



Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación

Máster en Mediación y Resolución Extrajudicial de Conflictos

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

Mediación y proceso civil: de los puntos de conexión y divergencias en la regulación de ambas vías de resolución de conflictos

Curso académico 2016/17

Autor: Cristhian Camilo López Ramírez

Tutor académico: María Luisa Escalada López

A María Luisa, por la paciencia que ha tenido conmigo

ÍNDICE

Resumen	3
Introducción	4
Bloque I: fase preprocesal	
1- Las medidas cautelares	6
1.1- Las medidas cautelares antes del procedimiento de mediación.	7
1.2- Medidas cautelares durante el procedimiento de mediación	8
1.3- El procedimiento de mediación y la adopción, mantenimiento y alzamiento de medidas cautelares.	8
2- Sumisión a la mediación como condicionante del proceso	11
2.1- Sumisión a la mediación y la declinatoria	12
2.2- La tramitación de la declinatoria	14
2.3- Sumisión a mediación y sumisión a arbitraje	17
3- La mediación obligatoria prejudicial	18
3.1- La mediación obligatoria: características. Ventajas y desventajas.	19
3.2- La mediación obligatoria en otros ordenamientos.	21
Bloque II: fase intraprocésal	
1- El punto de partida de la mediación	23
2- La iniciativa	24
2.1- La derivación judicial: iniciación de la mediación intrajudicial	24
3- El momento de iniciación	27
3.1- La solicitud	27
3.2- La solicitud defectuosa	31
4- El efecto de suspensión de los plazos de prescripción y de caducidad	32
4.1- Evolución jurídica	33
4.2- Tratamiento jurídico	33
4.3- Alcance de la suspensión	35
4.4- Problemas normativos con la legislación autonómica	35
Bloque III: el acuerdo de mediación y sus efectos procesales	
1- Evolución legislativa del acuerdo de mediación	38
2- Concepto y características del acuerdo de mediación	40
3- Efectos procesales del acuerdo de mediación	43

3.1- Irrevocabilidad del acuerdo	43
3.2- Valor del acuerdo de mediación no ejecutivo	44
3.3- Valor del acuerdo de mediación elevado a escritura pública	46
3.4- Valor del acuerdo de mediación homologado judicialmente	47

Bloque IV: fase ejecutiva de los acuerdos de mediación

1- Competencia	52
2- Procedimiento ejecutivo: cuestiones de interés	53
2.1- Naturaleza del título ejecutivo	54
2.2- Ejecución provisional	55
2.3- Los intereses de mora procesal	55
2.4- El plazo de espera del artículo 548 LEC	56
2.5- El requerimiento de pago previo al embargo	57
2.6- Caducidad de la acción ejecutiva	57
3- Conflicto transfronterizo en la mediación	57
3.1- Conflicto transfronterizo: concepto	58
3.2- Tipología de acuerdos transfronterizos	59
4.-El ejercicio de la acción ejecutiva	61
4.1- El ejercicio de la acción ejecutiva	62
4.2- La demanda ejecutiva	63
4.3- Examen de los presupuestos y requisitos del despacho de la ejecución	64
4.4- Control de acuerdos homologados judicialmente	66
5- La oposición a la acción ejecutiva	66
5.1- El escrito de oposición a la ejecución	67
5.2- Oposición por motivos de fondo	67
5.3- Oposición por defectos procesales	68
Conclusiones	70
Bibliografía	73

RESUMEN

El proceso ha supuesto el resultado evolutivo de aquellos procedimientos que eran utilizados ya en el principio de las civilizaciones clásicas. Al margen de sus primitivos precedentes, la mediación es una vía de resolución de conflictos que se ha integrado en el ordenamiento jurídico de manera reciente. Entendiéndose no sólo como un alternativa de la opción judicial, sino como un complemento del mismo, ambos procedimientos reflejan en sus respectivas regulaciones una recíproca situación en la que se hacen referencia el uno al otro. Este Trabajo de Fin de Máster tiene diversas facetas correspondientes a un estilo de exposición. En primer lugar, tiene un objetivo informativo, ya que va indicando en su extensión cómo opera la mediación respecto al proceso. En segundo, tiene un estilo cronológico, ya que se desarrollará desde el momento en el que se tome medidas previas a la mediación o al mismo proceso, hasta aquel en el que se tiene que hacer efectivo bien el acuerdo elevado a escritura pública, bien el auto homologador. Y por último, y de manera más importante, pretenderá ser un texto comparativo y crítico, pues apreciaremos cómo nuestro Derecho ha asimilado, veremos si de manera correcta o no, diversas cuestiones relacionadas al proceso a la mediación.

Palabras clave: proceso, mediación, sumisión a la mediación, medidas cautelares, comienzo de mediación, acuerdo de mediación, título ejecutivo, proceso ejecutivo.

Abstract

The process has been the way of resolution taken since the beginning of classical civilizations. Apart from its earlier precedents, mediation is an alternative way of resolving conflicts that has recently been integrated into the legal system. Understanding not only as an alternative to the judicial option, but as a complement to it, both procedures reflect in their respective regulations a reciprocal situation in which reference is made to each other. This Master's Degree Work has several facets corresponding to an exhibition style. First, it has an informational objective, since it indicates in its extension how mediation works with respect to the process. Second, it has a chronological style, since it will be developed from the moment in which measures are taken prior to mediation or the same process, to that in which the agreement raised to public deed, judicial resolutions And finally, and more importantly, it will pretend to be a comparative and critical text, because we will see how our law has assimilated, we will see if correctly or not, different issues related to the process to mediation.

Keywords: process, mediation, pact of submission to mediation, precautionary measures, beginning of mediation, mediation agreement, executive title, executive process.

INTRODUCCIÓN

Desde la civilización antigua, la justicia ha tomado diferentes formas, bien fuera por medio de la autotutela como estaba estipulado en Babilonia, más concretamente en el Código de Hammurabi de 1750 a. C., bien fuera en vías heterocompositivas, tales como las que se adoptaron siglos después en Grecia con la Helea (s. V a.C). Tomando más relevancia los juicios a medida que pasaba el tiempo, en especial en la época del Imperio Romano, llegamos al día de hoy a encontrar en los juzgados la forma más convencional de resolver los conflictos. Tal es su importancia, que podemos tomar la posibilidad de acceder a los tribunales, así como de que juzguen y hagan cumplir lo juzgado como un derecho fundamental recogido en el artículo 24 de nuestra Constitución, este es, el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por otra parte, una muestra de la historia reciente nos cuenta cómo en los años 70, la mediación en su modalidad familiar daba primero en EEUU y luego en el sistema anglosajón una respuesta diferente a los conflictos tales como asuntos relacionados con divorcios, separaciones, filiación, etc. La mediación es un método autocompositivo en el que dos o más partes buscan mejorar el estado comunicativo de sus relaciones con la ayuda de un tercero neutral e imparcial, el mediador, con el fin de poder gestionar y resolver el conflicto al que han llegado. Este procedimiento empezó a adquirir protagonismo en el entorno europeo a finales de los años 90, considerando la Recomendación NR (98) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre mediación familiar, de 21 de enero de 1998 como un texto esencial para la puesta en marcha de las *Alternative Disput Resolution* (en adelante, ADR), es decir, de las vías alternativas que pudieran resolver los conflictos sin tener que dirimirlo con una decisión judicial.

Una vez establecido, cómo tanto la opción judicial como extrajudicial se ha acercado y asentado en nuestro ordenamiento jurídico, el siguiente paso será comprender cómo se interrelacionan ambas vías de resolución. Pondremos de manifiesto la manera en que la mediación ha ido adaptándose a un sistema normativo en el que los mecanismos jurisdiccionales van a contar con mayor primacía, siendo conscientes de que el legislador entiende a la mediación como una vía complementaria y no sólo como una alternativa del proceso

Así, en este trabajo se abarcarán todas las fases de un proceso en las que la mediación tiene especial relevancia, por cuanto ha sido utilizada en la búsqueda de la solución al conflicto tratado. Veremos, mediante una exposición cronológica de las etapas judiciales, en qué lugar queda situada la mediación respecto al proceso dentro de nuestro Derecho.

De esta manera, distinguiremos entre aquellas cuestiones que se sitúan antes de que el proceso haya empezado su curso, como son las medidas cautelares que se pretenden

adoptar respecto a la mediación, o cómo opera la declinatoria por motivo de la existencia de una cláusula de sumisión a esta ADR para impedir el inicio de un proceso. Además, trataremos la obligatoriedad de la mediación como requisito previo a los tribunales.

