. (2014). En torno a la paradoja de la mediación. *Diario La Ley*, núm. 8316, 6.

¹³ GARCÍA VILLALUENGA, L. (2010). La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4, 725.

¹⁴ Artículo 5.

¹⁵ Para UTRERA GUTIÉRREZ, J. L. (2013). La ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia. *Diario La Ley*, núm. 7996, 3, la ley da pie para sostener que la mediación en sentido estricto no comienza hasta la denominada sesión constitutiva, configurándose la denominada sesión informativa como una «premediación», apoyándose esta afirmación en que en la sesión informativa no actúan con plenitud todos los principios que informan la mediación.

¹⁶ Artículo 17.1.

¹⁷ El mediador debe estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas. El problema, a mi juicio, es que no existe homogeneidad de criterios en la dispersa legislación nacional en cuanto a la profesionalidad, capacitación y cualificación del mediador, idea clave en relación a la calidad del procedimiento de mediación. Sobre la capacitación del mediador es interesante la ponencia de VÁZQUEZ FLAQUER, A. (2012). La capacitación del profesional de la mediación. *Ponencias de expertos en mediación. Foro mundial de mediación*, Valencia, 32. [En línea], disponible en http://unaf.org/wpcontent/uploads/2013/01/10_12_ponencias_foro_mundial_mediacion_Valencia_4.pdf

¹⁸ La imparcialidad es uno de los principios informadores de la mediación según el artículo 7; por otro lado el artículo 13.5 impone al mediador la obligación de revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses; así, por ejemplo, la existencia de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes ó cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación.

¹⁹ El coste de la mediación, concluida o no con acuerdo, se dividirá por igual entre las partes, salvo pacto en contrario. El mediador les puede pedir la provisión de fondos que se estime necesaria. Si no se lleva a cabo en el plazo previsto, el mediador puede dar por concluida la mediación, lo que comunicará a las demás partes, por si tienen interés en supirla en el plazo que se fije. Esta previsión se realiza teniendo en cuenta la mediación privada pero nada impide que se aplique igualmente a la mediación vinculada a los tribunales, si bien, por lo general en España, los programas intrajudiciales son gratuitos para las partes. Se debate en la actualidad, la conveniencia de su inclusión en el derecho de asistencia jurídica gratuita.

²⁰ De la sesión constitutiva se levantará un acta en la que consten los aspectos mencionados y otros y que será firmada por las partes y por el mediador. En otro caso, declarará que la mediación se ha intentado sin efecto.

²¹ Según explica UTRERA GUTIÉRREZ, J. L. (2013). La ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia. *Diario La Ley*, núm. 7996, 3, el inicio de la mediación genera importantes efectos jurídicos, tanto si se trata de mediación prejudicial como intrajudicial. En el campo de la mediación intrajudicial, su efecto fundamental es la posibilidad de que las partes soliciten la suspensión del curso de los asuntos de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 LEC. La cuestión es que se menciona la «posibilidad» de que se pida la suspensión del curso del proceso y no que se imponga con carácter necesario, tal vez para no introducir mayores demoras en los procesos y aprovechar así los denominados «tiempos muertos» procesales para desarrollar la mediación, lo que permite que ambos procesos puedan discurrir, al menos en teoría, en paralelo. Si bien existe un importante inconveniente, pues en muchas ocasiones el mediador y las partes se ven «presionados» por los plazos procesales que pueden afectar al desarrollo de la mediación. Por su parte, en el ámbito de la prejudicial, el efecto jurídico fundamental es la suspensión de los plazos para el cómputo de la prescripción y caducidad de acciones; si bien y en el ámbito de

los procesos de familia, considera inoperantes esos efectos respecto a los procesos iniciales, pudiendo admitirse solamente en los procesos posteriores de modificación y ejecución, una vez ratificada judicialmente la estipulación sobre el sometimiento del pacto previo a mediación. Por su parte, como dice TORRES GÁMEZ, A. (2015). Mediación intrajudicial civil. Reflejo jurisprudencial. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 5, en el ámbito de la mediación intrajudicial, el proceso de mediación debe llevarse a efecto de forma que no se vulnere el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. Debe cuidarse que la derivación a mediación dentro del procedimiento, no se traduzca en dilaciones innecesarias en el trámite del proceso judicial, y sea utilizada por las partes como medida dilatadora en la resolución del litigio.

