

Tratamiento procesal de la mediación y eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación en la Ley 5/2012.

Procedural treatment of mediation and enforceability of the agreement resulting from mediation in Law 5/2012.

Jesús María Santos Vijande
Catedrático de Derecho Procesal.
Ex- Letrado del Tribunal Constitucional.

Fecha de Presentación: noviembre 2012. Fecha de Publicación: marzo de 2013.

Resumen.

El trabajo analiza la nueva ley de mediación en dos aspectos decisivos para la eficacia real de esta institución: por una parte, las previsiones legales en el caso de que, incumpliendo el compromiso de mediación, ésta no sea intentada o una de las partes decida acudir a los tribunales de justicia; y, en segundo término, la eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación, esto es, qué requisitos exige la Ley 5/2012 para formalizar como título ejecutivo lo convenido en un procedimiento de mediación.

Abstract.

The article analyses the new law on mediation, regarding two aspects decisive for the enforceability of the institution: first, the legal provisions for the case of breach of the mediation agreement, either because the ADR itself has not been attempted, or because one of the parties decides to bring the case before a court of justice. Second, the enforceability of the agreement resulting from mediation, i.e. what formal requirements does it need to be certified as an enforcement order according to Law 5/2012.

Sumario

PRELIMINAR.

- I. VOLUNTARIEDAD Y LIBRE DISPOSICIÓN DE LA MEDIACIÓN: COMPROMISO DE MEDIACIÓN, INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN, ACCESO A LOS TRIBUNALES Y TRATAMIENTO PROCESAL POR DECLINATORIA: UNA REGULACIÓN LEGAL INCONSECUENTE.
 1. EL DEBER DE INTENTAR LA MEDIACIÓN PACTADA COMO ADMONICIÓN (ART. 6.1 LM) Y LAS PROHIBICIONES DEL ART. 10.2 LM.
 2. LA DECLINATORIA NO ES IDÓNEA PARA ALEGAR LA PENDENCIA DE MEDIACIÓN.
 - A) RASGOS DEFINITORIOS DE LA DECLINATORIA POR OPOSICIÓN A LAS EXCEPCIONES PROCESALES.
 - B) EL ART. 10.2 LM ASIMILA INDEBIDAMENTE EL PACTO DE MEDIACIÓN CON LA SUMISIÓN A ARBITRAJE.
 - C) PROPUESTA DE LEGE FERENDA.
 - D) IMPOSIBILIDAD, DE LEGE LATA, DE APLICAR EL ART. 247 LEC.

- II. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN Y SU FORMALIZACIÓN COMO TÍTULO EJECUTIVO: UNA REGULACIÓN QUE DESINCENTIVA EL RECURSO A LA MEDIACIÓN.
 - 1. LA EFICACIA DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN EN LA DIRECTIVA 2008/52/CE: UNA "NORMA DE MÍNIMOS".
 - 2. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN COMO TÍTULO EJECUTIVO PER SE EN EL PROYECTO DE LEY DE MEDIACIÓN DE 2011: LA FALTA DEL NECESARIO CONTROL DE LEGALIDAD EN LA FORMALIZACIÓN DEL TÍTULO.
 - 3. LA FORMALIZACIÓN NOTARIAL DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN COMO TÍTULO EJECUTIVO: LA INDEBIDA EXIGENCIA DE NUEVA ANUENCIA DE LAS PARTES PARA EL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA.
 - A. OTRA INCONSECUENCIA LEGISLATIVA: LA EFICACIA EJECUTIVA DIRECTA DE LO CONVENIDO EN CONCILIACIÓN FRENTE A LO ACORDADO EN UNA MEDIACIÓN.
 - B. LA HOMOLOGACIÓN JUDICIAL DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN NO REQUIERE EL NUEVO CONSENSO EXIGIDO PARA EL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA.
 - 4. PROPUESTA DE LEGE FERENDA SOBRE LA FORMALIZACIÓN NOTARIAL DEL TÍTULO.

Palabras clave

Mediación, declinatoria, acuerdo de mediación, título ejecutivo.

Keywords

Mediation, declinatory exception, agreement resulting from mediation, enforcement order.

PRELIMINAR.

La pretensión de este trabajo no es analizar de una manera sistemática y con pretensiones de exhaustividad la mediación como sistema alternativo de solución de conflictos. Tampoco me anima una intención divulgativa de esta institución, dando pábulo a sus excelencias, con harta frecuencia loadas –no sin razón- por toda suerte de personas y de organismos públicos y privados... Como creo firmemente que la bondad o no de los mecanismos extrajudiciales de composición depende de cómo se articulen en concreto, mi propósito, en el seno de un grupo de investigación como el que auspicia estas reflexiones¹, es mucho más modesto: considerar algunos aspectos de la reciente Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, LM), y de su inmediato precedente, el Real Decreto-ley 5/2012 (RDLM), que juzgo más problemáticos tanto desde un punto de vista técnico como desde el prisma de su eficacia práctica, de tal manera que si esa eficacia fuese cuestionable para la agilización de la justicia -en los términos en que tal agilización sea admisible-, habré de formular, cuando a ello hubiere lugar, las correspondientes propuestas de lege ferenda.

I. VOLUNTARIEDAD Y LIBRE DISPOSICIÓN DE LA MEDIACIÓN: COMPROMISO DE MEDIACIÓN, INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN, ACCESO A LOS TRIBUNALES Y TRATAMIENTO PROCESAL POR DECLINATORIA: UNA REGULACIÓN LEGAL INCONSECUENTE.

Una exposición sistemática de las previsiones de la Ley 5/2012 sobre esta materia exige reparar en que el primer principio informador de la mediación atiende a su carácter voluntario y de libre disposición para las partes.

Como dice su Exposición de Motivos, *"el modelo de mediación se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes... El régimen que contiene la Ley se basa en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes"* (apdo. III, primer párrafo)... Y señala, poco después –apdo. IV, párrafo tercero-, que *"a estos principios se añaden las reglas o directrices que han de guiar la actuación de las partes en la mediación, como son la buena fe y el respeto mutuo, así como su deber de colaboración y apoyo al mediador"*.

¹ Grupo de Investigación "Cámaras de Comercio: Competitividad y Justicia" (código GI 2105) con el cometido específico de analizar sistemas alternativos de resolución de conflictos que permitan agilizar la respuesta judicial, constituido por Acuerdo de 17 de abril de 2012, de la Comisión de Escuela Judicial del CGPJ.

En la misma línea, el considerando 13 *in limine* de la Directiva 2008/52/CE –en adelante, *la Directiva*– clarifica el significado de esa autonomía de la voluntad de las partes, cuando advierte: “La mediación a que se refiere la presente Directiva debe ser un procedimiento voluntario, en el sentido de que las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento”. Ello sin perjuicio de que “el Derecho nacional deba dar a los órganos jurisdiccionales la posibilidad de establecer *límites temporales* al procedimiento de mediación”, y de que los tribunales “también puedan *señalar a las partes la posibilidad de la mediación*, cuando resulte oportuno”.

En correspondencia con estas declaraciones, los apartados 1 y 3 del art. 6 LM señalan, respectivamente, que “*la mediación es voluntaria*” y que “*nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo*”. Aspecto éste último en el que incide el apdo. IV –párrafo quinto– de la Exposición de Motivos LM, cuando afirma, como una “*premisa*” inexcusable de la Ley, que “*alcanzar un acuerdo no es algo obligatorio, pues, a veces, como enseña la experiencia aplicativa de esta institución, no es extraño que la mediación persiga simplemente mejorar relaciones, sin intención de alcanzar un acuerdo de contenido concreto*”. A su vez, en locución prácticamente idéntica al considerando 13 de *la Directiva*, el art. 10.1 LM establece que, “sin perjuicio del respeto a los principios establecidos en esta Ley, *la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente*”, para proclamar, acto seguido – art. 10.2–, que “las partes sujetas a mediación actuarán entre sí con arreglo a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo”.

Pues bien, si hasta este momento la concordancia de planteamientos entre *la Directiva* y la LM resulta manifiesta, sucede, justamente, que, a partir de aquí, la Ley 5/2012 se separa del camino “*apuntado*” por *la Directiva* para sentar las bases de un tratamiento procesal de la mediación que ni es coherente en términos teóricos o dogmáticos, ni resulta práctico a la hora de favorecer la viabilidad de la mediación o, al menos, de tratar con eficacia los comportamientos patológicos – dilatorios o fraudulentos– que se puedan suscitar en la vida de esta institución.

Me refiero, en concreto, a que, cuando *la Directiva* trata sobre la voluntariedad inherente a la mediación, concibiéndola, según hemos visto, como la capacidad de disposición de las partes sobre el procedimiento de mediación, responsabilizándose de él, organizándolo y concluyéndolo según su voluntad, expresamente señala –considerando 14 y art. 5.2– que sus previsiones no afectan ni se oponen “*a la legislación nacional que haga obligatorio el uso de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial*,

siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial' –lo cual, obvio es, vulneraría tanto el art. 24.1 CE como el art. 6.1 CEDH².

En otros términos: *la Directiva* está apuntando la posibilidad de que el recurso a la mediación no sea en sí mismo voluntario: de modo que su inicio pueda ser obligatorio o incentivado, o que incluso su abandono malicioso pueda ser objeto de algún tipo de penalización o sanción... Ninguna de estas posibilidades se ha previsto por la Ley de Mediación con serio detrimento de su eficacia práctica...

Hemos visto, en efecto, que la LM parte, como piedra angular de sus previsiones, de la voluntariedad tanto en el inicio, como en la permanencia, desarrollo y conclusión de la mediación; y así, tras proclamar el deber de las partes de actuar entre ellas con buena fe, lealtad y respeto mutuo, no establece previsión que garantice con una mínima efectividad la observancia de tales deberes... La Ley se limita a decir –art. 6.2-, 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, como pretendida garantía de este deber de intentar el procedimiento pactado con arreglo a la buena fe, establece –art. 10.2-, dos estipulaciones más: en primer lugar, que, “durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes, no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos”; en segundo término, que “el compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide³ a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria”.

Analicemos con el debido detalle estos preceptos.

² Son estas previsiones de *la Directiva* las que hacen que el Consejo de Estado, en su informe al Anteproyecto de Ley de Mediación de 2010, afirme [apdo III. i), primer párrafo]: “*El principio de voluntariedad no radica tanto en que el sometimiento a la mediación sea voluntaria sino, sobre todo, en la decisión de las partes de permanecer en el proceso de mediación y, sobre todo, de alcanzar un acuerdo*”.