No obstante, puede que el conflicto sea tomado desde un momento en el que la vía judicial ya se haya iniciado, puesto que las partes no conocían la mediación o bien no han tenido la voluntad de recurrir a ella, dando como efecto la suspensión del proceso para reorientar la resolución del conflicto hacia la vía alternativa extrajudicial, circunstancia sobre la que reflexionaremos, además de hacerlo sobre el propio inicio de la mediación y las cuestiones periféricas que la rodea.

Si el resultado del procedimiento hubiera finalizado en una avenencia entre las partes, el ordenamiento jurídico, en orden a categorizar a la mediación como una ADR cuyos efectos son jurídicamente válidos, ha obsequiado a este acuerdo con una fuerza lícita que podrá ir más allá de la simple autonomía de la voluntad propia del Derecho Privado. Analizaremos cuál es la naturaleza del acuerdo de mediación y qué efectos jurídicos produciría.

Finalmente, a pesar de haber llegado a un acuerdo, si una de las partes decide incumplir lo convenido en aquel, podrá recurrir a la tutela ejecutiva una vez que se haya recogido en un documento público, es decir, una vez que el acuerdo de mediación haya sido convertido en título ejecutivo. Así las cosas, estudiaremos la manera en que la legislación se ocupa del acuerdo de mediación y de su ejecutividad.

BLOQUE I- FASE PREPROCESAL

El preámbulo de la Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, delimita conceptualmente el objeto principal de su regulación, haciéndolo formar parte de lo que llama “nuevos sistemas de resolución de conflictos”. Pero quizá es necesario aclarar que, a pesar de que su espíritu y principal función social sean coincidentes, cuando comparamos proceso con mediación es conveniente tener claro que sus características estructurales distan en elementos cruciales a la hora de entender el régimen de una y otra vía. El proceso es el elemento esencial de la jurisdicción, cuyas actuaciones son plenamente jurídicas, operando en todo momento con base en el Derecho objetivo y tratándose de la forma más común de la actuación para resolver conflictos inter subjetivos. La mediación, sin embargo, partiendo sigue estando sujeta al ordenamiento jurídico, y si bien se trata de una vía de resolución de conflictos, no consta *stricto sensu* de un mecanismo de tutela de derechos. El proceso es la vía que, por definición, tiene reservada esta tarea, por lo que no se le puede atribuir características propias de ello a la mediación.

1- Las medidas cautelares

La medida cautelar es una herramienta de ámbito jurisdiccional que no se integra en el efecto excluyente de la declinatoria, por lo que será procedente su solicitud aun cuando corresponda a otra vía de resolución tratar el objeto de la demanda. En el caso de que se esté desarrollando un procedimiento de mediación, cualquier actuación que tenga por fin alternar la resolución del objeto que se está tratando en esa vía autocompositiva a los tribunales obtendrá una respuesta negativa de estos. No obstante, dicha respuesta será positiva si de lo que consta es de solicitar medidas cautelares como un acto orientado a la ejecución de un posible acuerdo de mediación. Ahora bien, las medidas cautelares son un mecanismo jurisdiccional. Aunque la mediación sea la encargada del conflicto, los tribunales se encargarán de hacer valer dicho mecanismo. Será el tribunal con competencia para conocer del caso (aunque con carácter potencial si estamos en el desarrollo de la mediación) quien decida si resulta adecuada la solicitud de la medida cautelar que se trate¹.

La determinación del juez o tribunal competente no obedecerá a un competencia por conexión, es decir, no tendrá capacidad decisoria en este asunto aquel tribunal que por circunstancias aledañas esté relacionado con el objeto de la mediación, sino que será la competencia funcional la decisiva para poder concretar el correcto órgano jurisdiccional que habrá de pronunciarse (723 LEC)². Quizás habría que observar la curiosa ausencia de tratamiento legal de las medidas cautelares en la vigente Ley de Mediación, pues

¹ BONET NAVARRO, A. (...) Proceso civil y mediación... op.cit. pág 64

² BONET NAVARRO, A. (...) Proceso civil y mediación... op.cit. pág 65

sería este cuerpo legal el más coherente portador de tal regulación, pero al consistir en una institución de carácter procesal, parece que también ostenta razones la LEC para poder tenerla en su sede. Así, se pueden adoptar medidas cautelares en un procedimiento de mediación, pero ha de remitirse a la LEC, ya que es una actuación de exclusiva competencia judicial.

1.1- Las medidas cautelares antes del procedimiento de mediación

Nos situamos ahora en el momento en el que todavía no se han emprendido acciones para poder pretender la constitución del procedimiento de mediación, ni mucho menos se tiene en mente, por lo menos desde un punto práctico, utilizar los tribunales como medio resolutorio. ¿Cabem las medidas cautelares antes del procedimiento de mediación? En el ordenamiento jurídico no encontramos realmente ningún precepto que nos indique lo contrario, si bien hay indicios para pensar que hay facilidades implícitas para que ello se pueda llevar a cabo.

De esta manera, vemos como el pacto de sumisión a mediación utilizado como oposición a una posible medida cautelar resultaría inútil, pues no se entra a conocer el fondo del asunto, que es lo que quiere disuadir esta cláusula, sino que se pretende la función garantizadora de la jurisdicción para que una posible resolución pueda llevarse a cabo. Consecuentemente, la solicitud o aceptación de una medida cautelar no afecta al procedimiento de mediación³.

Ahora bien, supongamos que la medida cautelar ha sido acordada. El artículo 730 LEC establece que el solicitante tendrá 20 días de plazo contados desde la adopción de las medidas cautelares para interponer la demanda por la que estas se solicitaron. Ello supondría que las partes habrían de emprender la aparatosa tarea de someterse a una mediación antes de dicho plazo acabe, lo que es diametralmente complicado e inefectivo. La solución se encuentra en el artículo 4 LMed, en el que se aclara *que la solicitud de inicio de la mediación conforme al artículo 16 suspenderá la prescripción o la caducidad de acciones desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por el mediador, o el depósito ante la institución de mediación en su caso*. Esto es, el hecho de empezar el acatamiento de la mediación producirá un efecto suspensivo del plazo marcado por el artículo 730 LEC, por lo que se podrá desarrollar la mediación sin ningún temor de que la prescripción de algún plazo judicial impida posteriormente acudir a la tutela jurisdiccional⁴.

Los anteriores supuestos tenían como elemento común el hecho de que sólo se recurría a los tribunales para la solicitud de la medida cautelar. Lo que ahora nos atañe es abordar la situación en la que esa solicitud se acompaña de la demanda cuyo objeto se supone que se debería de llevar a mediación. En este caso volvemos a insistir que el pacto de mediación (siempre que haya existido ya sesión constitutiva) obsta a la prosperidad de la pretensión de que la demanda sea atendida, siendo fácil para el demandado recurrir de nuevo a la declinatoria. Es oportuno matizar que el órgano

³ BONET NAVARRO, A. (...) Proceso civil y mediación... op.cit. pág 66

⁴ BONET NAVARRO, A. (...) Proceso civil y mediación... op.cit. pág 67

jurisdiccional se pronunciará sobre el asunto y las medidas cautelares si este es competente. Si no fuera así, se debería abstener en decidir sobre estas cuestiones, sin perjuicio de la posible adopción de medidas urgentes si lo que no le corresponde es únicamente la competencia territorial (725 LEC). Su pronunciamiento puede realizarse previamente a la resolución de la declinatoria, por lo que el órgano jurisdiccional podría ser incompetente si el examen de este punto es posterior al de las medidas cautelares. Téngase en cuenta que entre la declaración de medidas cautelares y la resolución declinatoria puede crearse un espacio de tiempo en el que pueden acontecerse perjuicios irreparables.

1.2- Medidas cautelares durante el procedimiento de mediación

En este momento de la “etapa de resolución”, podemos ver de una manera clara la diferencia de la calidad jurisdiccional de las medidas cautelares si ponemos en la balanza en un extremo al árbitro, a quien corresponde la adopción pero no su ejecución, y al otro al mediador, quien no puede ni adoptarlas ni ejecutarlas. Dicha diferencia radica en la caracterización asimilada al proceso que se le da al arbitraje frente a la mediación, pues distan mucho ambas en su manera de proceder⁵.

Para concretar quién es el órgano competente decisor de la adopción de las medidas cautelares debemos de distinguir si el proceso pendiente es de carácter judicial o si, por otro lado, habrían de acudir las partes a un procedimiento arbitral o un proceso en un tribunal extranjero. En el caso del primero, el competente será aquel juez que tenga la competencia funcional, y en el segundo, el árbitro encargado del arbitraje pendiente del resultado de mediación, a no ser que haya pacto contrario al respecto por las partes (art. 23. LArb).