²² La Ley 5/2012, excluye la mediación cuando afecte a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable.

²³ El artículo 24 de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía prevé una duración máxima de tres meses prorrogables por otros tres. En la sesión constitutiva se establecerá la duración máxima prevista, si bien no deja de ser una mera previsión, pues todo dependerá del comportamiento de las partes, de la naturaleza y complejidad del asunto. Entiendo que la propia naturaleza del procedimiento aconseja no dejarse condicionar por plazos rígidos e inamovibles.

²⁴ Como explicaba con anterioridad, al ser un procedimiento estructurado debe ser posible determinar una fecha en la que se considera que comienza el mismo; la mayoría de los autores la identifican con la sesión constitutiva.

²⁵ La mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará preferentemente por estos medios, salvo que sea imposible para alguna de las partes (art. 24. 2 Ley 5/2012).

²⁶ El artículo 4 párrafo segundo señala que pasados esos quince días se reanudará el cómputo de los plazos a efectos de prescripción y caducidad de acciones, que quedó suspendido por la solicitud de inicio de la mediación. Esto es importante, como señala SÁNCHEZ MARTÍN, P. (2012). Incidencia de la mediación en el proceso civil. *La Ley Digital. Práctica de Tribunales*, núm. 98/99, 6, pues se evita así la tentación de acudir al procedimiento de mediación con fines dilatorios para intentar que opere el transcurso del tiempo a favor de alguna de las partes.

²⁷ De ello derivan, como dice FÁBREGA RUIZ, C. (2010). Mediación familiar y ejercicio de la patria potestad. *Diario La Ley*, núm. 7443, 1, diversas obligaciones, como la de exponer la verdad de los hechos sin ocultamientos ni fingimientos, la aportación de los documentos necesarios para la obtención de los acuerdos, el compromiso de no ejercer acciones judiciales paralelas a la mediación y a no solicitar en ningún caso el testimonio de los mediadores en los procesos legales.

²⁸ Para CÓSTAS RODAL, L. (2012). La nueva ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, 1, lo más probable es que los acuerdos obtenidos tras la mediación se cumplan voluntariamente por las partes que podrán preservar una relación amistosa entre ellas y seguramente se adaptarán de una manera más adecuada a sus intereses respecto a lo que correspondería tras una aplicación estricta de la ley por los tribunales de justicia.

²⁹ Artículo 22.

³⁰ Según explica TAMAYO HAYA, S. (2015). El acuerdo de mediación y la formalización del título ejecutivo. En: E. Vázquez de Castro (dir.), *Practicum Mediación*. Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi, p. 205, estará sometido al principio de libertad de forma y dependerá de la voluntad de las partes el que se recojan en el mismo los acuerdos alcanzados someramente o de manera detallada o bien conste únicamente la consecución del acuerdo, sin determinar su alcance o contenido, voluntad que deberá ser respetada en virtud del principio de confidencialidad.

³¹ Como dice TORRES GÁMEZ, A. (2015). Mediación intrajudicial civil. Reflejo jurisprudencial. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 3, en este contexto, conseguir un acuerdo

es un éxito añadido pues el verdadero éxito de la mediación reside en rebajar la tensión y animadversión acumulada entre las personas enfrentadas.

³² Se puede decir que el mediador ya no aporta más tras la firma del acta final. TAMAYO HAYA, S. (2015). El acuerdo de mediación y la formalización del título ejecutivo. En: E. Vázquez de Castro (dir.), *Practicum Mediación*. Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi, p. 207.

³³ UTRERA GUTIÉRREZ, J. L. (2013). La ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia. *Diario La Ley*, núm. 7996, 4.

³⁴ LÓPEZ DE ARGUMEDO, A., y FERNÁNDEZ DE LA MELA, J. M. (2015). El acuerdo de mediación. *Diario La Ley*, núm. 8477, 1, aclaran que la ley no impone a las partes que documenten el acuerdo alcanzado de manera simultánea con la firma del acta final, por lo que ese acto de documentación podrá diferirse para un momento posterior.