³ Siendo “y”, indiscutiblemente, conjunción copulativa, es inconcusa la falta de concordancia de número entre el sujeto y el verbo.

1. EL DEBER DE INTENTAR LA MEDIACIÓN PACTADA COMO ADMONICIÓN (ART. 6.1 LM) Y LAS PROHIBICIONES DEL ART. 10.2 LM.

En primer lugar, ante el mandato de que el compromiso escrito de sumisión a mediación exige, por imperativo de la buena fe, que *"el procedimiento de mediación sea intentado"*, se ha de reparar en que *la Ley no impone ese intento frente a la mera falta de iniciativa o frente al desistimiento inicial, expreso o tácito, de una o de ambas partes*. Más precisamente: *mientras no se haya solicitado la mediación y se haya iniciado la sesión constitutiva del procedimiento de mediación no rigen las prohibiciones del art. 10.2 LM*: esta conclusión resulta obligada cuando sea advierte que la prohibición del ejercicio de acciones judiciales o extrajudiciales en relación con el objeto de la mediación y el impedimento de que los tribunales conozcan de las controversias sometidas a mediación no derivan del compromiso mismo, sino de éste unido a la iniciación y, en su caso, al desarrollo de la mediación.

En este punto se ha de tener presente lo que disponen los arts. 16, 17.1 y 19.1 LM, cuya interpretación literal y por el contexto obliga a distinguir entre *"solicitud de inicio"* de la mediación y su *"inicio y desarrollo propiamente dichos"*.

Sabido es que el art. 16 dice que *"el procedimiento de mediación podrá iniciarse"* de común acuerdo entre las partes o por una de ellas en cumplimiento de un compromiso de sumisión a mediación, formulando en ambos casos la correspondiente solicitud. Sin embargo, de ahí no se puede deducir que la mediación se haya iniciado por el mero hecho de solicitarla: en realidad, esta norma se limita a regular, ante todo y sobre todo, la legitimación para instar la mediación y los requisitos que ha de reunir esa iniciativa...

Esta conclusión es congruente con la previsión del art. 17.1 LM, cuando señala que, recibida la solicitud y citadas las partes para la celebración de una sesión informativa sobre la imparcialidad y *currículum* del mediador y sobre las características de la mediación –costes, duración, procedimiento, consecuencias jurídicas del acuerdo...-, *"la inasistencia injustificada de cualquiera de las partes se entenderá como desistimiento de la mediación solicitada"*. Esa ausencia injustificada no significa, pues, desistir de un procedimiento ya iniciado, sino de la solicitud de mediación a que se refiere el precedente artículo 16. Por eso, precisamente, el art. 19.1 comienza diciendo que *"el procedimiento de mediación comenzará mediante una sesión constitutiva en la que las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación..."*. Tan es así que, si alguna de las partes no firma el acta constitutiva -donde, entre otros extremos, se debería designar al mediador, fijar el objeto del conflicto y el calendario procesal, y consignar *"la*

declaración de la aceptación voluntaria por las partes de la mediación"-, entonces el acta declarará que *"la mediación ha sido intentada sin efecto"*...

En consecuencia, el inicio del procedimiento de mediación tiene lugar con la sesión constitutiva, donde las partes manifiestan su intención de desarrollar la mediación...; de ahí que la negativa a firmar el acta de la sesión constitutiva frustre el procedimiento de mediación ya iniciado –la mediación se califica de *"intentada sin efecto"*-, impidiendo su desarrollo –art. 21 LM.

Cuanto antecede confirma la conclusión expresada de que la inobservancia del deber de intentar el procedimiento de mediación o el desistimiento liminar, aun unilateral, tras la solicitud de mediación pactada, no dan lugar a la aplicación del art. 10.2 LM.

En otras palabras: incoadas actuaciones judiciales, para que prospere una declinatoria sustentada en el incumplimiento de un compromiso de mediación, no sólo habrá que justificar la existencia de ese compromiso sino también que la mediación se ha iniciado mediante la celebración de la correspondiente sesión constitutiva, de tal suerte que, en la práctica, deberá aportarse acta de dicha sesión que no evidencie la frustración inicial del procedimiento de mediación, esto es, que ha sido intentado sin efecto.

Que será preciso aportar el acta de la sesión constitutiva se ve corroborado, además de por lo ya dicho, por la circunstancia de que es en ese momento –sesión constitutiva- cuando se delimita el objeto de la controversia, que ha consignarse en el acta [art. 19.1.c) LM]. La aportación con la declinatoria de ese acta será la única forma fidedigna de que el Juez pueda comprobar que la *res in iudicio deducta* coincide con lo que es materia de mediación, más allá de lo que disponga el compromiso de someterse a ella, que, aunque identifique la relación jurídica de la que pueda derivar la controversia, ni tiene por qué delimitar el objeto del conflicto ni, en muchas ocasiones, podrá hacerlo porque aún no haya surgido.

Lo que antecede pone de relieve que el deber de intentar la mediación pactada que proclama el art. 6.2 LM no pasa de ser una mera admonición sin consecuencias prácticas, pues la propia LM, en contra de la posibilidad sugerida por *la Directiva*, no establece efecto desfavorable alguno para quien, incumpliendo ese supuesto deber, no solicita la mediación, desiste de ella tras solicitarla e incluso acude los tribunales, pese al compromiso de mediación, mientras no se haya iniciado el procedimiento.

Con todo, una vez que el legislador patrio no ha incentivado ni impuesto el recurso a la mediación, sino que ha mantenido a ultranza el principio de que el sometimiento y la

permanencia en ella, así como la decisión de llegar a un acuerdo son voluntarios, entonces, digo, resultan tanto más inconsecuentes y perturbadoras para la eficacia de la propia mediación las prohibiciones establecidas en el art. 10.2 LM y, muy en particular, la previsión de que los tribunales no puedan conocer de litigios incoados mientras se desarrolle una mediación, siempre que la parte interesada alegue la correspondiente declinatoria.

En parecidos términos: si es inconcuso que la voluntariedad de la permanencia en la mediación hace que, una vez intentada, pueda ser abandonada en cualquier momento por alguna o por todas las partes, sin que ello lleve aparejada sanción o reprobación alguna, ¿qué sentido tiene prohibir el ejercicio judicial o extrajudicial de acciones en relación con el objeto de mediación? ¿Habrá de negarse un notario a formular un requerimiento de reclamación de cantidad si, por un casual, llegare a su conocimiento que dicha reclamación es objeto de mediación entre el requirente y el requerido? Tal y como está redactada la LM es evidente que semejante prohibición carece de virtualidad, salvo, si acaso, en lo que concierne a la suspensión –que no interrupción- de los plazos de prescripción y de caducidad de las acciones desde la recepción fehaciente de la solicitud de inicio de la mediación.

Mucho más útil y coherente con el principio de voluntariedad afirmado hubiera sido calificar semejantes comportamientos como desistimiento automático de la mediación, eso sí, con alguna repercusión negativa en relación con los costes de la misma... Habremos de convenir en que no resulta equitativo –conforme con los deberes de lealtad y de buena fe afirmados por la LM- que esos costes recaigan por igual sobre quien actúa conforme al pacto de someterse a mediación que sobre quien, por ejemplo, frustra el procedimiento negociador abandonándolo abruptamente, sin justificación ni explicación alguna. Es verdad que, en este punto, el art. 15.1 LM, tras afirmar que “el coste de la mediación se dividirá por igual entre las partes”, prevé la posibilidad de pacto en contrario. Desde este mismo instante, me permito sugerir la conveniencia de que, al menos en los reglamentos que se hayan de adoptar por las instituciones que asuman la labor de administrar la mediación, se prevea alguna suerte de “*sanción económica*” ante comportamientos que se puedan reputar contrarios a los deberes, tan reiterados por la LM, de lealtad y de buena fe en la recíproca actuación de las partes.

2. LA DECLINATORIA NO ES IDÓNEA PARA ALEGAR LA PENDENCIA DE MEDIACIÓN.

Y qué decir sobre la coherencia técnica y la eficacia práctica del tratamiento procesal arbitrado para el caso de que, intentada la mediación y pendiente su desarrollo, en contra de la prohibición legal expresa y, *prima facie*, de la buena fe, una de las partes se decida a acudir a los tribunales

ejercitando una acción cuyo objeto coincida con el de la mediación. En una situación así, la LM prevé que la parte interesada pueda formular declinatoria ante el propio juez (art. 10.2 *in fine*).

Para analizar en su justa medida el alcance de lo establecido por la LM, es importante percatarse –no sin asombro lo decimos- de que el legislador ha asimilado por completo el tratamiento procesal de la mediación con el tratamiento procesal del arbitraje y con el establecido para alegar la falta de jurisdicción por razón de la materia y la carencia de competencia internacional. Así se sigue inequívocamente de la nueva redacción dada por la DF 3ª LM a los arts. 39, 63.1, párrafo primero, 65.2, párrafo segundo, y 66.1, todos ellos de la Ley Enjuiciamiento Civil.

Es paradigmático, en este sentido, el mandato del art. 65.2 LEC, cuando ordena al tribunal que, si estima una declinatoria fundada en haberse sometido el asunto a mediación, proceda del mismo modo que si entendiéndose que carece de jurisdicción por corresponder el conocimiento del asunto a los tribunales de otro Estado, a saber: “*declararlo así mediante auto –¡carencia de jurisdicción por pendencia de mediación!-, absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso*”... Estamos ante la modalidad de declinatoria más drástica y radical en sus efectos de nuestro ordenamiento: nada de lo actuado vale, pues se archivan las actuaciones, de suerte que, al menos en teoría, habrá de volver a plantearse la demanda si no se llega a un acuerdo en la mediación.

He dicho más arriba que este tratamiento procesal es incoherente o contradictorio en términos dogmáticos, además de no favorecer la viabilidad de la mediación, por no tratar con eficacia ni realismo los comportamientos patológicos –dilatatorios o fraudulentos- que se puedan suscitar en la vida de esta institución, al tiempo que desperdicia la posibilidad de mantener la validez de lo ya actuado procesalmente –con el consiguiente ahorro de toda suerte de recursos para la Administración de Justicia. A demostrar el porqué de estas afirmaciones se dirigen las siguientes reflexiones, que irán seguidas de la correspondiente propuesta *de lege ferenda*.

A) RASGOS DEFINITORIOS DE LA DECLINATORIA POR OPOSICIÓN A LAS EXCEPCIONES PROCESALES.