No podemos dejar esta lid sin apreciar la diferencia de adjudicación competencial si tenemos como términos comparativos a aquel órgano competente de las medidas cautelares de un procedimiento de mediación, que será aquel al que le correspondería la demanda principal (art. 723 LEC), frente al caso del arbitraje y de los tribunales extranjeros, cuya competencia será bien el de lugar donde deba ser ejecutado el laudo o aquel donde deban hacerse efectivas las medidas (art. 724 LEC).

1.3- El procedimiento de mediación y la adopción, mantenimiento y alzamiento de medidas cautelares

Criterios de adopción de medidas cautelares antes o durante mediación

Los factores de concesión que todo juez ha de tener en cuenta en la resolución de la solicitud de una medida cautelar son dos: el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho y el *periculum in mora* o peligro en mora, amén del ofrecimiento de caución por el solicitante para hacer frente a los daños que pueda irrogar al solicitado como consecuencia de la adopción de la medida cautelar.

⁵ BONET NAVARRO, A. (...) Proceso civil y mediación... op.cit. pág 68

En el caso del *fumus boni iuris* o la apariencia del buen derecho, consiste en la valoración por parte del juez o Tribunal de los indicios, elementos o circunstancias que rodean la fundamentación de la medida cautelar, dotándola de una apariencia probable de legitimidad que precisamente es la razón que justifica el que pueda adoptarse dicha medida cautelar⁶. En la esfera de la mediación, matiz necesario es el que entiende que dicho requisito se extiende sobre la pretensión jurídica de la medida cautelar, no sobre el objeto de mediación. No está de más recordar que el objeto de mediación puede ser mucho más amplio que lo que en Derecho se puede pactar o juzgar y que, en general, la *causa petendi* de la pretensión cautelar no es la misma que la de la solicitud de mediación.

Respecto a el *periculum in mora* o peligro en mora, se trata de un criterio temporal en el que impera la necesidad de emprender acciones ante una situación de inminente gravedad, pudiendo verse desvirtuado aquello por lo que se pretende utilizar cualquier vía de resolución. En este panorama en concreto, huelga decir que este extremo se ve intensificado por la suma del procedimiento de mediación con un posible proceso judicial, dando mayor peso a la solicitud. Esto es, la suma de periodos que podrían comprender tanto el desarrollo de mediación como el del proceso podría ser una gran razón para acordar una medida cautelar.

Solicitud de medidas cautelares tras el acuerdo de mediación

El fundamento que aquí encontramos a la medida cautelar es la falta de cumplimiento con lo pactado en el fin del procedimiento de la mediación con avenencia, es decir, en el acuerdo de mediación. Sin embargo, al haber encontrado aparentemente ya fin el conflicto en esta vía, es más dudoso hablar del carácter cautelar de estas medidas, pues en realidad no hay nada que “cautelar”, sino quizá sería más conveniente hablar ya de un término ejecutivo⁷.

Lo último marcado será netamente de aquella manera si el acuerdo de mediación se elevó a escritura pública según el Título V de la LMed, puesto que pasaremos entonces a incoar un procedimiento ejecutivo, cuyo alcance será la afección de bienes que se tendrán en garantía y la traba de los mismos, corriendo la misma suerte en el caso de que el acuerdo haya sido homologado judicialmente. La novedad que presenta esta regulación es que será posible la ejecución no dineraria con base en un título ejecutivo no judicial, por lo que el acuerdo permitirá incoar la ejecución sobre un régimen especial de estas medidas.

Mantenimiento y alzamiento de medidas tras el procedimiento de la mediación

Este punto no pertenece necesariamente al engranaje de una mediación preprocesal con el proceso civil, pero compete explicarlo aquí pues el protagonismo a esta altura pertenece en realidad a las medidas cautelares, y no tanto a que se encuadren

6

http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjc3MTtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAS62zmDUAAAA=WKE

Consultada el 19-03-2017

⁷ BONET NAVARRO, A. (...) *Proceso civil y mediación...* op.cit. pág 72

en un momento preprocesal. La conclusión del procedimiento de mediación intrajudicial sin acuerdo no siempre supone el levantamiento de medidas cautelares. Puede haber una serie de sucesos que permita la continuidad de esta tutela sin que la mediación intervenga ahora en la “etapa de resolución”⁸.

Así, nos podemos encontrar con la situación en la que se ha declarado una medida cautelar previa a una mediación que no ha acabado con acuerdo. En ese caso, al tenor del artículo del 730 LEC en conexión con el artículo 4 LMed, se reanudará de nuevo el plazo de 20 días para presentar la demanda. Si esta se interpone, las medidas cautelares pueden mantenerse, a lo que no corresponde en caso contrario, en el que estas quedarán sin efecto de oficio. Irónicamente, la consecuencia de la situación en caso de acuerdo puede ser más complicada⁹. Si entendemos que existe un convenio entre las partes, en realidad no habría un objeto procesal sobre el que instrumentalizar la razón de ser de las medidas cautelares, por lo que no cabría dicha tutela. Ahora bien, el acuerdo no garantiza por sí solo el aseguramiento de la situación jurídica cautelable, pudiendo ir al proceso declarativo correspondiente en caso de incumplimiento si no se elevó a escritura pública o no se homologó el acuerdo judicialmente.

Entrando en escena dicho título ejecutivo, nos podemos plantear la situación en la que la medida cautelar se declaró antes de una mediación que acabó en acuerdo, pero dicho acuerdo no cumplió las exigencias que le permitiría al fedatario público convertirlo en aquel. En este caso, se habrá de interponer con celeridad la demanda en lo que reste del plazo del artículo 730 LEC si se quiere tener alguna posibilidad de que la medida no quede sin efecto.

Dadas las explicaciones sobre cómo pueden incidir la sucesión de acontecimientos a la tutela cautelar, es posible entender ahora que tendrá efecto desde el momento de declaración de la medida cautelar previa a la mediación hasta la consecución del acuerdo. También comprendemos que desde la constitución del acuerdo de mediación como título ejecutivo tendremos la garantía de recurrir en cualquier momento a una medida ejecutiva en caso de incumplimiento. Entonces, ¿qué ocurre con el espacio de tiempo que comprende entre el acuerdo y su formalización como título ejecutivo? Por una parte, desde el momento de la constitución del acuerdo cesa la protección cautelar, y por otra, las medidas ejecutivas no podrán ser solicitadas hasta que tengamos título ejecutivo. Parece ser que aquí el ordenamiento se dejó un “periodo de desamparo” en el que nada garantiza la continuidad de aquellos mecanismos que mantenían a salvo la materialización de la resolución dada al caso.

⁸ La etapa de resolución es un término que se refiere a todo aquel espacio de tiempo que va desde la iniciación de un proceso de mediación hasta la firmeza de la última resolución ejecutoria relacionada con la resolución del fondo del asunto, fuera esta judicial o extrajudicial. En pocas palabras: comprende desde el comienzo de la gestión del conflicto hasta el momento en el que la solución se ha hecho completamente efectiva.

⁹ BONET NAVARRO, A. (...) *Proceso civil y mediación...* op.cit. pág 73

2- Sumisión a la mediación como condicionante del proceso

El proyecto de ley¹⁰ que configuraba el germen de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, LMed) tenía previsto otorgar cierto carácter imperativo a este procedimiento, en el sentido que podría ser obligatorio su inicio cuando así lo determinara la legislación procesal. Dicha línea fue rechazada finalmente por la Ley de Mediación resultante (y ya por el Real Decreto-Ley 5/2012¹¹), estableciendo la voluntariedad como uno de los principios rectores.

Quizá, en este sentido, para realizar el cambio de regulación se tuvo en cuenta que el ordenamiento ya contó con un sistema obligatorio cuya efectividad fue casi nula, aunque las características de la mediación no sean totalmente identificables con las del método de resolución que se planteaba¹². Estamos hablando de la conciliación civil preprocesal, la cual establecía un requisito *sine qua non* para el acceso a los tribunales, que se incorporó al artículo 460 LEC de 1881¹³. Esta regulación no fue satisfactoria, pues fue percibida como una mera formalidad que obstaculizaba la verdadera vía deseada por las partes para poder resolver sus conflictos. Así, la fase de conciliación previa era considerada una carga para optar al derecho de acceso a la justicia jurisdiccional.