³⁵ Cuando acaba el procedimiento se devuelven a las partes los documentos aportados. El mediador conserva y custodia aquellos que no se devuelven por un plazo de cuatro meses.

³⁶ LÓPEZ DE ARGUMEDO, A., y FERNÁNDEZ DE LA MELA, J. M. (2015). El acuerdo de mediación. *Diario La Ley*, núm. 8477, 3, entienden que la calificación de acuerdo de mediación debe quedar reservada para los convenios alcanzados dentro del procedimiento de mediación y reflejados como tales en el acta final que pone fin al mismo. La duración del procedimiento actúa para ellos, como límite temporal.

³⁷ Así se establece expresamente en el artículo 26 de la ley de Andalucía; artículo 20 de la ley valenciana; artículo 14 de la ley canaria ó 17 de la ley asturiana.

³⁸ SOLER PASCUAL, L. A. (2012). La ejecución del acuerdo de mediación. La elevación a escritura pública. Problemática. *Revista La Ley Digital. Práctica de Tribunales*, núm. 98/99, 7, considera que no se encuentran referencias legales a la configuración de las partes, y ello como consecuencia de que el objeto de la mediación es obtener un acuerdo de perfiles imposibles de pre determinar.

³⁹ Considera FÁBREGA RUIZ, C. (2010). Mediación familiar y ejercicio de la patria potestad. *Diario La Ley*, núm. 7443, 1, que sería conveniente una referencia legal a la capacidad en esta materia, ya que otra cosa puede dificultar la aplicación de la misma en los casos de conflicto intergeneracional, cada vez más frecuentes.

⁴⁰ FÁBREGA RUIZ, C. (2010). Mediación familiar y ejercicio de la patria potestad. *Diario La Ley*, núm. 7443, 2, entiende que limitar la mediación a los mayores de edad y emancipados impediría la aplicación de la misma en un sector en el que cada vez es más necesaria, el supuesto de los conflictos intergeneracionales de los adolescentes con sus padres. En este sentido, no se debe olvidar que el Código Civil permite al menor a partir de catorce años, hacer testamento, optar por la vecindad civil y la nacionalidad española, declarar en juicio, y ser condenado por la Ley de Responsabilidad penal de los menores.

⁴¹ FÁBREGA RUIZ, C. (2010). Mediación familiar y ejercicio de la patria potestad. *Diario La Ley*, núm. 7443, 2, considera que en los procedimientos matrimoniales la intervención del Fiscal en el trámite de aprobación del convenio daría una garantía extra cuando el discapaz sea uno de los miembros de la pareja. En esta materia, se debe tener en cuenta la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España en el año 2008; en especial, su artículo 12.

⁴² LÓPEZ DE ARGUMEDO, A., y FERNÁNDEZ DE LA MELA, J. M. (2015). El acuerdo de mediación. *Diario La Ley*, núm. 8477, 3. En igual sentido, SENÉS MONTILLA, C. (2012). La eficacia del compromiso de mediación y de los acuerdos de mediación. [En línea], 11 de junio, disponible en <http://www.legaltoday.com/opinion/Articulos-de-opinion/la-eficacia-del-compromiso-de-mediation-y-de-los-acuerdos-de-mediation> y VIOLA DEMESTRE, I. (2012). La mediación en asuntos civiles y mercantiles (breves notas a la Ley 5/2012, de 6 de julio). *Revisa chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 3, núm. 2, 183; TAMAYO HAYA, S. (2015). El acuerdo de mediación y la formalización del título ejecutivo. En: E. Vázquez de Castro (dir.), *Practicum Mediación*. Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi, pp. 210 y sigs., configura la mediación como el medio o vehículo para alcanzar un resultado, la transacción.

⁴³ Artículo 1809 de Código Civil: La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado.

⁴⁴ LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. y FERNÁNDEZ DE LA MELA, J. M. (2015). El acuerdo de mediación. *Diario La Ley*, núm. 8477, 3.