De entrada son precisas unas breves consideraciones, a modo de recordatorio, sobre la naturaleza y características de la declinatoria como cauce procesal previsto por la LEC para denunciar la carencia de presupuestos del proceso relativos al órgano jurisdiccional.

Sabido es que la alegación de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, como la de la falta de cualquier otro presupuesto del proceso relativo al órgano jurisdiccional, no es, por su naturaleza, una excepción. La certeza de esta conclusión, puesta de relieve por la doctrina desde hace varias décadas, se manifiesta al reparar en que las genuinas excepciones buscan la absolución del demandado bien por razones de fondo, bien por motivos procesales; sin embargo, quien alega la falta de un presupuesto del proceso relativo al juez lo que busca no es su absolución, sino que pretende, *como cuestión previa*, que el proceso se sustancie *ante* y sea resuelto *por* el órgano que legalmente deba enjuiciar y fallar el caso⁴.

Precisamente porque todo lo que tiene que ver con la atribución o competencia para conocer de un concreto caso debe ser tratado, por su naturaleza misma, como cuestión previa, la LEC de 2000, atendiendo a una generalizada demanda de la doctrina, articuló todas esas alegaciones a través de un único expediente procesal, la llamada declinatoria, que es un incidente de previo pronunciamiento con efectos suspensivos sobre el curso del proceso principal. La ventaja incuestionable, y no cuestionada, de este mecanismo procesal es la rapidez en esclarecer *con carácter previo y definitivo* lo que procede sobre estos presupuestos del proceso y el afán correlativo de evitar nulidades innecesarias, que llevan aparejados gastos inútiles de tiempo y de dinero tanto para el justiciable como para la Administración de Justicia.

Sobre la base de este planteamiento, no me parece oportuno el recurso a la declinatoria del art. 10.2 LM no sólo por su incoherencia teórica, sino también desde una perspectiva eminentemente práctica, que el legislador jamás debe olvidar: la que atiende al examen de los posibles comportamientos patológicos del afectado por la ley. Expresado de otra manera: la ley no debe arbitrar mecanismos procesales que faciliten o propicien el fraude procesal, el éxito en el proceso de quien actúe con mala fe y, más en concreto, con fines dilatorios...

⁴ Por todos, DE LA OLIVA SANTOS, A., en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000*, (AA.VV.), Madrid, Civitas, 2001, 1ª ed., pp. 188-189. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E. en "La incompetencia de jurisdicción", *R.Ib.D.Proc.*, nº II-III, abril-septiembre, 1971, pp. 419-502; y SANTOS VIJANDE, J. M^º, en *Declinatoria y 'declinatoria internacional'. Tratamiento procesal de la competencia internacional*, Madrid, CERA, 1991, en particular, pp. 51 y ss. Sin embargo, no siempre se es consciente de esta realidad. Así, en su *Informe de 19 de mayo de 2010, al Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, el propio CGPJ incurre en este desliz técnico y postula –conclusión octava–, "para dotar de efectividad a la prohibición de entablar acciones judiciales constante un procedimiento de mediación... establecer la correspondiente excepción procesal, de manera que una parte pueda hacer valer la pendencia del proceso de mediación en el caso de que, sin haberse puesto fin a éste, la otra parte interponga una acción judicial o una demanda arbitral".

B) EL ART. 10.2 LM ASIMILA INDEBIDAMENTE EL PACTO DE MEDIACIÓN CON LA SUMISIÓN A ARBITRAJE.

En efecto, la previsión del art. 10.2 LM parte de un error dogmático importante: asimilar la sumisión a mediación con la sumisión a arbitraje o, más radicalmente aún, con la falta de jurisdicción o de competencia internacional...: en todos estos casos, o la voluntad de las partes es irrelevante para la concurrencia del presupuesto del proceso de que se trate –v.gr., “*la jurisdicción es improrrogable*”, dice el art. 9.6 LOPJ-, o, cuando esa voluntad sí es determinante, sucede que esa concorde aquiescencia de sustraer a los tribunales el conocimiento de una controversia –v.gr., en el arbitraje- tiene visos de permanencia: su remoción requiere de un nuevo y concorde consentimiento de las partes; resulta entonces que el recurso a la declinatoria, como incidente procesal con una tramitación y duración nada desdeñables, se representa como algo razonable desde el punto de vista de su procedimiento y del alcance de su decisión: tiene sentido que, estimada la declinatoria, el juez se abstenga de conocer y archive la causa porque el asunto, una vez formulada y estimada la declinatoria, no podrá volver a ser planteado ante los tribunales...

El convenio arbitral, por seguir con el ejemplo, tiene una eficacia excluyente de la jurisdicción; ahora bien, esto no sucede del mismo modo en el caso de la sumisión a mediación. El compromiso de mediación, como hemos visto, es, por disposición expresa de la LM, libérrima y unilateralmente revocable. Si quien pacta la mediación puede abandonarla en cualquier momento, ¿qué sentido tiene, para el caso de que acuda a los tribunales, autorizar que la parte contraria plantee un incidente como es la declinatoria –incluso con periodo probatorio-, y que ese incidente haya de culminar nada más y nada menos que con el archivo de la causa, es decir, sin preservar la validez de lo actuado?

Hemos visto que la declinatoria responde a un designio claro: resolver con carácter previo y definitivo sobre la eventual falta de un presupuesto del proceso relativo al juez; pero, si bien se mira, la mediación no condiciona de esa manera la jurisdicción ni la competencia de los tribunales: de ordinario, a salvo de situaciones poco menos que impensables, quien acude a los tribunales pese a haber iniciado una mediación, ya está evidenciando con sus propios actos y de manera unilateral que abandona la mediación, y lo normal será que así lo haya comunicado al mediador *ex art. 22.1 LM* antes de presentar la demanda.

Sólo podría prosperar una declinatoria si quien la interpone acreditara una conducta absurda del demandante, a saber: que la mediación sigue viva cuando se incoa la demanda...⁵; sin embargo, de no ser así, se podría dar incluso la odiosa consecuencia de que la parte que respeta el compromiso de mediación, fiada en lo que, *aparentemente*, la LM dice⁶, interponga una declinatoria que luego resulte desestimada, con la consiguiente imposición de las costas del incidente...

Es más: aun en la hipótesis harto improbable de que fuese estimada una declinatoria, el contenido de la decisión no favorece el ahorro de tiempo y de medios: obviamente, la estimación no obliga a retomar la mediación y, si ésta se ha frustrado, ¿qué sentido tiene acordar el archivo de las actuaciones, obligando al demandante a presentar de nuevo su demanda, con nuevo emplazamiento para el demandado? *¿No hubiera sido más lógico* –dentro de la incoherencia que supone adoptar la declinatoria para el tratamiento procesal de la mediación- *que, verificada la pervivencia de la mediación* –v.gr., mediante la aportación del acta de la sesión constitutiva-, *el tribunal se limitara a acordar la suspensión de las actuaciones por un tiempo máximo de 60 días* –el previsto en el art. 19.4 LEC-⁷, *con la obligación de comunicar al tribunal el resultado de la mediación y, en su caso, la solicitud de prosecución de las actuaciones judiciales, de archivo de la causa o de homologación judicial del acuerdo eventualmente adoptado?* Todo ello sin dar

⁵ Se puede plantear la duda de si la comunicación al mediador del abandono de la mediación puede hacerse, sin dar lugar a la estimación de una declinatoria, incluso después de haber presentado la demanda, pero antes de que el demandado haya planteado ese incidente procesal. Eso sería tanto como mantener, fraudulentamente y en contra de las normas vigentes sobre los efectos de la pendencia del proceso, que la mediación no excluye la actuación de los tribunales hasta tanto se interponga la declinatoria. En efecto, una cosa es que, por la posibilidad de revocación expresa o tácita del acuerdo de compromiso, los tribunales no puedan pronunciarse sobre si deben declinar su conocimiento más que a instancia de parte y otra, muy distinta, que su decisión al respecto no haya de adoptarse atendiendo al estado de la cosa litigiosa en el momento de presentación de la demanda, si luego ésta es admitida: los presupuestos legales de actuación del tribunal –jurisdicción y competencia, *lato sensu*-, han de ser examinados por referencia al momento de interposición de la demanda (arts. 410 y 411 LEC).

⁶ Una lectura superficial de la LM podría hacer pensar que el mero compromiso de mediación, unido a la prohibición de ejercer acciones judiciales mientras aquella se desarrolle, avalan la estimación de la declinatoria. Ya hemos señalado que el inicio de la mediación tiene lugar con la sesión constitutiva..., de suerte que la mera solicitud de mediación o la asistencia a una sesión informativa no impedirían el acceso a los tribunales ni autorizarían a estimar la declinatoria.

⁷ Esta propuesta de suspensión, además de ser rápida y, en ese aspecto, eficaz, hubiera sido perfectamente congruente con la propia LM, que acude a ese recurso procesal en su art. 16.3: "*Cuando de manera voluntaria se inicie una mediación estando en curso un proceso judicial, las partes de común acuerdo podrán solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal*".

lugar a una tramitación incidental que, en términos teóricos, es incoherente y desproporcionada, y que, en la realidad, rara vez va a prosperar...⁸.

C) PROPUESTA DE LEGE FERENDA.

La anterior conclusión no obsta, dicho sea *de lege ferenda*, para sostener que el tratamiento procesal menos perturbador y más coherente con la voluntariedad de la mediación, tal y como ha sido configurada por el legislador –sin los incentivos ni las sanciones sugeridas, como posibilidad, por *la Directiva*-, hubiera sido, lisa y llanamente, entender que *la mera presentación de la demanda constituye un acto de desistimiento de la mediación*⁹.

Sin embargo, esto no quiere decir, como ya he apuntado *supra* en relación con el coste de la mediación, que resulte equitativo su reparto por igual, como establece el art. 15.1 LM, si la mediación se frustrare por un comportamiento desleal o contrario a la buena fe de una de las partes: una excelente forma de atribuir virtualidad práctica al tan proclamado deber de intentar la mediación y de actuar en ella con lealtad y buena fe hubiera sido fijar un reparto distinto de los costes de la mediación en caso de infracción patente de esos deberes legales: hubiera bastado prever una aportación suplementaria en la inicial provisión de fondos a que alude el art. 15.2, cuyo destino ordinario sería la devolución a las partes, pero que, en su caso, el infractor pudiera perder en beneficio de quien actúa con la probidad legalmente deseada –éste vería disminuida su aportación a los costes de la mediación en la misma cantidad con que se “sancionase” el comportamiento desleal de la otra parte.

D) IMPOSIBILIDAD, DE LEGE LATA, DE APLICAR EL ART. 247 LEC.