No obstante, la configuración de la conciliación previa fue modificada para otorgarle carácter facultativo en la Ley 34/1984¹⁴, siendo finalmente excluida su regulación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000¹⁵ (en adelante, LEC). Con ella en vigor, la Directiva 2008/52¹⁶, por la que se regulan ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, a la que con tanto retraso se ha adaptado nuestro Derecho, establece como principio indispensable la voluntariedad, entendida en su articulado como la imposibilidad de hacer preceptivo el recurso al procedimiento de mediación, suponiendo ello la exclusión de la vía jurisdiccional¹⁷. No obstante, los Estados miembros pueden introducir elementos de obligatoriedad para acudir a esta vía. En efecto, la presente legislación cuenta con que el apartado II del Preámbulo de la Ley

¹⁰ 121/000122 Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles. BOCG de 29 de abril de 2011

¹¹ Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

¹² En el caso de la conciliación preprocesal intervenían el juez con carácter no jurisdiccional y el acuerdo podría elevarse automáticamente en título ejecutivo.

¹³ Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Vigente hasta el 23 de Julio de 2015)

¹⁴ Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹⁵ AVILÉS NAVARRO, M.: "La conciliación civil preprocesal" http://www.cej-mjusticia.es/cej_dode/doc_users/pdf/nueva_oficina_judicial/mediacion_y_conciliacion/conciliacion_preprocesal.pdf, consultada el 19-03-2017.

¹⁶ 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

¹⁷ Artículo 5 Recurso a la mediación

(...)

2. La presente Directiva no afectará a la legislación nacional que estipule la obligatoriedad 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.

afirma que la mediación se basa en la voluntariedad, vinculada a la autonomía de la voluntad que poseen las partes, factor que impedirá al juez conocer del asunto si, de manera volitiva, aquellos protagonistas del conflicto han pactado la sumisión a la mediación.

2.1- Sumisión a la mediación y la declinatoria

La declinatoria en derecho procesal es un instrumento mediante el cual el demandado o uno de los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional, árbitros o a mediadores. También se propondrá declinatoria para denunciar la falta de competencia, sea esta objetiva, funcional o territorial.

Si nos fijamos bien, es muy difícil encontrar un hueco adecuado en lo que se acaba de indicar para el caso de la mediación, a pesar de que su supuesto está contemplado en el artículo 63 LEC:

Artículo 63 Contenido de la declinatoria, legitimación para proponerla y tribunal competente para conocer de ella

1. Mediante la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional, a árbitros o a mediadores.

Formalmente sí está contemplada en el art. 63 pero no lo está materialmente porque, en realidad, cuando se formula declinatoria por sumisión a mediación no es que el juez no tenga jurisdicción, sino que concurre un impedimento de procedibilidad. El órgano jurisdiccional no deja de tener jurisdicción, sino que deviene impedido para actuar. En sentido negativo, no hay falta o déficit de jurisdicción, sino que, en sentido positivo, hay un impedimento procedimental.

El mediador no es ningún órgano jurisdiccional al que se le atribuye funciones y características de dicha naturaleza. En verdad, el juez al que se le presente la demanda puede que sea competente en el asunto, pero no puede conocer de él porque la existencia de una sumisión a mediación le impide proceder a iniciar el proceso. Consecuentemente, tratamos dos elementos distintos, a lo que viene la pregunta, ¿Es la declinatoria el instrumento adecuado para hacer valer una sumisión a mediación?

La respuesta, cuya fundamentación le sigue, no resulta afirmativa. Lo cierto es que en este sentido la ley confunde la falta de competencia, que se debería de predicar sólo de los tribunales y de árbitros, con un óbice a la procedibilidad del asunto debido a que no se cumple un requisito para poder admitir la demanda¹⁸. ¿Por qué decimos que la declinatoria está correctamente prevista en el caso del arbitraje y no en el de la

¹⁸BONET NAVARRO, A.; CALATAYUD SIERRA, A.; HERRERO PEREZAGUA, JUAN F.; LÓPEZ SÁNCHEZ, J.. *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 37

mediación? Porque, a pesar de ser una vía de resolución extrajudicial, el arbitraje está oportunamente asimilado al proceso judicial al tener el árbitro una función decisoria dentro de su procedimiento, cuya resolución se hace necesaria para la finalización de este, el cual tiene que tratar de todos los asuntos que a él se ha rogado, teniendo como efecto la cosa juzgada. Por todo ello, la jurisprudencia constitucional lo ha calificado como un equivalente jurisdiccional¹⁹.

Sin embargo, no resulta adecuada la asimilación que realiza la ley entre el arbitraje y la mediación si tomamos como referencia el tratamiento procesal de la sumisión de cada vía de resolución. Mientras que una es heterocompositiva y se acerca en muchos aspectos al propio de los órganos jurisdiccionales, la otra opción autocompositiva presenta sus propias características y dista más del arbitraje y la vía judicial. Así, entender la sumisión a la mediación como un óbice de procedibilidad, es decir, aquellos supuestos en los que un requisito formal impide la prosperidad del comienzo del proceso, como puede ser la falta de documentación o la falta de pago de la tasa judicial, resulta más correcto. La sumisión a la mediación supondría una negativa del juez a abrir el asunto, pero nunca se excluiría como modo de vía de resolución, esto es, no podría entenderse que la mediación le “ha arrebatado la competencia”.

De este modo, podríamos distinguir la declinatoria, que sirve para denunciar la falta de jurisdicción y competencia (aplicable en los casos de sumisión a arbitraje), con un supuesto en el que se constituye un óbice de procedibilidad (sumisión a mediación). Y con esto aclarado, sabríamos discernir mejor que para un mismo caso podemos contar con tres momentos diferentes:

1. el demandante presenta la demanda ante el juzgado A, pero no se inicia el proceso porque la sumisión a la mediación constituye un óbice para que prospere. Habrá que ir a mediación, sin que ello suponga renunciar a regresar de nuevo ante el juez A en un momento posterior en caso de desavenencia.
2. la mediación no hace llegar a un acuerdo a las partes
3. el demandante acude de nuevo al mismo órgano jurisdiccional del punto 1 porque la sumisión ya surtió efecto sin evitar acudir otra vez a la vía litigiosa.

Ahora bien, en favor de la regulación actual, es cierto que las ventajas de la declinatoria frente a lo que podemos pensar que se adecuaría mejor a una excepción procesal es que la primera evita la contestación por parte del demandado, lo que supone un ahorro de costes.

No sólo podíamos plantearnos la excepción procesal como un cauce para hacer valer una cláusula de sumisión, también podría pensarse en un recurso de reposición para estos casos, o bien una cuestión incidental de previo pronunciamiento. La finalidad del recurso de reposición es permitir la modificación de las resoluciones adoptadas en la sustanciación del proceso que no sean conformes a lo establecido en las disposiciones positivas que regulan el procedimiento o que, habiendo sido dictadas en el ejercicio de

¹⁹ Ver Sentencias del Tribunal Constitucional 62/1991, 288/1994, 174/1995

una facultad atribuida al órgano jurisdiccional con cierto carácter discrecional, produzcan un perjuicio a cualquiera de los litigantes. En este sentido, se podría configurar la posibilidad de que se impugne el decreto del Letrado de Administración de Justicia por la que se admitiría la demanda (art. 404 LEC). Así, en el caso en el que el decreto no tenga en cuenta la existencia de la sumisión a la mediación para dar paso al inicio del proceso, el agraviado podría impugnarlo alegando que ello no respeta y que se ha de acudir primero a la mediación antes de dar cabida al proceso para la resolución del conflicto.

En otro término, el actor que demanda y al que se le responde con la declinatoria, ha de imponérsele las costas si aquella prospera. Si el mismo actor vuelve a interponer la demanda, en su caso se le impondrán las costas más el 0,1% de recargo del importe²⁰, aunque ello se aplicará a los casos en los que no se trate de personas físicas, pues una reforma del 2013 modificó el régimen de las tasas²¹. Además, la *Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 140/2016, de 21 julio*, las ha suprimido prácticamente en general. No obstante, hemos de indicar que realmente no hay una sanción establecida al actor por no intentar primero la mediación antes de acudir a los tribunales. Aun así, puede que al demandado sí que le interese en un momento dado pasar a los tribunales como una vía de resolución, pues si la otra parte ha decidido ignorar la cláusula de sumisión, es previsible que los verdaderos costes que va a sufrir en el caso de que primero se vaya a mediación son los de tiempo y dinero de la misma, más los propios del sometimiento a juicio, ya que eso denota que el demandante no tiene intención de alcanzar un acuerdo en mediación.