⁴⁵ También sería posible que el acuerdo se refleje en soportes electrónicos, ópticos o de otro tipo.

⁴⁶ La Ley 5/2012, en los artículos 22 y 23, entre otros pronunciamientos, dice que el acuerdo de mediación ha de *consignarse en el acta final*, que debe ser *firmada* por las partes; el acuerdo debe ser *firmado* por las partes o sus representantes; *se entregará el acuerdo* de mediación a las partes que pueden conferirle fuerza ejecutiva tras su elevación a escritura pública, etc.

⁴⁷ ¿Admitiría la autoridad judicial que una de las partes intentara suspender el procedimiento judicial definitivamente en base a un acuerdo verbal no documentado? ¿Podría probarse que existe el acuerdo por otros medios diferentes, por ejemplo, la declaración del mediador o del abogado de alguna de las partes o de las dos? Yo creo que no.

⁴⁸ En relación a esta materia, LÓPEZ DE ARGUMEDO, A., y FERNÁNDEZ DE LA MELA, J. M. (2015). El acuerdo de mediación. *Diario La Ley*, núm. 8477, 5, entienden que el requisito de forma escrita constituye una auténtica condición de validez del acuerdo de mediación. Para ellos, el acuerdo de mediación debe ser considerado como un contrato formal.

⁴⁹ En este sentido es importante, llegado el caso, la función del notario de verificar el cumplimiento de los requisitos mínimos y que su contenido no es contrario a Derecho. Al tratarse de un contenido mínimo, no existirá inconveniente en incluir otras cláusulas habituales en el tráfico civil o mercantil, así, cláusulas de confidencialidad, de resolución de disputas ó de derecho aplicable.

⁵⁰ La fuerza obligatoria de lo pactado la ponen de manifiesto los artículos 23.3, párrafo 2.º de la Ley 5/2012 y los artículos 1089, 1091 y 1258 del Código Civil.

⁵¹ TORRES ESCAMEZ, S. (2011). Ejecuta como sea (o el carácter ejecutivo del documento privado de mediación). *Revista el Notario del siglo XXI*, 2. En igual sentido, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (2011). La limitada ejecutoriedad de la escritura pública: Incoherencia del sistema. *El Notario del siglo XXI. Revista bimestral del Ilustre Colegio Notarial de Madrid*, 5. A la ejecutividad del acuerdo se dedica el siguiente epígrafe. La SAP Barcelona de 21 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 204550) afirma que el mediador no es un asesor legal por lo que no puede garantizar que la redacción de los pactos sea la idónea.

⁵² LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. y FERNÁNDEZ DE LA MELA, J. M. (2015). El acuerdo de mediación. *Diario La Ley*, núm. 8477, 11.

⁵³ LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. y FERNÁNDEZ DE LA MELA, J. M. (2015). El acuerdo de mediación. *Diario La Ley*, núm. 8477, 11, la denominan *excepción de mediación*. El Tribunal Supremo reconoce la posibilidad de oponer esta excepción cuando alguna de las partes pretende obtener un pronunciamiento judicial respecto de la controversia resuelta mediante transacción. Ver, entre otras muchas, la STS de 5 de abril de 2010 (núm. 99/2010).

⁵⁴ TAMAYO HAYA, S. (2015). El acuerdo de mediación y la formalización del título ejecutivo. En: E. Vázquez de Castro (dir.), *Practicum Mediación*. Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi, p. 222. El juez ante el que se alegue la existencia de un acuerdo transaccional deberá emitir un fallo en el cual no podrá decidir una pretensión de modo distinto a como ya lo resolvieron las partes, pues está vinculado a lo acordado por ellas. Lo que sí podrá hacer es valorar la validez de dicho contrato, de modo que la preclusión está condicionada a que se declare la corrección de la transacción en los términos de los artículos 1817 y 1819 del Código Civil. Por su parte, en la página 224, cita a BLANCO CARRASCO, M., para explicar que «ese algo más» se identifica, no tanto con el efecto de cosa juzgada sino con lo que se ha venido denominando «la eficacia refleja del contrato de mediación», que no va a suponer que no pueda ser objeto de un proceso posterior sino que el juez debe tomar como supuesto de hecho el acuerdo alcanzado por las partes ante un tercero imparcial.