Por lo demás, *de lege lata*, hay que descartar la posibilidad de que los tribunales puedan aplicar el art. 247 LEC –imposición de multa por actuación procesal contraria a la buena fe- al estimar

⁸ Téngase presente que, dado que la estimación de la declinatoria por pendencia de mediación, no excluye de modo inexorable una nueva demanda ante los tribunales –ante quien se incoó la primera demanda o ante otro distinto-, puede darse la situación indeseable de que, reiniciada la causa por haberse frustrado la mediación, se suscite una nueva declinatoria por cualquier otro motivo de los previstos en la LEC –desde luego, por falta de competencia territorial, pero incluso por falta de jurisdicción y/o de competencia objetiva, si se reputara que, indebidamente, el tribunal no apreció de oficio su falta con ocasión de la primera demanda-: posibilidad de nuevos retrasos y de pérdidas de tiempo y de recursos, públicos y privados, por dejarse llevar por la inercia de lo previsto para el arbitraje, sin reparar en algo tan importante como es la necesidad de adecuar el tratamiento procesal que se adopta a la naturaleza del acto de alegación de que se trate.

⁹ Si la inasistencia injustificada a la sesión informativa se califica legalmente como desistimiento de la mediación, ¡con cuánta mayor razón debería haber tenido tal consideración la formulación de demanda judicial!

una declinatoria por haber acudido a los tribunales *pendiente una mediación*. Esa posibilidad es más que discutible, en sí misma considerada y en abstracto, pues podría pensarse, no sin fundamento, que entraña una restricción indebida para el acceso a la jurisdicción, con la consiguiente vulneración del art. 24.1 CE: más allá de algún comportamiento malicioso o abusivo que cualquiera de las partes pudiera adoptar en el seno del propio incidente de declinatoria, en cuyo caso nada obsta a aplicar el art. 247 LEC, sancionar del modo que prevé ese precepto en el supuesto ahora considerado significaría reputar como mala fe procesal el mero hecho de interponer una demanda, lo cual, sin duda, puede entrañar una actuación desleal en relación con un compromiso pre-procesal, pero no con lo actuado propiamente en sede jurisdiccional, y máxime cuando la permanencia en la mediación se concibe por la LM como puramente voluntaria... En estas circunstancias, la aplicación del art. 247 LEC entrañaría una interpretación extensiva de un precepto sancionador, injustificada en sí misma, y todavía más, si cabe, en cuanto afecta, restringiéndolo, al "núcleo duro" del derecho a la tutela judicial efectiva, que, por ello, resultaría vulnerado.

II. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN Y SU FORMALIZACIÓN COMO TÍTULO EJECUTIVO: UNA REGULACIÓN QUE DESINCENTIVA EL RECURSO A LA MEDIACIÓN.

Si hubiese que señalar la diferencia más significativa entre el decaído *Proyecto de Ley de mediación de 2011* (en adelante, *el Proyecto*) y la vigente Ley –junto con su inmediato precedente, el RD-Ley-, creo que nadie dudaría en afirmar con rotundidad que esa máxima disparidad radica en las características y en la eficacia que han conferido uno y otros, respectivamente, al acuerdo de mediación.

Es inconcuso que estos aspectos son determinantes del grado de eficacia que haya de tener en España la mediación como sistema alternativo a la resolución judicial de conflictos. Sobre este particular, anticipo ya mi parecer de que el sistema finalmente instaurado corre el serio peligro de ser menos eficaz que el proyectado en 2011, al tiempo que resulta incongruente tanto con la reforma de la conciliación pre-procesal operada en 2009, como con una recta interpretación de la propia LM sobre la atribución de eficacia ejecutiva al acuerdo de mediación alcanzado una vez iniciadas actuaciones procesales.

Fundamentar estas conclusiones aconseja un análisis comparativo de ambas regulaciones, dando cuenta de qué explica –que no justifica- el cambio finalmente adoptado por el Legislador y de cómo ese cambio ha ido más allá de lo que hubiera sido aconsejable, con la

contraproducente consecuencia de que el acuerdo de mediación va a ser hoy menos efectivo de lo hubiera propiciado una mejor técnica jurídica.

1. LA EFICACIA DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN EN LA DIRECTIVA 2008/52/CE: UNA “NORMA DE MÍNIMOS”.

Tanto la vigente LM como el RD-Ley y el Proyecto de 2011 proclaman explícitamente en sus respectivas exposiciones de motivos que *“incorporan al derecho español 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”*, si bien, acto seguido, reconocen que *“su regulación va más allá del contenido de esta norma de la Unión Europea*, en línea con la previsión de la disposición final tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en la que se encomendaba al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de ley sobre mediación”. En este sentido, señala el Legislador que, mientras *“la Directiva 2008/52/CE se limita a establecer unas normas mínimas para fomentar la mediación en los litigios transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles... , la regulación de esta norma conforma un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España y pretenda tener un efecto jurídico vinculante*, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles y dentro de un modelo que ha tenido en cuenta las previsiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 24 de junio de 2002” –apdo II E. de M. LM, prácticamente en los mismos términos que el apdo III E. de M. *Proyecto 2011*¹⁰.

¹⁰ Llama la atención que, inmediatamente después de reconocer por dos veces que la LM pretende ir -y de hecho va- más allá de la mera trasposición de la *Directiva*, hasta el punto de establecer *“un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España”*, el legislador diga, acto seguido, que *“precisamente, el transcurso del plazo de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2008/52/CE, que finalizó el 21 de mayo de 2011, justificó el recurso al real decreto-ley, como norma adecuada para efectuar esa necesaria adaptación de nuestro Derecho, con lo que se puso fin al retraso en el cumplimiento de esta obligación, con las consecuencias negativas que comporta para los ciudadanos y para el Estado por el riesgo de ser sancionado por las instituciones de la Unión Europea”*.

A poco que se confronte la jurisprudencia del TC sobre el art. 86.1 CE y, en particular, sobre si cabe acudir a la forma del decreto-ley, entendiendo que concurre el presupuesto habilitante para ello -*una situación de extraordinaria y urgente necesidad*, por el mero hecho de haber expirado el plazo de trasposición de una *directiva*, se observa que, en las ocasiones en que el Tribunal Constitucional ha examinado frontalmente ese problema (v.gr., SSTC 329/2005, FJ 6, y 1/2012, FJ 9), la respuesta negativa ha sido categórica... En palabras de la última sentencia citada (FJ 9):

“En suma, el recurso al decreto-ley como cauce de incorporación al ordenamiento interno del Derecho de la Unión Europea por la mera razón de que hubiera transcurrido el plazo de trasposición, sin mayores

En este contexto y en relación con el carácter ejecutivo del acuerdo resultante de la mediación, *la Directiva*, concebida por el legislador patrio –con toda licitud, por cierto- como "norma de mínimos", advierte que "la mediación no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial por el hecho de que el cumplimiento del acuerdo resultante de la mediación dependa de la buena voluntad de las partes". Por tanto, los Estados miembros deben asegurar que las partes en un acuerdo escrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva. Los Estados miembros solamente deben poder negarse a que un acuerdo tenga fuerza ejecutiva cuando su contenido sea contrario a su legislación, incluido su Derecho internacional privado, o cuando ésta no disponga la fuerza ejecutiva del contenido del acuerdo específico. Así podría ocurrir cuando la obligación especificada en el acuerdo no tuviese fuerza ejecutiva por su propia índole" (considerando 19º).

precisiones, no se adecuaría al presupuesto habilitante de la urgente y extraordinaria necesidad, por lo que constituiría un uso abusivo de una facultad excepcional conforme a la Constitución española como es la legislación de urgencia y conduce a un reforzamiento de la posición institucional del poder ejecutivo en detrimento de la del legislativo, y en especial a una postergación del Senado que nuestra Carta Magna concibe como "la Cámara de representación territorial" (art. 69.1 CE). Ya en nuestra STC 29/1982, de 31 de mayo (FJ 1), resaltamos que la Constitución reconoce a las Cortes Generales como "las depositarias de la potestad legislativa en su ejercicio ordinario", pues son ellas las que representan al pueblo español (art. 66.1 CE), y que el Gobierno ejerce la iniciativa legislativa, de conformidad con el art. 87.1 CE, por lo que la potestad que ostenta para dictar decretos-leyes, en virtud del art. 86.1 CE, se configura "como una excepción al procedimiento ordinario de elaboración de las leyes y en consecuencia está sometida en cuanto a su ejercicio a la necesaria concurrencia de determinados requisitos que lo legitiman".

"De mantenerse otra interpretación se alentaría la progresiva atracción de la incorporación de las directivas hacia el ámbito funcional del decreto-ley, en detrimento de los principios de legitimidad democrática directa y de legalidad que recaen inicialmente en la acción de las Cortes Generales en cuanto que representantes del pueblo soberano. Como hemos afirmado recientemente en la STC 119/2011, de 5 de julio (FJ 7), a propósito de una utilización indebida del derecho de enmienda en el procedimiento legislativo, "desatender los límites constitucionales bajo el paraguas de la urgencia normativa no deja de ser una lesión constitucional por mucho que pueda parecer conveniente coyunturalmente. Una buena política legislativa puede evitarlo y cuando excepcionalmente no sea posible debe asumir el coste democrático que pueda tener pero no forzar la Constitución". *Tanto más cuanto que la incorporación de las directivas de la Unión Europea constituye una obligación normal, previsible y hasta cotidiana derivada de nuestra pertenencia a la Unión Europea*".

A la luz de esta inequívoca doctrina, es evidente que acudir a la forma del decreto-ley con la sola justificación de que ha transcurrido el plazo de trasposición de una directiva es del todo insuficiente; ahora bien, con mucha mayor razón lo será si la propia Exposición de Motivos del Decreto-Ley reconoce que lo que regula excede en mucho el limitado ámbito de aplicación de la Directiva traspuesta.

Sobre este tema, cfr. el documentado y sólido trabajo de SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M. M., "Los decretos-leyes como instrumento de trasposición de las directivas comunitarias", *Revista General de Derecho Administrativo*, luxtel, nº 31, 2012.

Coherente con ese considerando, el art. 6.1 de la Directiva establece que "los Estados miembros garantizarán que *las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás*, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación. El contenido de tal acuerdo se hará ejecutivo a menos que, en el caso de que se trate, bien el contenido de ese acuerdo sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud, bien la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo.

Con todo, el art. 6.2 de la Directiva formula una importante precisión, llamada a garantizar la fiabilidad del acuerdo de mediación como título ejecutivo, cuando dice: "El contenido del acuerdo podrá adquirir carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que se formule la solicitud".