2.2- La tramitación de la declinatoria

Cuando el demandado decide interponer la declinatoria, pretende denunciar que existe una sumisión a mediación. Como respuesta a una demanda interpuesta por alguien con quien había pactado una cláusula de sumisión, la declinatoria pretenderá detener el proceso para poder hacer valer la cláusula que les obliga emprender la mediación como primer remedio a sus controversias. Lo matizable en este punto es que la causa de este asunto se ha de poner en conocimiento de los mediadores (art. 63.1 LEC)²². En realidad, el conocimiento de la demanda no corresponde al mediador, pues, como ya dijimos anteriormente, no podemos tratar esto como una falta de competencia. He aquí el problema de la terminología que surge a tenor de lo establecido en el artículo 63 LEC: a pesar de ser evidente que no podrá conocer de la demanda el mediador, pues no es un órgano jurisdiccional, la literalidad de la disposición lo indica así, induciendo a error. En verdad, lo que le correspondería al mediador es, en su caso, el conocimiento del objeto de la demanda, formalizado en una solicitud para iniciar su procedimiento.

²⁰ Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, reformada por el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita.

²¹ Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita

²² BONET NAVARRO, A. (...) Proceso civil y mediación... op.cit. pág 43

Por otra parte, como así lo dicta el art. 6.2 LMed, la aportación del pacto de sumisión ha de hacerse por escrito. El pacto de sumisión ha de constar así para que pueda operar como principio de prueba cuando, tras la interposición de la demanda, se formula declinatoria con fundamento en el pacto de sumisión. Esto está ligado a que en realidad sería muy tardía su presentación en la fase probatoria de su mismo proceso. Si no existe la posibilidad de probarse en un momento posterior, será necesario aportar documentos que justifiquen la existencia de la sumisión. Así, el pacto de sumisión a la mediación sólo tendrá efecto excluyente del conocimiento jurisdiccional si está por escrito y, de no ser así, será rechazado de plano por auto y sin trámite²³.

En cuanto a la acumulación de pretensiones en la declinatoria se refiere, tenemos que contar con que el demandado puede entender que el juez no debe conocer de un asunto, además de por la sumisión a mediación, por otras razones cuya consecuencia sea también la falta de jurisdicción. Ello generará una acumulación de pretensiones, de la que hay que distinguir la *causa petendi* (la sumisión más la falta de jurisdicción) de la *Petitum* (que el juez no conozca, lo que provoque o bien el sobreseimiento o la inhibición a favor del órgano que le corresponde). El escrito de declinatoria, a pesar de tener una pluralidad de *causa petendi*, reunirá todo en una acumulación única, no siendo procedente en ningún otro momento procesal, acorde a lo que implica el principio de la preclusión (art. 400 LEC), evitando así futuras demoras y posibles complejidades²⁴.

Entendiendo esto, cabe preguntarnos ¿cuál será el orden de pronunciamiento respecto a las múltiples cuestiones que se plantea en la declinatoria? La lógica que nos hace ver la solución la brinda el artículo 6.2 LMed, diciéndonos que se ha de acudir a analizar la sumisión a mediación antes de examinar otras circunstancias que denuncien la falta de jurisdicción. Ello nos hace pensar que si el juez al que se le presenta la declinatoria tiene que resolver sobre la procedibilidad de uno u otro órgano diseñado para la resolución del conflicto, el orden de preferencia marcado por la ley se decanta por la mediación como prioridad a la hora de pronunciarse. Así, quedando claro que la mediación precedería al proceso, ¿cuál sería la posición del arbitraje en esta prelación? Si recordamos que el arbitraje se señala como un equivalente jurisdiccional, podremos decir que el análisis de la sumisión al arbitraje se situaría por detrás del examen de la sumisión a mediación en este caso. Así, tenemos que lo primero que ha de atender el órgano jurisdiccional es la sumisión a la mediación, siguiendo posteriormente todo lo demás planteado en la declinatoria.

Una vez presentada, corresponde intervenir al actor, a quien se efectuará la comunicación de la declinatoria para que se pueda hacer el traslado y exponga las alegaciones que él considere respecto a ella. Las posibilidades de contestación a fin de pretender dejar sin efecto dicha declinatoria, son:

- Alegar la falta de validez del contrato donde consta la cláusula de sumisión o de la cláusula en sí misma. En el caso de intentar poner en tela de juicio la propia

²³ BONET NAVARRO, A. (...) Proceso civil y mediación... op.cit. pág 44

²⁴ BONET NAVARRO, A. (...) Proceso civil y mediación... op.cit. pág 44

validez del contrato, se trataría de la estrategia más pobre, ya que el artículo 6.2 LMed establece la independencia del contrato respecto a la cláusula de sumisión a mediación en sede de nulidad. Ello significa que, a pesar de haber estipulado en un mismo soporte formal tanto la cláusula como la relación jurídica de la que subyace, no correrán la misma suerte si una de ellas se ve afectada por algún tipo de patología jurídica. Dicho esto, cabe preguntarse: ¿y si lo que se alega es la falta de validez de la cláusula? En este supuesto, creo que es más difícil desestimar la alegación, porque no está claro que la exclusión de las controversias que rodean a la propia cláusula puedan tener amparo en el artículo 6.2 LMed, puesto que no se especifica sobre qué ha de recaer estas controversias más que en el caso de la validez o existencia del contrato en el consten²⁵. Ahora bien, existen casos especiales en las que la mera existencia de la cláusula de sumisión no resulta válida, como es el supuesto de la mediación en consumo bajo unos condicionantes²⁶.

- También podrá oponerse argumentando que el objeto de la demanda no corresponde al ámbito de la mediación. Esta es una vía de resolución alternativa de conflictos cuyo objeto ha de ser carácter disponible. Así, las cuestiones que correspondan al derecho imperativo no podrán ser tratadas en este procedimiento, correspondiéndole de forma exclusiva y excluyente a los órganos jurisdiccionales. Es por ello que el juez ha de observar que aquello que se pretenda acoger en la mediación sea de carácter disponible. Por otra parte, aquí hemos de tener claro que el ámbito del que puede conocer un órgano jurisdiccional es aquel que se encuentra en la esfera del Derecho, y por tanto, cualquier cuestión que no tenga conexión con una relación jurídica concreta no podrá ser conocida por los tribunales. La realidad es que los límites son difusos y discutibles dentro de esta lid en la mayoría de los casos, por lo que será el criterio del juez decisivo a la hora de valorar si apreciar este tipo de alegación o no.
- Por último, cabe alegar que la mediación se intentó y no prosperó. La sencillez de esta oposición encierra en su seno complejas cuestiones. ¿Cuándo se puede dar por intentada una mediación? En este caso la problemática reside en

²⁵ Artículo 6.2: «2. Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste.» En el precepto está expresamente estipulado que la relación jurídica adyacente está bajo su amparo, pero, por lo menos desde mi punto de vista, resulta más complejo interpretar con base en este artículo que las controversias surgidas de la propia cláusula de sumisión se han de reconducir al propio procedimiento de mediación.

²⁶ Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013. Artículo 10.1: Principio de libertad

1. Los Estados miembros velarán por que un acuerdo entre el consumidor y el comerciante de someter una reclamación a la apreciación de una entidad de resolución alternativa no sea vinculante para el consumidor cuando se haya celebrado antes de que surgiera el litigio y cuando tenga por efecto privar al consumidor de su derecho a recurrir ante los órganos jurisdiccionales competentes para la resolución judicial del litigio.

encontrar en la disposición legal múltiples y diferentes respuestas. En cuanto a su inicio, el artículo 16 LMed establece como requisitos la voluntad de ambas partes añadida a la incoación del cumplimiento de la cláusula de sumisión a la mediación. Por otra parte, el artículo 19 LMed nos habla de que el inicio del procedimiento lo marca la sesión constitutiva, pudiendo suponer que es en este momento es cuando se da lugar el comienzo formal. Pero ello no es concluyente: puede haber ciertas actuaciones anteriores a la sesión constitutiva que pueden formar parte de los primeros pasos del procedimiento. Por otra parte, el intento de mediación puede ser equivalente a un acto de voluntad del que se deduzca la falta de desarrollo de la mediación. Dicha cuestión no queda libre de dudas en cuanto a su concreción. El artículo 17 LMed contempla la ausencia en la sesión informativa como el desistimiento al procedimiento, pero ¿podemos entender el desistimiento de la misma manera que un intento de mediación? Toda esta cuestión está ligada a la diferenciación entre iniciación y comienzo del procedimiento de mediación que se desarrollará más adelante.