⁵⁵ LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. y FERNÁNDEZ DE LA MELA, J. M. (2015). El acuerdo de mediación. *Diario La Ley*, núm. 8477, 11, consideran que esta solución no es respetuosa con la letra y el espíritu de la Ley 5/2012, al menos en lo que respecta a la eficacia procesal del acuerdo de mediación elevado a escritura pública. Entienden que esta diferencia de tratamiento carece de justificación.

⁵⁶ UTRERA GUTIÉRREZ, J. L. (2013). La ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia. *Diario La Ley*, núm. 7996, 3. Lo explica concretamente para los negocios jurídicos de familia; a mi juicio, aplicable en cualquier caso. Se debe señalar también que los acuerdos alcanzados en mediación y documentados en el acta final o en el acuerdo de mediación deben ser equiparados en el ámbito de los procesos de familia a los convenios reguladores no ratificados o no aprobados judicialmente, siéndoles de aplicación la abundante jurisprudencia que existe sobre esta materia. Ver al respecto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Málaga de 27 de septiembre de 2012 (AC 2012, 1920).

⁵⁷ Para TAMAYO HAYA, S. (2015). El acuerdo de mediación y la formalización del título ejecutivo. En: E. Vázquez de Castro (dir.), *Practicum Mediación*. Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi, p. 227, se despoja nuevamente con este dato al acuerdo de mediación de su carácter procesal y se incide en su carácter negocial o contractual. En la página 228 señala que el régimen de impugnación puede plantear dudas en los casos de mediación intrajudicial pues el acuerdo inicial resulta modalizado por la intervención de la autoridad judicial que dicta una resolución cuya naturaleza jurídica comporta su inmutabilidad desde que adquiere firmeza; de ahí que unos mantengan que entran en juego los medios de impugnación previstos para la transacción con carácter general y para otros, la homologación judicial deba producir los efectos propios de cualquier resolución judicial, y por tanto, ser inalterable transcurrido el plazo legalmente determinado para su impugnación.

⁵⁸ Artículo 517. 2.º LEC.

⁵⁹ El Proyecto anterior en su artículo 26 otorgaba al acuerdo de mediación, documentado en forma no fechante eficacia ejecutiva. Esta posibilidad fue duramente criticada por la doctrina, así, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (2011). La limitada ejecutoriedad de la escritura pública: Incoherencia del sistema. *El Notario del siglo XXI. Revista bimestral del Ilustre colegio Notarial de Madrid*, 5, explica que carece de sentido atribuir carácter ejecutorio a documentos firmados por personas que no ejercen función pública alguna, cuya garantía de autenticidad es inexistente o muy débil y que no tienen por qué tener preparación jurídica.

⁶⁰ Dice HERRERO PEREZAGUA, J. F. (2012). Escritura y acuerdo de mediación: El título ejecutivo. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 9-10, que el título ejecutivo que nos ocupa es un título *complejo* que se integra con varios documentos. Para que se despache ejecución se ha de acompañar a la copia de la escritura (la escritura matriz queda en la notaría; las partes dispondrán de las copias que se les entreguen y son las que funcionarán en el tráfico y en el proceso), copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento. Si falta alguno de ellos, no se habrán observado los requisitos legalmente exigidos; si bien considera que la ausencia de las actas debe considerarse como un defecto subsanable.

⁶¹ El artículo 6 de la Directiva 2008/52/CE dice 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 del acuerdo escrito resultante de una mediación».

⁶² Cuando el acuerdo haya de ejecutarse en otro Estado, será necesario además el cumplimiento de los requisitos que puedan exigir los Convenios Internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea. (art. 25.3 Ley 5/2012). Si se trata de la ejecución en España de un acuerdo de mediación transfronterizo se elevará a escritura pública por notario español, salvo que haya sido declarado ejecutable por alguna autoridad extranjera que desarrolle funciones equivalentes a las de las autoridades españolas. (art. 27.1 y 2 Ley 5/2012).