Finalmente, la propia Directiva se encarga de precisar que sus disposiciones "*no afectará(n) a las normas de los Estados miembros aplicables a la ejecución de acuerdos que sean resultado de una mediación*" (considerando 22º). Manifestación que debe ser entendida como expresión de la línea general que inspira la Directiva –v.gr., cfr. cdo. 14º) en el sentido de que sus previsiones representan un contenido mínimo, en absoluto excluyente de que los Estados configuren un régimen más exigente, con el propósito de incentivar o fomentar la mediación, imponiéndola incluso como obligatoria o sujetando la infracción de su regulación, en según qué casos, a un régimen sancionador...

2. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN COMO TÍTULO EJECUTIVO PER SE EN EL PROYECTO DE LEY DE MEDIACIÓN DE 2011: LA FALTA DEL NECESARIO CONTROL DE LEGALIDAD EN LA FORMALIZACIÓN DEL TÍTULO.

Partiendo de este marco normativo y, como hemos visto, con unas pretensiones más ambiciosas que las delimitadas por *la Directiva*, el Proyecto de 2011 dio un paso de capital importancia: asumiendo como primera premisa la voluntariedad de la mediación (art. 7), entendió que el cumplimiento del acuerdo resultante de la misma no tenía por qué "*depender de la buena voluntad de las partes*" –*parafraseando las palabras del cdo. 19º de la Directiva*. A tal fin, arbitró un sistema "*cuyo objetivo último es el reconocimiento del acuerdo de mediación como título ejecutivo*" (E. de M., III, párrafo 6º), "*con la importante novedad de reconocerlos como títulos que*

*llevar aparejada ejecución, sin otras formalidades legales*¹¹, salvo que el acuerdo hubiese de ser ejecutado en otro Estado –acuerdo transfronterizo-, en cuyo caso requería su protocolización notarial para adquirir la consideración de título (E. de M., IV, párrafo 6º).

Congruente con este planteamiento, el texto articulado del Proyecto preveía que el acuerdo se firmase por las partes y por el mediador (art. 24.2), y le atribuía el efecto de llevar aparejada ejecución –sin perjuicio de su protocolización notarial a voluntad y costa de quien la promoviera, salvo caso de ejecución transfronteriza- (art. 24.3)... Como decía el art. 26.1 Proyecto, “el acuerdo de mediación, formalizado conforme a lo dispuesto en el artículo 24, tendrá eficacia ejecutiva y será título suficiente para poder instar la ejecución forzosa en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que a la demanda ejecutiva se acompañe copia de las actas de la sesión final y constitutiva del procedimiento”. Eso sí, ante la posibilidad cierta –como veremos, muy discutida- de que la adopción del acuerdo de mediación adoleciese de cualquier control de legalidad, el Proyecto optaba por una solución igualmente cuestionable: *declarar inejecutables los acuerdos cuyo contenido fuese contrario a Derecho* (art. 29)¹².

De inmediato, esta regulación dio lugar a una importante objeción: se hizo notar la necesidad de arbitrar, con carácter preceptivo, un mecanismo de formalización del acuerdo de mediación, como requisito *sine qua non* de su fuerza ejecutiva, verificado por autoridad competente –judicial o no-, para así garantizar el debido control de legalidad sobre dicho acuerdo, habida cuenta de que ni el mediador ni las partes tenían por qué ser expertos en Derecho. Además, de este modo se evitaría que ese control de legalidad tuviera que ser realizado por el juez durante el proceso de ejecución forzosa –tal y como preveía el art. 29 del Proyecto-, lo cual, a su vez,

¹¹ En palabras del CGPJ, en su informe al Anteproyecto de Ley de mediación, de 19 de mayo de 2010: “Aspecto esencial del Anteproyecto informado es el relativo a la fuerza ejecutiva del acuerdo de mediación alcanzado entre las partes. Hemos tenido ya ocasión de subrayarlo a lo largo de este Informe, y lo enfatiza también la propia *Memoria del Análisis de Impacto Normativo*, en la que se califica de “*núcleo principal del anteproyecto de ley*” aquella parte en la que se atribuyen efectos ejecutivos al acuerdo de mediación sin necesidad de más trámites, *lo que se supone que redundará en una disminución de los costes y del tiempo de resolución de los conflictos*. En efecto, como se ha visto, la formalización del acuerdo de mediación de cara a dotarlo de fuerza ejecutiva es mínima, y pasa fundamentalmente por la firma del acuerdo por las partes y por el mediador” –apdo. 7.a), primer párrafo.

¹² La regulación del acuerdo de mediación en el Proyecto se completaba –en lo que ahora importa- con una serie de previsiones que, aun cuando pudieran ser objeto de mejora, sí representaban la ordenación de aspectos muy necesarios, algunos de los cuales, como veremos, hoy se echan en falta. Así, el art. 24.4, tras proclamar que el acuerdo tenía efectos de cosa juzgada entre las partes, preveía una acción de anulación por motivos formales sometida a plazo de caducidad de 30 días; el apartado siguiente del precepto permitía la revisión del acuerdo de mediación en los casos y por el procedimiento establecidos en la LEC para las sentencias firmes; por último, se establecía la posibilidad de suspender, sobreseer y reanudar la ejecución despachada, en los términos del art. 566 LEC, en caso de admisión a trámite de demanda de anulación o de revisión del acuerdo (art. 24.6 P).

desnaturalizaría la ejecución, convirtiéndola, impropriamente, en un proceso de cognición, pues el juez habría de ir mucho más allá de la verificación formal propia del despacho de la ejecución (art. 551 LEC) y del alcance de las causas de oposición legalmente previstas (arts. 556 y ss. LEC).

En este sentido, resulta paradigmático el parecer emitido por el Consejo General del Poder Judicial, en su citado informe al anteproyecto de ley de 19 de mayo de 2010, pues ya entonces el Consejo había hecho especial hincapié en estos aspectos, que luego serían objeto de crítica generalizada. Sirvan, como botón de muestra, las siguientes palabras del apartado 7.a) del informe:

“El Anteproyecto no prevé la necesaria intervención de un órgano judicial o administrativo para la homologación del acuerdo de mediación... La ejecutividad le viene dada al acuerdo de mediación merced a la intervención del mediador. Sucede sin embargo que la Directiva..., puntualiza en el artículo 6.2 que *“el contenido del acuerdo podrá adquirir carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que se formule la solicitud”*... Parece claro que la Directiva está pensando en un –más sofisticado– mecanismo de protocolización basado en la emisión por parte de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente (en todo caso una instancia o un sujeto distintos del propio mediador), de una sentencia, una resolución o un acto auténtico, condicionando la ejecutividad del acuerdo a que éste no sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud y a que la legislación de dicho Estado admita su carácter ejecutivo (artículo 6.1). Frente a ello, el modelo del Anteproyecto se apoya en una formalización llevada a cabo ante el propio mediador que ha obrado como muñidor del acuerdo entre las partes, siendo así que conforme al estatuto del que se le dota en la Ley proyectada es claro que el mediador no responde al concepto de “autoridad competente”.... Cabe pues concluir que sería necesario idear otro mecanismo de formalización del acuerdo de mediación de cara a dotarlo de fuerza ejecutiva, en línea con lo previsto en la Directiva... Esa protocolización pasaría por la intervención de un órgano jurisdiccional o de otra autoridad que, previa constatación de su adecuación a Derecho, confiriese al acuerdo fuerza ejecutiva. Sacrificar este control en aras de la mayor rapidez en la solución del conflicto podría ser contraproducente, por cuanto aumentaría el riesgo de que los acuerdos de mediación dotados de fuerza ejecutiva contraviniesen el ordenamiento jurídico”¹³.

¹³ Y continúa diciendo el Informe:

“Toda esta materia guarda relación con un factor que ya se ha señalado en otro lugar de este Informe, a saber, el de la no exigencia de que el mediador cuente con una titulación –de grado o de posgrado– que garantice un determinado nivel de conocimientos técnico-jurídicos (artículo 14)...”.

“En esta misma línea hay que situar la norma del artículo 33, que proclama que no podrán homologarse judicialmente ni tampoco ejecutarse los acuerdos de mediación *“cuyo contenido sea contrario a Derecho”*. Sin duda, esta proclamación pretende ser un reflejo de lo previsto en el artículo 6.1 de la Directiva, pero lo cierto es que carece de virtualidad desde el momento en que **el prelegislador no ha establecido ningún cauce a través del cual pueda verificarse esa adecuación a Derecho del acuerdo**. Si éste, pese a haberse alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciado un proceso judicial, no se somete a homologación judicial (dado que las partes son libres de pedir o no esta homologación), ¿quién controlará la conformidad a Derecho a la que se refiere el artículo 33? En general, si el acuerdo ha sido formalizado *“conforme a lo dispuesto en el artículo 28”* sabemos que gozará de fuerza ejecutiva, sin que esté previsto ningún trámite de comprobación o verificación de su conformidad a Derecho, lo que hace que el artículo 33 resulte en franca contradicción con el artículo 30, o bien esté llamado a ser una norma vacía o ineficaz, por no tener en rigor ningún destinatario (a salvo la parte que se refiere a la homologación de los acuerdos, para aquellos casos en que las partes hubiesen decidido solicitarla)”.

“Recapitulando, o se establece un mecanismo de homologación no potestativo, en el seno del cual poder verificar la conformidad a Derecho que exige el artículo 33, o abocamos a que sea el juez de la ejecución el que efectúe esa clase de verificación, que por lo demás resulta ajena a la naturaleza de un procedimiento ejecutivo, ya que tal y como se establece en el artículo 551 LEC el despacho de la ejecución una vez presentada la demanda ejecutiva deberá ser automático, “siempre que concurren los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título”. En coherencia con ello, tampoco las causas de oposición a la ejecución de los artículos 556 y siguientes LEC permiten efectuar un control sobre la conformidad a Derecho del contenido del título ejecutivo, sino que sirven para alegar hechos o circunstancias que pueden enervar o contrarrestar lo que se desprende de dicho título, o bien defectos procesales que invalidan su fuerza ejecutiva”.