Respecto a este alegato, queda en el tintero una última duda, ¿será estrictamente idéntico el objeto de mediación respecto al objeto de la demanda? En verdad, para este asunto habrá que ver el acta de sesión constitutiva para poder dilucidar cualquier solución.

Finalmente, la decisión del juez podrá consistir en el conocimiento del objeto del proceso o en su inhibición, lo que provocará el sobreseimiento del mismo, dictado mediante auto en cualquiera de los dos casos. Aclarada la preferencia en favor de la cláusula de sumisión en caso de acumulación de pretensiones, caben diversos recursos contra el auto dictado: en el caso de inhibición cabe recurso de apelación (art. 66.1 LEC) y de reposición en caso de rechazo del pacto de sumisión a la mediación; si bien no debemos descartar la posibilidad de recurso por defecto ante la sentencia definitiva que se haya dictado con ocasión del recurso de apelación interpuesto anteriormente (art. 66.2 LEC).

2.3- Sumisión a mediación y sumisión a arbitraje

En este apartado vamos a ver cómo se entrelazan estas dos figuras, bajo la premisa ya establecida en diferentes ocasiones de que, aun siendo ambas vías de resolución de conflictos de carácter extrajudicial y que por ello la ley marque una asimilación a la hora de regularlos, son dos figuras con caracteres distintos, de las que fluyen consecuencias diferentes a la hora de compararlas bajo la óptica de la vía judicial.

Supongamos que en la misma relación jurídica se han establecido tanto una cláusula de sumisión a la mediación como otra de sumisión al arbitraje para el caso de desavenencia. Si las partes no estuvieran posteriormente de acuerdo en cuál de las dos aplicar, ¿a qué vía tendríamos que acudir? Para dar solución a este interrogante, de nuevo el artículo 6.2 LMed arroja luz a este tipo de problemática²⁷: (...) *se deberá*

²⁷ BONET NAVARRO, A. (...) Proceso civil y mediación... op.cit. pág 51

intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. El hecho de que se haya marcada un segundo supuesto que expresamente hable de “otra solución extrajudicial” hace que no haya lugar a dudas de que la preferencia de la mediación a la hora de hacer valer el pacto de sumisión es absoluta.

Por otra parte, el artículo 22.1 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, LArb) facultan a los árbitros para decidir sobre su propia competencia. Ahora bien, en el caso de abstenerse sobre la cláusula de sumisión a la mediación, no será la misma fundamentación de la abstención aquella propia del juez que la del mismo árbitro, pues no hablamos estrictamente de una cuestión de competencia, sino de procedibilidad, la cual viene amparada por el ámbito que marca el anterior artículo²⁸. Así, ¿pueden apreciar los árbitros de oficio la falta de competencia? La respuesta es afirmativa si tenemos en cuenta el apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje y su tratamiento del término competencia: “cualesquiera cuestiones que puedan obstar a un pronunciamiento de fondo”.

Si, a pesar de tener en cuenta que existe una cláusula de sumisión, el árbitro entra a conocer, el artículo 41 LArb dispone de una serie de motivos para fundamentar la anulación del aludo. Lo que ocurre en este caso es que esta situación no encaja unívocamente a solo uno de los supuestos que en el listado se exponen. De esta manera, podemos entender que se ha podido resolver sobre cuestiones no sometidas a su decisión [art. 41.c) LArb] como que el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo entre las partes [artículo 41.d LArb].

3- La mediación obligatoria prejudicial

Pese al empuje legislativo que ha tenido la mediación durante los últimos años en el ordenamiento jurídico español, amén de los beneficios que se han pregonado de este procedimiento, en especial sobre los de carácter temporal y económico, no se ha llegado a implantar en la realidad jurídica como un método ordinario de resolución de conflictos. Dicha circunstancia se ve agravada por el hecho de que en nuestra práctica no se ha reflejado la alternativa a recurrir a jueces y tribunales, por lo que podemos pensar que este empuje institucional que ha sufrido el sistema en los últimos veinte años no es suficiente para poder tratar a la mediación como una vía que disfrute de prestigio.

Ante este marco, no sería ocioso considerar la posibilidad de poder encuadrar un modelo de mediación obligatoria dentro de una de las características que integren esta figura, programando un enfoque distinto a lo que se ha intentado con el fracaso del “trámite de la conciliación previa”, sufrido en un principio por el entorno civil y actualmente por el proceso laboral²⁹. La mediación obligatoria no atentaría contra los principios de la Directiva 2008/52/CE mientras no se obligue a alcanzar un acuerdo, y respetando este requisito, es entendible que siga teniendo una función complementaria

²⁸ BONET NAVARRO, A. (...) Proceso civil y mediación... op.cit. pág 52

²⁹ Artículos 63 y ss. de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social

respecto a la tutela judicial efectiva y a la función jurisdiccional³⁰. A pesar de ello, el impacto de la mediación supone no más del 1% del ámbito de aplicación territorial comunitario³¹.

3.1- La mediación obligatoria: características. Ventajas y desventajas

El procedimiento de mediación, como bien sabemos, no es más que aquel en el que las partes buscan la gestión de conflictos para poder alcanzar un acuerdo con ayuda de un tercero neutral e imparcial, el mediador, cuya función será la de establecer un marco de diálogo entre ellos. Dentro de sus principios rectores tenemos el de voluntariedad, entendido, en el más amplio de los sentidos, como aquel rasgo que permite a las personas implicadas tanto iniciar o renunciar a su inicio, como continuar o abandonar el desarrollo del mismo sin haber finalizado con un acuerdo³².

Ahora bien, lo que parece considerado como punto controversial es si el alcance de la voluntariedad ha de apoyarse en su máxima extensión teórica o si esta debería ser matizada. Por una parte, hay ciertos autores que defienden la voluntariedad “hacia” la mediación, entendiéndose como la facultad de las partes de decidir si acudir o no a este procedimiento. Por otra, hay otros que plantean la voluntariedad “en” la mediación, para la que se supone que tendrán el derecho a abandonarla cuando una vez sumergidas en su proceder³³.

En cualquier caso, parece que la línea jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se decanta por que la ley de los Estados Miembros limite recurrir a los tribunales mientras que no prive totalmente a los particulares de una tutela judicial efectiva y cuya limitación sea efectuada de forma legítima y proporcionada³⁴, aunque es cierto que la sentencia que se aprecia dicha línea no se interpretaba la Directiva 2008/52/CE, sino que la Directiva 2002/22/CE³⁵ es la protagonista de la hermenéutica ejercida por el tribunal.

Caso distinto es aquel que trató el Tribunal Constitucional italiano, en el que se puso en tela de juicio la normativa italiana que permitía al mediador, en el supuesto de que las partes no alcancen un acuerdo, proponer una solución a la controversia que estas deben aceptar o rechazar de forma fundamentada en conexión con, esta vez sí, la Directiva

³⁰ MORETÓN TOQUERO, M^º A. "La resolución judicial de conflictos y la mediación como forma de participación ciudadana". Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2011, pág. 431

³¹ Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs: "Rebooting the Mediation Directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU".

³² ALEIX HERNÁNDEZ, C. "Hacia un nuevo paradigma en el acceso a la justicia: la mediación prejudicial obligatoria", Revista ADR News, 2015, p. 20

³³ En este sentido, Agustín Azparren: <https://confilegal.com/20160802-agustin-azparren-exjuez-exfiscal-exvocal-del-cgpi-abogado-mediador-la-mediacion-tendria-obligatoria-ley/> Consultada el 26-04-17.

³⁴ Sentencia TJUE de 18-03-2010 (Sala 4^ª); caso Rosalba Alassini/Telecom Italia SpA (C-317/08)

³⁵ DIRECTIVA 2002/22/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 7 de marzo de 2002 relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal)

2008/52/CE, cuyo desenlace fue la declaración de inconstitucionalidad parcial del Decreto Legislativo de 4 marzo de 2010, n. 28³⁶.

Tenemos tres subtipos dentro de la mediación prejudicial obligatoria: La mediación categórica, la mediación discrecional y la mediación semiobligatoria.

- Mediación categórica: nos encontramos con un modelo en el que el inicio de la mediación se configura de forma preceptiva, pudiendo sólo acceder a la vía judicial si el demandante posee un justificante dispensado expresamente por el mediador de aquel procedimiento frustrado, siendo este requisito indispensable de admisibilidad de la acción.
- Cuando hablamos de mediación discrecional es aquella en la que los órganos jurisdiccionales pueden derivar a aquellas que pretendan iniciar un juicio, quieran o no recurrir a este procedimiento.
- En la última, de manera ya más relajada, se permite evadir de manera automática el modelo de mediación, pero para que se utilice, el ordenamiento establece una serie de incentivos, tales como la imposición de costas procesales, multas y sanciones³⁷.