⁶³ Artículos 551 y 559.1 LEC. Por otra parte, para el cálculo de los honorarios notariales de la escritura pública de formalización de los acuerdos de mediación, se aplicarán los aranceles correspondientes a los *documentos sin cuantía*. (Disposición Adicional Tercera de la Ley 5/2012).

⁶⁴ Para DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P. (2013). La mediación familiar y la vertebración territorial en España. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 17, el notario se convierte en garante de la legalidad de los acuerdos de mediación. Con base en el artículo 211 del Reglamento Notarial destaca la diferencia con la simple protocolización exigida al laudo arbitral en la que la intervención notarial se limita a incorporar el acta a su protocolo. La protocolización persigue únicamente asegurar la identidad y existencia del documento en la fecha en cuestión y ello puede llevarse a cabo bien transcribiendo el acta que al efecto levante, bien anexando el documento al acta en cuestión. Por su parte, HERRERO PEREZAGUA, J. F. (2012). Escritura y acuerdo de mediación: El título ejecutivo. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 8, se pregunta en qué consiste la negativa del notario si el acuerdo no superara el control de legalidad, dado que la Ley 5/2012, no sanciona expresamente con la no autorización del documento y concluye que a su juicio, debiera ser algo más que la materialización de la correspondiente reserva o advertencia.

⁶⁵ Como dice PARDO IRANZO, V. (2013). Y ante el incumplimiento del acuerdo de mediación, ¿qué normas aplicamos? *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 856, 1, la LEC parte de la asimilación entre la sentencia, el laudo y el acuerdo de mediación; es decir, configura este último como título equiparado a los jurisdiccionales y ello a pesar de que al menos en el supuesto de acuerdo elevado a escritura pública, su naturaleza extrajurisdiccional no puede ser más clara.

⁶⁶ Artículos 26 de la Ley 5/2012 y 545.2 LEC. En ambos preceptos se hace referencia al lugar en el que se haya firmado el acuerdo de mediación; no al lugar en el que se eleva a escritura pública. Rige, en cualquier caso, el principio de competencia territorial.

⁶⁷ En este sentido, MARTÍN PASTOR, J. (2012). Efectos de la Ley 5/2012 sobre la ejecución forzosa. *Revista La Ley Digital. Práctica de Tribunales*, núm. 98/99, 3, considera que el legislador debiera haber especificado que el *dies a quo* es el siguiente al del otorgamiento de la escritura pública, pues es a partir de entonces cuando el acuerdo de mediación tendrá eficacia ejecutiva, o en caso de no coincidir, el momento en que se produzca el vencimiento del plazo establecido en el acuerdo de mediación para el cumplimiento de la prestación.

⁶⁸ UTRERA GUTIÉRREZ, J. L. (2013). La ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia. *Diario La Ley*, núm. 7996, 4. Sobre la inclusión de la mediación familiar en la Ley 5/2012, consultar LAFUENTE TORRALBA, J. A. (2013). La mediación familiar en la Ley de mediación de asuntos civiles y mercantiles. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 863, 1-2. Para él, es cuestionable que la mediación familiar se halle comprendida en el ámbito de esta ley. Como mucho cabría defender, dice, la inclusión de una mediación familiar descafeinada, reducida a las pocas cuestiones que resultan estrictamente disponibles en el contexto de una crisis conyugal, básicamente cuestiones de puro carácter patrimonial como la cuantificación de la pensión compensatoria o la liquidación del régimen económico matrimonial.

⁶⁹ El acuerdo de mediación homologado judicialmente lleva aparejada ejecución según dispone el artículo 517.2. 3.^º LEC.

⁷⁰ TAMAYO HAYA, S. (2015). El acuerdo de mediación y la formalización del título ejecutivo. En: E. Vázquez de Castro (dir.), *Practicum Mediación*. Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi, p. 245.