“Por lo tanto, **cabe propugnar la configuración de un procedimiento de homologación preceptivo y uniforme para todos los casos de mediación, sobrevenga ésta o no tras haberse iniciado un proceso judicial, lo que, además de lograr una adecuación con los mandatos de la Directiva, permitiría dotar de sentido a la previsión del artículo 33 de la Norma proyectada, al implementar un mecanismo merced al cual sería posible verificar la conformidad a Derecho del acuerdo de mediación**. De esta forma el sistema en su conjunto resultaría más coherente, pues no parece que permitir la directa ejecutividad de los acuerdos de mediación extrajudicial, convirtiéndolos en títulos ejecutivos por sí mismos sin ulterior control jurídico de su contenido, se corresponda con disponer que las transacciones judiciales y los acuerdos intraprocesales necesitan del dictado de una resolución judicial, la cual –y no el acuerdo o la transacción en sí– será la que lleve aparejada la ejecución. **Creemos por tanto que el prelegislador no ha acertado al asimilar en sede de ejecución los acuerdos de mediación a los laudos arbitrales**, pues es claro que éstos sí gozan del control de fondo que viene dado por la intervención de los árbitros, los cuales son en cualquier caso una instancia decisoria de la controversia. Por el contrario los acuerdos de mediación, que son decididos únicamente por las partes, guardan más similitud a efectos de ejecución con los acuerdos y transacciones alcanzados en el seno del propio proceso”.

En la misma línea de pensamiento que el CGPJ se situó tanto el Consejo de Estado, en su Dictamen de 17 de febrero de 2011, al Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles –(apartados ñ) y o)-, como la doctrina procesalista¹⁴.

Ahora bien; siendo cierto lo que antecede, sin negar, por tanto, la imperiosa necesidad de dotar de suficiente fiabilidad jurídica a un acuerdo de mediación al que se atribuye la condición de título ejecutivo –en el sentido de que de él quepa esperar, como la seguridad del tráfico exige, que, de ordinario, no contravendrá normas imperativas-, la pregunta que me parece primordial es la siguiente: ¿se puede decir, con suficiente fundamento, que la solución a las objeciones planteadas al Proyecto de 2011 pasaba por hacer depender la eficacia ejecutiva del acuerdo de un nuevo requisito, su elevación a escritura pública, pero exigiendo la voluntad concorde de las partes para su otorgamiento? La respuesta a este interrogante ha de ser, en mi opinión, rotundamente negativa; y sin embargo, tal es la *“solución”* que ha adoptado, en gran medida, la vigente LM.

3. LA FORMALIZACIÓN NOTARIAL DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN COMO TÍTULO EJECUTIVO: LA INDEBIDA EXIGENCIA DE NUEVA ANUENCIA DE LAS PARTES PARA EL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA.

De entrada, en lo que se refiere a la regulación del contenido del acuerdo de mediación, el art. 23.1 LM reproduce, sin variación alguna, lo que preveían sobre este particular los arts. 23.1 RDL y 24.1 P.2011. La primera gran novedad de la LM, separándose de sus inmediatos precedentes, consiste en eliminar la necesidad de que el acuerdo hubiese de *“presentarse al mediador, en el plazo máximo de diez días desde el acta final, para su firma”* –art. 23.2 RDL y 24.2 P.2011. El art. 23.2 LM se limita a decir que *“el acuerdo de mediación deberá firmarse por las partes o sus representantes”*. El acuerdo de mediación ya no exige, pues, la firma del mediador... Es cierto, sin embargo, que la autenticidad que pueda seguirse de la intervención del mediador queda preservada porque su firma resulta inexcusable en el acta final (art. 22.3 LM), que es la que

¹⁴ Cfr., por todos, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., cuando dice: “Carece de sentido atribuir carácter ejecutorio a documentos firmados por personas que no ejercen función pública alguna y cuya garantía de autenticidad es inexistente o muy débil, y que no tienen por qué tener preparación jurídica y, de hecho, no es usual que la tengan. Al hacerlo, además, se produce el efecto de la desnaturalización de la ejecución forzosa, por la necesidad de realización de un control de legalidad en algún momento, con el resultado previsible de conversión de la ejecución en proceso de cognición. Pero lo más asombroso es que se equipare el acuerdo de mediación con la sentencia o el laudo arbitral y no se haga con la escritura pública, cuya posibilidad de ejecución –como sabemos- se encuentra severamente cercenada” (“La limitada ejecutoriedad de la escritura pública: incoherencia del sistema”, en *Revista del Notario del siglo XXI*, nº 38, julio-agosto, 2011).

determina la conclusión del procedimiento y, en su caso, reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible¹⁵.

Es a la hora de determinar la eficacia del acuerdo de mediación donde las diferencias del RDL y de la LM con el Proyecto de 2011 son sustanciales. La Ley vigente se limita a decir (art. 23.3) que “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 un título ejecutivo”.

El acuerdo deja de tener eficacia ejecutiva *per se* –en lo que nada hay de irrazonable-, teniendo el valor *inter partes* propio de un contrato o convenio. Si las partes elevan a escritura pública ese acuerdo entonces es cuando ese pacto, así documentado, se convierte en título ejecutivo. Es inequívoco, al respecto, el art. 25 LM -bajo la rúbrica *formalización del título ejecutivo*-, cuando dice (apdos. 1 y 2):

1. Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación.

El acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador.

¹⁵ En este punto, el segundo inciso del art. 22.3 LM introduce una curiosa novedad: a diferencia de lo que establece el art. 19.2 LM para el caso de que una de las partes se niegue a firmar el acta de la sesión constitutiva, cual es que la mediación se tendrá por intentada sin efecto, en la hipótesis de que la negativa se refiera a la firma del acta de la sesión final, el citado art. 22.3 prevé que “el mediador hará constar en la misma esta circunstancia, entregando un ejemplar a las partes que lo deseen”.

Una pregunta surge de inmediato: si se establece, como posibilidad, la redacción de un acta final que pueda no ser firmada por una de las partes ¿qué eficacia o virtualidad jurídica tendría un acta semejante? Con el tenor del RDL y del P.2011, cabía entender que si una de las partes no firmaba el acta, ésta no tendría la consideración de tal y, en ese sentido, no podría documentar la adopción de acuerdo alguno. Sin embargo, la vigente redacción autoriza a plantearse la posibilidad de que el acta pueda reflejar un acuerdo adoptado en el seno de la mediación –podría ocurrir que las partes hubiesen llegado a un acuerdo, incluso firmado, y que el mediador así lo confirme en el acta-, pero ésta no resulte ratificada por una de las partes, y no sólo por falta de correspondencia con lo pactado –el acta puede ser errónea-, sino porque la parte no desee ratificar el acuerdo... Esto conduciría a atribuir al acta una suerte de valor constitutivo de lo pactado –hasta la ratificación del acta, la parte podría volverse atrás y frustrar la mediación en principio fructífera...; por el contrario, si el acta tuviera un valor meramente declarativo, la falta de firma de una de las partes no condicionaría la validez del acuerdo a que se hubiera llegado con su correspondiente firma en un momento precedente...

La solución práctica para evitar, al menos en parte, esta falta de precisión normativa, que tanto propicia el aumento de litigios, podría consistir en la firma en unidad de acto del acuerdo y del acta de la sesión final; o quizá, como en su momento sugirió el CGPJ en su informe al Anteproyecto, “sería más correcto establecer que el acta final, por contraste con el acuerdo de mediación –que en el texto proyectado también suscribía el mediador- debe ser firmada únicamente por el mediador” (apdo. 5.d).

2. Para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho.

No cabe ninguna duda: la eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación se hace depender de la voluntad concorde de las partes en el otorgamiento de escritura pública, de tal manera que la negativa de una de ellas a acudir al notario frustra *ab initio* la deseable conversión en título ejecutivo de lo efectivamente acordado. Ante esa negativa, la efectividad de lo convenido –a falta de cumplimiento voluntario- pasará por el ejercicio de la correspondiente acción judicial solicitando el cumplimiento de lo pactado¹⁶.

A) OTRA INCONSECUENCIA LEGISLATIVA: LA EFICACIA EJECUTIVA DIRECTA DE LO CONVENIDO EN CONCILIACIÓN FRENTE A LO ACORDADO EN UNA MEDIACIÓN.

Ya he dejado constancia del sentir general acerca de la necesidad –no es una mera conveniencia- de que en la formalización de un título ejecutivo intervenga una autoridad, judicial o no, que efectúe el debido control de legalidad y que, al propio tiempo, haga fehaciente el contenido del acuerdo. Pero nada justifica, a mi parecer, que la formalización como título ejecutivo del acuerdo de mediación requiera la nueva voluntad conforme de quienes previamente han convenido... Esta regulación se presta a un uso espurio de la mediación (v.gr., con fines dilatorios) o, en la mejor de las hipótesis, constituye una normativa en sí misma ineficaz: cuando, a todos los niveles –dentro y fuera de España-, se está tratando de potenciar el uso de la mediación, resulta que el legislador patrio trata de solucionar en 2012 los problemas denunciados en relación con el Anteproyecto y con el Proyecto de 2011 de una manera que no sólo no beneficia la mediación, sino que limita, sin justificación alguna, la eficacia de lo en ella acordado, por ejemplo, si se compara con el valor que la Ley confiere a lo convenido en conciliación, según la modificación operada en 2009.

Ciertamente, no se acierta a comprender lo que disponen los transcritos arts. 23.3 y 25.1 LM, cuando se repara en que el Artículo primero.DIEZ de la L. 13/2009, de 3 de noviembre, de

¹⁶ Habrá que incoar el juicio declarativo que corresponda o, incluso –como con buen criterio pone de relieve LÓPEZ JARA, M.– “(un) proceso monitorio, si es que la obligación contenida en el acuerdo de mediación consiste en una deuda dineraria, líquida, vencida y exigible (art. 812 LEC), siendo el documento que la acredita el propio acuerdo de mediación” (“Incidencia del nuevo procedimiento de mediación en el proceso civil. A propósito del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Diario La Ley*, nº 7857, 14 mayo 2012).

reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, da la siguiente redacción al art. 476 LEC de 1881:

“A los efectos previstos en el artículo 517. 2. 9º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la resolución aprobando lo convenido por las partes tendrá aparejada ejecución.

Lo convenido por las partes en acto de conciliación se llevará a efecto en el mismo Juzgado en que se tramitó la conciliación, cuando se trate de asuntos de la competencia del propio Juzgado.

En los demás casos será competente para la ejecución el Juzgado a quien hubiere correspondido conocer de la demanda”.