Lo que parece cierto es que la mediación obligatoria ha servido a muchos de los países que la aplican a aumentar su efectividad en estos procedimientos. A pesar de la contraindicación del Libro Verde sobre métodos alternativos de resolución de litigios civiles y mercantiles y de muchos argumentos contrarios en los que se afirma que la involucración de las partes en algo a lo que no se quiere integrar no dará con el resultado de avenencia, podemos apreciar como múltiples Estado Miembros de la UE como Italia, Alemania, Holanda o Reino Unido³⁸ (en concreto, en Escocia la mediación es obligatoria en los conflictos sobre necesidades de asistencia adicional)³⁹ tienen mejores números en cuanto a efectividad se refiere, aconteciendo en ellos muchas más mediación que en el resto del ámbito territorial comunitario

Una opción que barajan diversos autores como Nadja Alexander⁴⁰ es la posibilidad de utilizar el carácter obligatorio como una estrategia de implantación de carácter temporal. Esto es, las fórmulas anteriormente planteadas serían sólo un medio de carácter instrumental cuyo último fin es el de que la mediación, y por qué no, otros tipos de vías de resolución extrajudicial (véase el caso del éxito del arbitraje de consumo de su práctica), sean integradas y aceptadas en la *praxis* jurídica y en la esfera general de la gestión de controversias.

³⁶ Sentencia de la Corte Costituzionale della Repubblica Italiana Nº 272/2012, de 24 de octubre de 2012

³⁷ ALEIX HERNÁNDEZ, C "Hacia un..." op. cit. p. 22

³⁸ ALEIX HERNÁNDEZ, C "Hacia un..." op. cit. p. 24

³⁹ Una aproximación al mapa de la mediación en la Unión Europea:

https://revistademediacion.com/articulos/15_08/ Consultada el 26-05-17

⁴⁰ ALEXANDER, N., *International and Comparative Mediation*, (2009) Kluwer Law International, p. 143.

3.2- La mediación obligatoria en otros ordenamientos

La Directiva 2008/52/CE, cuyo precedente reside en las Recomendaciones de 1998 y 2001⁴¹, estableció un marco jurídico cuyo fin mínimo era la armonización de las regulaciones existente entre los Estados Miembros y la implantación de la mediación civil y mercantil dentro de las regulaciones de dicho ámbito territorial. Ciertamente, no llegó a todos los países y no al mismo alcance, pues la Directiva sólo exigía la regulación de la mediación transfronteriza, pero muchos otros como Italia, Alemania y Reino Unido legislaron sobre la materia misma e incluso en ámbitos que no se incluían en dicha normativa comunitaria⁴².

Así, dentro de los países citados, Italia ha sido en un principio sujeto de numerosas violaciones al artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ya que la gestión de los tribunales era muy deficiente. Dicha situación de “precariedad judicial” fue paliada con un cambio de rumbo de las políticas de justicia, promoviendo la mediación obligatoria primero en el ámbito comercial y más tarde extendiéndolo al ámbito civil, marítimo y de tráfico, teniendo como efecto una reducción considerable de la congestión de los tribunales, reduciendo las reclamaciones por las dilaciones indebidas que sufrían los ciudadanos e integrando paulatinamente la mediación como método de resolución de conflictos.

En el caso de Inglaterra y Gales, el sistema preminente judicial del *common law*, a diferencia de otros países anglosajones como son EEUU o Australia, ha obstado para la efectiva implantación de la mediación obligatoria como sistema de resolución de conflictos, siendo más acentuada su práctica tras el Informe de Lord Woolf sobre el Acceso a la Justicia (1996)⁴³, pero posteriormente ralentizada por la falta de crédito que le ofrecía el precedente judicial que asentó la sentencia *Hasley* por su calificación como violación del acceso a la justicia, a pesar de que en su faceta voluntaria presentara numerosos beneficios⁴⁴. En definitiva, aunque existen programas en los que se orienta la práctica de la mediación obligatoria, la configuración del sistema inglés produce una (al menos) inicial incompatibilidad para la comodidad de dicha figura como método alternativo de conflictos.

Dentro del entorno europeo, cabe comentar el caso sosegado que presenta Rumania, pues se implantó la mediación mediante iniciativas legislativas, y el carácter obligatorio de esta no está más que marcado por la coerción de asistir a la sesión informativa para el asesoramiento de las parte en pos de conocer una opción alternativa de resolver los conflictos, aplicados principalmente en el entorno civil, laboral y en menor medida en los casos penales en caso de denuncia del ofendido. Consecuentemente, se plantea como

⁴¹ Recomendación 98/257/CE de la Comisión, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo; y Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo.

⁴² ALEIX HERNÁNDEZ, C “Hacia un...” op. cit. p. 26

⁴³ WOOLF, L.: *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on Civil Justice System in England and Wales*, Ministry of Justice, 1996.

⁴⁴ Caso *Halsey vs. Milton Keynes General NHS Trust* (2004) 4 All ER 920.

un requisito de procedibilidad en la que se ha de presentar al juez un escrito del mediador acreditando la asistencia de las partes a la sesión informativa.

Por otra parte, en Sudamérica existen diversos países cuya implantación de la mediación obligatoria ha sido finalmente encajada dentro de una vía legítima alternativa de resolución de conflictos. Así, en Chile se presenta en numerosas áreas jurídicas, desde el ámbito civil, pasando por el laboral, para terminar con el de salud y escolar. El caso de Argentina es el más exitoso en este sentido, pues dispone de grandes medios tanto legislativos como institucionales que han permitido el buen asentamiento de la mediación, tanto voluntaria como obligatoria.

Sin embargo, se podría decir que Australia tiene carácter pionero en el sentido del planteamiento de la mediación obligatoria prejudicial, ya en 1980 se ofrecía en Nueva Gales servicios de mediación para ciertos conflictos por Centros de Justicia Comunitaria, que posteriormente se hicieron permanentes, desarrollando posteriormente precedentes legales que favorecían una mediación discrecional especialmente en derecho de daños, si bien hay que ser consciente que la regulación difiere entre los distintos Estados del país.

FASE INTRAPROCESAL

1- El punto de partida de la mediación

Una vez vistas las cuestiones que entrelazan la mediación y el proceso antes de su comienzo, analizaremos los aspectos relevantes del inicio de la opción autocompositiva. Esta vía, entendida como un procedimiento voluntario, siempre ha de iniciarse por solicitud. En este punto, hay que decir que la legislación deja en el tintero algunas cuestiones que encuentran su similitud en la regulación procesal, pero no por ello da una solución satisfactoria. Así, también se ve necesario entender cómo juegan los diferentes momentos de los primeros pasos de la mediación en relación con la vía judicial, fundamentalmente aquellos relacionados con la paralización de los plazos para acudir a la opción jurisdiccional, esto es, el efecto suspensivo de los plazos de prescripción y caducidad.

Como primera aclaración, hemos de distinguir la iniciación del comienzo de la mediación, cuya importancia radica en los efectos jurídicos aparejados en cada uno de los momentos que distinguimos a continuación⁴⁵:

- La iniciación, como equivalente a solicitud, se trata de la fase preliminar en la que se lleva a cabo una suerte de instancia de preparación para la mediación. Podríamos decir que es el momento en el que no nos encontramos estrictamente dentro de ella, pero sí que llevamos a cabo unos trámites orientados a que el procedimiento se dé en un futuro, por lo que le otorgamos relevancia. Los efectos jurídicos propios de la iniciación consisten en el surgimiento de una obligación de ir al siguiente paso dentro de esta vía: el comienzo de este procedimiento.
- El comienzo es tomado como una fase de constitución de la mediación. En esta etapa nos encontramos en el inicio *strictu sensu* de este método de resolución, estando las partes en el procedimiento propiamente dicho. Los efectos jurídicos que causa son los ya adelantados: la suspensión de la prescripción o caducidad de acciones jurídico procesales cuyo objeto coincida con el de la mediación.