⁷¹ Dice UTRERA GUTIÉRREZ, J. L. (2013). La ley 5/2012 de mediación en asuntos Civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia. *Diario La Ley*, núm. 7996, 5 que dicha posibilidad debe extenderse a cualquier otro proceso en el que exista comparecencia ante el juez (incidental, de ejecución) dado el carácter supletorio de las normas del juicio declarativo respecto a los demás procesos previstos en la LEC y muy especialmente a los juicios verbales de familia a los que se refiere el artículo 753 LEC y a todas aquellas vistas que se celebren en las piezas de medidas previas, coetáneas o cautelares.

⁷² Entre otros, PÉREZ MORIONES, A. (2014). En torno a la paradoja de la mediación. *Diario La Ley*, núm. 8316, 3 y sigs. En la experiencia italiana, la introducción de elementos de mediación obligatoria ha supuesto un incremento significativo en el uso de la mediación.

En su artículo hace referencia al resultado del estudio comparativo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE, plasmado en el documento llamado «*Reebotting the mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation to increase the number of mediations in the USA*» presentado por la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo en febrero de 2014 en Bruselas.

⁷³ Dice TAMAYO HAYA, S. (2015). El acuerdo de mediación y la formalización del título ejecutivo. En: E. Vázquez de Castro (dir.), *Practicum Mediación*. Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi, p. 247, que instrumentos como este han tenido gran trascendencia en Estados Unidos y en Reino Unido para conseguir extender la mediación, otorgando un mayor poder a los jueces para condenar en costas a las partes con una actitud poco razonable hacia la mediación.

⁷⁴ El artículo 770.7 LEC prevé la posibilidad de mediación intrajudicial tratándose de procesos matrimoniales.

⁷⁵ SÁNCHEZ MARTÍN, P. (2012). Incidencia de la mediación en el proceso civil. *La Ley Digital. Práctica de Tribunales*, núm. 98/99, 9, por lo que afecta al procedimiento judicial, señala que el artículo 401 LEC con relación al procedimiento ordinario impide la ampliación de la demanda una vez contestada la misma y el artículo 438, con relación al procedimiento verbal, no regula la ampliación de la demanda.

⁷⁶ Dice UTRERA GUTIÉRREZ, J. L. (2013). La ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia. *Diario La Ley*, núm. 7996, 5, que se debe tener presente que la modificación operada en el artículo 201.1.2.^a LEC relativa a la aprobación mediante auto de los acuerdos de mediación es inoperante a los efectos de los procesos de familia, pues estos finalizarán siempre por sentencia si se trata de la fijación o modificación de las medidas definitivas, salvo en el caso de los acuerdos en fase de ejecución donde sí podrán aprobarse mediante auto.

⁷⁷ UTRERA GUTIÉRREZ, J. L. (2013). La ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia. *Diario La Ley*, núm. 7996, 4-5.

⁷⁸ SÁNCHEZ MARTÍN, P. (2012). Incidencia de la mediación en el proceso civil. *La Ley Digital. Práctica de Tribunales*, núm. 98/99, 11, plantea la siguiente duda: Lo normal suele ser que el acuerdo se alcance estando el procedimiento en primera instancia, pero nada obstante a que pueda alcanzarse en segunda instancia o en ejecución de sentencia. En estos casos, la competencia para la ejecución, ¿a quién se atribuye, al juzgado de Primera Instancia de conformidad con la LEC o al tribunal de apelación, de acuerdo con la Ley 5/2012? Concluye que todo parece indicar que se trata de un error del legislador, pues la competencia funcional para la ejecución viene atribuida a los órganos de primera instancia.

⁷⁹ SÁNCHEZ MARTÍN, P. (2012). Incidencia de la mediación en el proceso civil. *La Ley Digital. Práctica de Tribunales*, núm. 98/99, 10.

⁸⁰ UTRERA GUTIÉRREZ, J. L. (2013). La ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia. *Diario La Ley*, núm. 7996, 2.

⁸¹ TAMAYO HAYA, S. (2015). El acuerdo de mediación y la formalización del título ejecutivo. En: E. Vázquez de Castro (dir.), *Practicum Mediación*. Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi, p. 254.

⁸² *RJ* 2005, 1670.

(Trabajo recibido el 22-10-2015 y aceptado para su publicación el 13-11-2015)