En definitiva: lo acordado en acto de conciliación no sólo es un contrato, con la fuerza propia de los contratos entre las partes, sino que la resolución aprobando lo convenido –auto del juez de paz o decreto del secretario judicial- es genuino título ejecutivo... Téngase presente que la novedad que supuso en esta materia la L. 13/2009 consistió en que modificó el criterio de la legislación precedente, según la cual lo convenido en conciliación sólo tenía fuerza ejecutiva cuando no excedía del ámbito de la competencia del juzgado ante el que se hubiese celebrado la conciliación; en caso contrario, lo acordado en conciliación tenía el valor de un documento público y solemne, pero no *vis* ejecutiva. A modo de ejemplo gráfico: con la normativa anterior a la L. 13/2009, la avenencia en conciliación celebrada ante un juez de paz sólo tenía fuerza ejecutiva si el valor de lo pactado no superaba los 90 euros.

El alcance de esta reforma es claro: potenciar la solución pre-procesal de conflictos dotándola de la suficiente eficacia. La pregunta que hemos de formularnos es por qué no se ha seguido un criterio similar en relación con la mediación *non lite pendente*. Quiero decir: si, en el ordenamiento patrio, el pacto ante un secretario judicial o ante un juez de paz, por ellos documentado, tiene fuerza ejecutiva, ¿qué justifica que lo pactado ante un mediador no tenga idéntica virtualidad jurídica, sino que requiera de un nuevo consenso de voluntades ante el notario, para que el convenio, formalizado mediante escritura pública, se convierta en título ejecutivo?

No estoy ahora desdiciéndome de la necesidad de acudir a una autoridad, judicial o no, que efectúe el debido control de legalidad como requisito de constitución del título. En este sentido, no seré yo quien deje de poner de relieve, como crítica en este punto a la L. 13/2009, que un

juez de paz perfectamente puede ser una persona lega en Derecho (art. 102 LOPJ)...¹⁷ Lo que digo es que parece ineficaz e incoherente, desde el punto de vista de una visión sistemática de nuestro ordenamiento, que la LM requiera de un nuevo y conteste consentimiento para que lo previamente acordado en una mediación efectuada *non lite pendente* –en seguida veremos, por qué en caso de pendencia de litigio la situación ha de ser distinta- pueda dar lugar a un proceso de ejecución forzosa.

B) LA HOMOLOGACIÓN JUDICIAL DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN NO REQUIERE EL NUEVO CONSENSO EXIGIDO PARA EL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA.

La inconsecuencia de exigir una nueva anuencia ante el notario para conferir fuerza ejecutiva a lo acordado en una mediación pre-procesal resulta tanto más patente no sólo si se contrasta con la virtualidad atribuida por la ley a lo pactado en conciliación, sino cuando se advierte un extremo quizá menos evidente, pero a mi juicio inconcuso: que si el acuerdo de mediación tiene lugar *lite pendente* –medie o no solicitud de suspensión de las actuaciones-, bastará con que una de las partes pida la homologación judicial del acuerdo para que el juzgador, previa audiencia de la otra, haya de realizar dicha homologación mediante auto, con la consiguiente formalización del título ejecutivo, una vez verificada, eso sí, la legalidad del pacto en los términos que establece el art. 25.4 LM puesto en conexión con art. 19.1 LEC: el órgano judicial no podrá analizar en toda su extensión la adecuación a Derecho de lo convenido, sino, únicamente, si la ley prohíbe el acuerdo a que se ha llegado o si lo limita por razones de interés general o en beneficio de tercero...¹⁸

¹⁷ ¿Dónde está aquí, en el supuesto de conciliación con avenencia ante un juez de paz lego en Derecho, el control de legalidad que con tanta razón es demandado para que el acuerdo surgido de una mediación pueda adquirir la condición de título ejecutivo? Repárese, a mayor abundamiento, en que las exigencias de formación impuestas por la LM para ser mediador son muy superiores –art. 11.2- a las que establece el art. 102 LOPJ para desempeñar el cargo de juez de paz.

¹⁸ Cfr., sobre los límites de la homologación judicial ex art. 19.1 LEC, *SAP Zamora de 15 de junio de 2012* (ROJ SAP ZA 179/2012).

En este momento me parece oportuno poner de relieve una contradicción –al menos aparente- de la LM cuando regula el control de legalidad que han de realizar jueces y notarios al formalizar como título ejecutivo lo convenido en una mediación. Ya hemos visto cómo la homologación judicial ha de hacerse “*de acuerdo con lo dispuesto en la LEC*” (art. 25.4 LM), es decir, como manda el art. 19.1 LEC, ciñéndose a verificar *si el acuerdo está prohibido por la ley o limitado por razones de interés general o en beneficio de tercero...* En cambio, al notario que eleva a escritura pública lo pactado en mediación se le exige, además de comprobar el cumplimiento de los requisitos exigidos en la Ley –v.gr., que se acompaña copia de las actas de la sesión constitutiva y final-, asegurarse de que “*lo pactado no es contrario a Derecho*” (art. 25.2 LM). Sinceramente creo que esta última locución debe ser entendida en los términos más restrictivos que emplea el art. 19.1 LEC para referirse a la homologación judicial. No se justifica un control de legalidad distinto y más exigente para formalizar como título el convenio de mediación en función de cuál sea la autoridad interviniente, judicial o notarial.

Y ello sin perjuicio de que, más allá del ámbito propio de la homologación judicial, la LM haya previsto que contra lo convenido en el acuerdo de mediación se pueda ejercitar la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos (art. 23.4 LM) ¹⁹. La previsión --inexistente en el RD-Ley-, coincide al pie de la letra con lo que proclama, para lo convenido en conciliación, el vigente art. 477 LEC de 1881, si bien, en el caso de la LM, con un grave defecto de técnica legislativa: no prever plazo alguno, ni de prescripción ni de caducidad, ni breve ni lato, para el

¹⁹ La estipulación del art. 23.4 LM, como la del art. 477 LEC de 1881, no se contradice con la posibilidad de que exista una previa homologación judicial. Es muy ilustrativo, al respecto, lo que señala la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la acción de nulidad de la transacción judicial, porque, sin duda, es aplicable *a fortiori* a lo pactado en mediación y/o en conciliación. En este punto, merece la pena traer a colación el FJ 3 STS, 1ª, de 5 de abril de 2010 (ROJ STS 1874/2010, rec nº 2371/2005), cuando dice:

B) Según la jurisprudencia la transacción, sea judicial o extrajudicial, produce el efecto de sustituir una relación jurídica controvertida por otra cierta y no controvertida, extinguiendo los derechos y acciones de que trae causa y originando nuevos vínculos y obligaciones (SSTS 8 y 17 de julio de 2008, RC nº 3182/2001 y RC nº 211/2002). Por eso se ha negado la posibilidad de plantear cuestiones que afecten a las situaciones preexistentes a la transacción, que han perdido la protección jurídica al ser transigidas (SSTS de 20 octubre de 2004, RC nº 563/1998 y 7 de julio de 2006, RC nº 4131/1999). La «exceptio pacti» [excepción de transacción], de significado semejante al de la cosa juzgada material, puede ser opuesta en cualquier proceso, aunque la LEC sólo se refiere a ella como excepción a la acción ejecutiva (*artículo 557.1.6ª LEC*).

Si la transacción tiene para la partes efectos de cosa juzgada, según el *artículo 1816 CC*, vincula al órgano jurisdiccional en un proceso posterior cuando concurre identidad de elementos subjetivos y objetivos (SSTS de 30 de enero de 1999, RC nº 2281/1994). Sin embargo, la jurisprudencia ha declarado que la transacción no puede identificarse totalmente con los efectos de la cosa juzgada propia de las sentencias firmes (SSTS de 28 de septiembre de 1984, 10 de abril de 1985 y 14 de diciembre de 1988) y que la imposibilidad de replantear las cuestiones transigidas no implica que la transacción sea invulnerable, ya que puede impugnarse su validez y eficacia, dejándola sin efecto y reavivando la situación jurídica anterior. La interpretación del *artículo 1816 CC* ha de hacerse sin mengua de la naturaleza contractual propia de la transacción (STS de 8 de julio de 1999, RC nº 3614/1994).

C) La transacción judicial tiene una naturaleza dual, ya que, manteniendo su carácter sustantivo, la aprobación judicial le confiere un carácter procesal como acto que pone fin al proceso, con el efecto de hacer posible su ejecución como si se tratara de una sentencia (*artículos 1816 CC y 517 LEC*). En esta circunstancia radica la diferencia entre la transacción judicial y la extrajudicial, ya que esta última no puede ser ejecutada forzosamente si no se obtiene, con carácter previo, un pronunciamiento judicial sobre su existencia y eficacia que sirva de título ejecutivo. *La homologación judicial, sin embargo, no modifica la naturaleza consensual de la transacción como negocio jurídico dirigido a la autorregulación de los intereses de las partes y, por tanto, aunque las transacciones judiciales puedan hacerse efectivas por la vía de apremio, el artículo 1817 CC no las elimina de la impugnación por vicios del consentimiento* (STS de 26 de enero de 1993). De modo semejante, cabe ejercitar contra el acto de conciliación con avenencia, que es susceptible de ejecución, la acción de nulidad mediante el juicio declarativo que corresponda (*artículos 476 y 477 LEC 1881 y DD 2ª LEC*). El resaltado es mío.

ejercicio de esa acción, por lo que en principio habrán de regir los que el Derecho civil establezca para la incoación de acciones de nulidad y/o de anulación²⁰.

No ignoro que el art. 25.4 LM, como el art. 19.2 LEC respecto de la transacción judicial, hablan en plural de "*las partes*" para referirse a los solicitantes de la homologación; pero esto no debe inducir a confusión: no es la misma la situación de quien acude a una mediación pre-procesal

²⁰ ¿Qué justifica que lo convenido en conciliación y lo acordado a resultas de una mediación pueda ser impugnado por las mismas causas –las que invalidan los contratos-, pero que en el primer caso haya de ejercitarse la acción dentro de los quince días siguientes a la celebración del acto –art. 477 LEC 1881-, mientras que en el supuesto de la mediación no se prevea plazo alguno para la impugnación debiendo regir las normas correspondientes de Derecho sustantivo? Esta incoherencia normativa no dejaría de existir –si bien sería menos grave- aun cuando cupiese defender, en una interpretación restrictiva del art. 477, que el plazo de quince días debe entenderse referido a la impugnación por motivos formales, esto es, por infracción de las normas procesales reguladoras del acto de conciliación, mientras que la acción basada en la nulidad, *lato sensu*, de lo convenido estaría sometida a los plazos de prescripción y/o de caducidad previstos en cada caso por el Derecho sustantivo [la exégesis restrictiva del art. 477 LEC 1881 es defendida por un importante sector doctrinal (por todos, SERRANO HOYO, G. en "Resolución no jurisdiccional de controversias en el ámbito de la propiedad horizontal", en la obra colectiva *Estudios sobre la propiedad horizontal*, La Ley, Madrid, 2009, p. 1014), aunque no sin oposición –v.gr., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. en AA.VV., *Curso de Derecho Procesal Civil, II, parte especial*, CERA, Madrid, 2012, p. 46].

En efecto, cumple recordar, en relación con lo que antecede, que el Proyecto de 2011 determinaba que el acuerdo de mediación pudiese ser objeto de un recurso de revisión en los casos y por el procedimiento previstos en la LEC para las sentencias firmes (art. 24.5), a la vez que permitía ejercitar una acción de anulación, sometida a un plazo de caducidad de 30 días desde la adopción del acuerdo, que sólo podía fundarse en la infracción de los requisitos que legalmente debía reunir el convenio: requisitos de contenido (art. 24.1 P. 2011), de firma (art. 24.2 P. 2011) y de puesta a disposición (art. 24.3 P.2011). Esos requisitos han sido acogidos por la vigente LM, con alguna modificación, aunque no así en los de contenido, que coinciden al pie de la letra con los exigidos por el Proyecto (absoluta identidad del art. 23.1 LM con el art. 24.1 P.). Parece razonable pensar que si el acuerdo de mediación infringe los requisitos que la ley establece para su adopción pueda ser impugnado: imaginemos un acuerdo en que no se identifica al mediador, o que no recae sobre un objeto cierto, o que no precisa debidamente las obligaciones que cada parte contrae...: ¿no hubiera resultado absolutamente aconsejable haber previsto un plazo de caducidad breve para el ejercicio de la acción de anulación al menos en tales supuestos?

En esta línea de pensamiento se situaban tanto el CGPJ como el Consejo de Estado en sus respectivos informes al Anteproyecto de Ley de mediación, auspiciando la reducción de los plazos de ejercicio de la acción de anulación sucesivamente fijados en distintas versiones del Anteproyecto (primero un año, luego seis meses), hasta llegar a la versión finalmente proyectada (30 días).

En concreto, señalaba el CGPJ –apdo. 5.) de su informe- que "parece menos acertado disponer un plazo de un año para el ejercicio de la acción de anulación, sobre todo a la vista de los plazos tan breves que el Anteproyecto fija para el desarrollo del procedimiento de mediación. El plazo resulta tanto más extenso si se considera que la acción de anulación de un laudo arbitral está sujeta a un plazo de caducidad de dos meses contados desde la notificación del mismo (artículo 41.4 LArb). Por otro lado, teniendo en cuenta las causas en que podrá fundarse la acción de anulación de un acuerdo de mediación, tampoco se justifica semejante plazo...".

Y el Consejo de Estado decía -apdo. ñ) de su dictamen: "A juicio del Consejo de Estado, el plazo de seis meses se sigue considerando amplio si, precisamente, lo que se pretende es configurar a la mediación como un medio ágil de solución alternativa de conflictos a los procesos judiciales, en el que, como pone de manifiesto la propia Memoria del análisis de impacto normativo, se disminuyan en lo posible los costes y el tiempo de resolución de los mismos. Téngase en cuenta a este respecto que el propio Anteproyecto prevé plazos relativamente breves y así establece que la duración máxima del procedimiento de mediación sea de dos meses y, por otro lado, a la vista de las causas en que podría fundarse una acción de anulación..., tampoco se justifica el extenso plazo de seis meses".

para intentar llegar a un acuerdo o simplemente para aproximar posiciones, que quien accede a la mediación pendiente un proceso. En este último caso, no cabe negar dos extremos de la mayor trascendencia jurídica: en primer lugar, que finalidad inequívoca de esa mediación es poner fin al proceso; en segundo término, que, *lite pendente*, ha de ser aplicado, sin lugar a dudas, el art. 247 LEC, que prohíbe actuaciones contrarias a la buena fe procesal, abusivas o fraudulentas.

En este sentido, me parece claro que si, iniciado un proceso, se acude a la mediación, bien porque las partes aceptan la sugerencia del tribunal, bien por propia iniciativa, pudiendo incluso haber instado y obtenido la suspensión de actuaciones –arts. 414.1, párrafo segundo, 415.1, 440.1, párrafo segundo, y 443.3, párrafo segundo, todos ellos de la LEC-, ningún sentido tiene, digo, en estas circunstancias, que, si se alcanza un acuerdo en la mediación y una de las partes solicita su homologación, la otra pueda oponerse sin causa justificada²¹, como si le fuese factible desdeñarse del acuerdo o, más exactamente, como si ese acuerdo no hubiese de tener trascendencia procesal alguna sin su voluntad conforme.

Esto sería tanto como permitir, en los casos más graves –cuando haya suspensión de actuaciones-, el uso de la mediación con fines meramente dilatorios, lo cual daría lugar a una evidente infracción de la más elemental buena fe procesal; pero, incluso en el supuesto de que el proceso haya seguido su curso, no se puede impedir a una de las partes, sin vulnerar su derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), que ponga en conocimiento del juez el acuerdo alcanzado para que el tribunal pueda conferirle, en bien de la justicia, los efectos que se siguen de ese acuerdo, vedando así la posibilidad de conculcar el *ne venire contra factum proprium*... Aquí es donde la autoridad judicial es, eso, verdadera autoridad, más allá de la función de fedatario público propia del notario: el juez está actuando en un proceso en marcha entre unos determinados litigantes y con un objeto determinado; pues bien, si, pendiente ese proceso, las partes llegan a un acuerdo en una mediación –lo mismo cabría decir de una mera transacción sin mediador-, entonces, hay que sostener como contrario a la buena fe procesal –con infracción del art. 247 LEC- que quien haya llegado a ese acuerdo pueda oponerse –insisto, sin causa justificada- a su homologación judicial...

Repárese en que esto abocaría, en la práctica, a un resultado perverso, a todas luces contrario a la buena fe: el proceso habría de proseguir como si ese acuerdo, efectivamente convenido y firmado a presencia de mediador, no tuviese incidencia alguna en el devenir de la litis. Si el juez

²¹ Como hemos visto *supra* notas 18 y 19, la oposición cabrá por los motivos que prevé el art. 19.1 LEC, sin perjuicio del posterior ejercicio de la acción de anulación.

no pudiese homologar el acuerdo, debidamente acreditado, sin la avenencia de todas las partes, el proceso habría de continuar hasta su finalización por sentencia, a menos que se produjese un desistimiento bilateral... Cabría entonces la posibilidad, tanto más absurda, de que el juez sí pudiese tener en cuenta a la hora de dictar sentencia el acuerdo alcanzado, siempre que éste hubiese sido aportado a la causa²².

Cuanto antecede pone de relieve, aún más si cabe, la inconsecuencia de que la LM no haya dotado de la debida eficacia ejecutiva al acuerdo resultante de una mediación pre-procesal, que está llamada a ser, por su propia naturaleza, la más eficaz desde el punto de vista de la necesaria agilización de la justicia, precisamente porque evita el surgimiento del litigio.

4. PROPUESTA DE LEGE FERENDA SOBRE LA FORMALIZACIÓN NOTARIAL DEL TÍTULO.

En definitiva: ante una previsión legal tan poco deseable como la descrita –reiteración de la anuencia de las partes como requisito para que el acuerdo resultante de una mediación, non lite pendente, adquiera eficacia ejecutiva-, mi propuesta sobre este particular, lamentablemente *de lege ferenda*, es la siguiente: si una de las partes se niega a elevar a escritura pública el convenio alcanzado tras un procedimiento de mediación, ¿por qué no se ha previsto que quien actúe de conformidad con lo pactado pueda acudir al notario, adjuntando, sí, copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, pero, además, acompañada del mediador, al efecto de que éste, bajo su responsabilidad, ratifique ante el notario la autenticidad del pacto que se pretende protocolizar?

Esta previsión -u otra de similar tenor- no sólo hubiera preservado mejor la eficacia de la mediación, sino que, por añadidura, hubiera resultado totalmente coherente con uno de los principios que inspiran la LM, cual es, en palabras de su Exposición de Motivos (III, párrafo segundo), que el mediador constituye la "*pieza esencial del modelo*"...: "ha de tener una

²² Que ha de facilitarse la aportación a la causa del acuerdo de mediación es algo evidente desde el punto de vista de la buena fe procesal y, más significativamente aún, desde el prisma del derecho de acceso a la jurisdicción, como "*núcleo duro*" –en expresión del TC- del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). El acuerdo de mediación tiene que admitirse en la causa, incluso en una aplicación extensiva del art. 271.2 LEC, propiciada por el tenor del art. 19.3 LEC, cuando advierte que, entre otros actos procesales de disposición del objeto del juicio, la mediación puede tener lugar "*en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia*"...

Cfr., *mutatis mutandis*, la STS, 1ª, 109/2011, de 2 de marzo (ROJ STS 714/2011) sobre aportación unilateral a un litigio de un previo acuerdo de mediación que podía condicionar en parte la decisión del proceso. El TS rechaza tajantemente que esa aportación, "*que guarda relación directa con la tutela que se pretende obtener*" (FJ 3), pueda ser impedida invocando la confidencialidad propia de la mediación... Con cuánta mayor razón ha de imponerse este criterio si el acuerdo de mediación se produce *lite pendente* y sobre el mismo objeto litigioso.

formación general que le permita desempeñar esa tarea y sobre todo ofrecer la garantía inequívoca a las partes por la responsabilidad civil en que pudiese incurrir". Congruente con estas afirmaciones, el art. 14 LM proclama el deber de los mediadores de "cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren...".

En otras palabras: si el instituto de la mediación se articula sobre la pieza esencial de un mediador bien formado y responsable en el cumplimiento fiel de su encargo, entonces se entiende todavía menos, si cabe, que la Ley prescinda de su intervención en un momento clave para el éxito de la mediación, en particular y en abstracto considerada: el momento en que se ha de conferir fuerza ejecutiva a lo acordado a resultas de una mediación. O es que, sobre la base de las premisas de que parte la propia Ley, ¿sería inconsecuente o excesivo que el mediador pudiese manifestar ante notario, en ausencia de una las partes, que lo que consta en el acta de la sesión final, firmada por el propio mediador, es lo efectivamente pactado? La pregunta, claro está, es retórica: no cabe la menor duda de que el deber de probidad en el desempeño de la mediación exige ser testigo fidedigno del contenido del acuerdo a que se ha llegado; el caso contrario sería un supuesto igualmente patente de responsabilidad del mediador.