Esta distinción encuentra especial relevancia en el caso en el que el actor alegue que esta vía se intentó y no prosperó como respuesta a la declinatoria fundamentada en una cláusula de sumisión. La diferencia entre instar y comenzar la mediación puede suponer la diferencia entre encontrarse con un óbice de procedibilidad respecto a la opción judicial, teniendo que recurrir previamente a la mediación, y la existencia de un motivo para poder desestimar una declinatoria.⁴⁶ Esto es, si se comenzó una mediación y se concluyó sin avenencia, podría prosperar una demanda posterior con el mismo

⁴⁵ LOPEZ HERNÁNDEZ, JM.: *El procedimiento de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aspectos jurídicos*. Uno Editorial, 2014. Pág. 127

⁴⁶ Véase apartado “La tramitación de la declinatoria”, pág. 14

objeto porque ya se podría decir que las partes hicieron valer la cláusula de sumisión, pero no ocurrirá lo mismo en el caso de que esta misma se instara y finalmente no se diera lugar.

2- La iniciativa

Como bien hemos dicho, la mediación sólo puede ser iniciada a instancia de parte, planteándonos dos planos a los que se atribuyen diferentes características: el intrajudicial y aquel al margen del proceso judicial, esta es, el prejudicial o extrajudicial. En este apartado nos encargaremos exclusivamente de la mediación intrajudicial por el sentido que tiene el capítulo al que pertenece, pero ello no obsta a que en la mediación al margen del proceso no se encuentren interesantes cuestiones⁴⁷.

2.1- La derivación judicial: iniciación de la mediación intrajudicial

La derivación judicial es la decisión que adopta el juez cuando, en el seno de un proceso, las partes solicitan su suspensión para intentar resolver la controversia mediante un procedimiento de mediación. Con fundamentación en los artículos 414, 440 y 443 de la LEC⁴⁸, se está experimentando una incipiente incitación a que los

⁴⁷ Ver LOPEZ HERNÁNDEZ, JM.: *El procedimiento...* op. cit. págs. 130 a156

⁴⁸ Artículo 414. *Finalidad, momento procesal y sujetos intervinientes en la audiencia.*

1. *Una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvenición, o transcurridos los plazos correspondientes, el Secretario judicial, dentro del tercer día, convocará a las partes a una audiencia, que habrá de celebrarse en el plazo de veinte días desde la convocatoria.*

En esta convocatoria, si no se hubiera realizado antes, se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma.

La audiencia se llevará a cabo, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, para intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso, examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba.

En atención al objeto del proceso, el tribunal podrá 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.

2. *Las partes habrán de comparecer en la audiencia asistidas de abogado.*

Al efecto del intento de arreglo o transacción, cuando las partes no concurrieren personalmente sino a través de su procurador, habrán de otorgar a éste poder para renunciar, allanarse o transigir. Si no concurrieren personalmente ni otorgaren aquel poder, se les tendrá por no comparecidos a la audiencia. (...)

Artículo 440. *Citación para la vista.*

1. *Contestada la demanda y, en su caso, la reconvenición o el crédito compensable, o transcurridos los plazos correspondientes, el secretario judicial, cuando haya de celebrarse vista de acuerdo con lo expresado en el artículo 438, citará a las partes a tal fin dentro de los cinco días siguientes. La vista habrá de tener lugar dentro del plazo máximo de un mes.*

En la citación se fijará el día y hora en el que haya de celebrarse la vista, y se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la vista su decisión al respecto y las razones de la misma (...)

Artículo 443. *Desarrollo de la vista.*

1. *Comparecidas las partes, el tribunal declarará abierto el acto y comprobará si subsiste el litigio entre ellas.*

protagonistas del objeto procesal vayan a mediación⁴⁹, como se puede apreciar con la iniciativa GEMME⁵⁰. Ya preveía en la Directiva 52/2008, en su considerando XII⁵¹, una actitud incentivadora a que se lleve a cabo esta derivación, “las gestiones que el órgano jurisdiccional o juez competente para conocer del conflicto realice en el contexto de un proceso judicial relativo a dicho conflicto, así como los casos en los que el órgano jurisdiccional o el juez solicitan ayuda o asesoramiento de una persona competente.”

Sin embargo, en el ordenamiento jurídico español esa posibilidad le corresponde, dentro de las ADR, a la figura de la conciliación. Y es que, si observamos las características centrales de las que dispone la mediación, en el caso de que un órgano jurisdiccional decisor pudiera intervenir en el objeto de la mediación, quebraría al menos dos de los rasgos principales, en el supuesto de que llegue a fin sin un acuerdo y tengan que regresar al proceso:

- El principio de confidencialidad (artículo 9 LM): él mismo será quien llevará la alternativa litigiosa, y el hecho de que el juez se vea legalmente incapacitado para tener en cuenta todo aquello que se utilizó en la mediación, inviabilizaría el progreso del proceso, al menos, por esa misma persona.
- El principio de neutralidad (artículo 8 LM), entendida como en la imposibilidad de decidir ni proponer soluciones sobre la cuestión que se plantea en ella, pues la misma figura que intervino en la vía autocompositiva decidirá en un contexto diferente sobre aquello en que medió.

Si manifestasen haber llegado a un acuerdo o se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar del tribunal que homologue lo acordado. El acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados. Dicho acuerdo podrá impugnarse por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial.

Las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el apartado 4 del artículo 19, para someterse a mediación. En este caso, el tribunal examinará previamente la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes o de sus representantes debidamente acreditados, que asistan al acto.

Cuando se hubiera suspendido el proceso para acudir a mediación, terminada la misma sin acuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar que se alce la suspensión y se señale fecha para la continuación de la vista. En el caso de haberse alcanzado en la mediación acuerdo entre las partes, éstas deberán comunicarlo al tribunal para que decrete el archivo del procedimiento, sin perjuicio de solicitar previamente su homologación judicial.

⁴⁹ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: *El contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*. Thomson-Civitas, Pamplona, 2014. Pág. 137

⁵⁰ Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación en España. Iniciativa europea que agrupa magistrados de España para impulsar la mediación por medio de actividades, eventos, publicaciones, etc. Página web: <https://mediacionesjusticia.com/>

⁵¹ “La presente Directiva debe ser aplicable a los casos en que un órgano jurisdiccional remite a las partes a la mediación o en que la legislación nacional prescribe la mediación. Debe asimismo ser aplicable, en la medida en que el Derecho nacional permita a un juez actuar como mediador, a la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún proceso judicial relacionado con la cuestión o cuestiones objeto del litigio. No obstante, deben quedar excluidas del ámbito de aplicación de la presente Directiva las gestiones que el órgano jurisdiccional o juez competente para conocer del conflicto realice en el contexto de un proceso judicial relativo a dicho conflicto, así como los casos en los que el órgano jurisdiccional o el juez solicitan ayuda o asesoramiento de una persona competente.”

Por lo tanto, no debemos confundir la derivación judicial (el acto procesal por el que un juez reconduce la controversia a otro método de resolución) con la mediación intrajudicial (aquella que se constituye tras suspenderse el proceso, cuyo posible acuerdo alcanzado es susceptible de llevarlo de nuevo al proceso para su homologación judicial). La derivación judicial es el paso previo necesario para que exista la mediación intrajudicial⁵². La derivación comienza con la obligación del Letrado de Administración de Justicia o del juez de informar a las partes sobre la posibilidad de usar esta ADR. Esta situación se da en dos procesos diferentes⁵³:

- En el proceso ordinario (artículo 414 LEC), se ha de informar antes o en el mismo acto de la convocatoria de la audiencia previa al juicio.
- En el proceso verbal (artículo 440 LEC), se ha de efectuar en la propia citación en la que se emplaza a las partes a la vista.

Tanto en la audiencia previa como en la vista, las partes manifestarán si van o no a mediación, contando con que el tribunal les invitará a un acuerdo y que el mismo tribunal podrá proponerla (artículo 443.3 LEC). Ello no obsta a que, amén de los momentos concretos en los que la ley procura que el propio personal jurisdiccional incite a las partes a utilizar esta vía, las propias partes puedan solicitar la suspensión del proceso para recurrir a aquella⁵⁴. Respecto a esta lid, es necesario atender al artículo 19.4 LEC, que trata sobre el derecho de disposición de los litigantes, así como de la transacción y suspensión. En esta norma se impone como condiciones para ello:

- que el Letrado de la Administración de Justicia lo acuerde, si no va en contra de la ley ni el interés general
- que el plazo de suspensión no sea superior a los 60 días.

Más allá de lo establecido por la ley, la *Guía práctica de la mediación intrajudicial* recomienda ciertos aspectos sobre en qué momento debe darse la derivación judicial en procesos especiales⁵⁵:

- En procesos declarativos con contestación escrita, han de estar personadas las partes, y debe darse o bien en el espacio de tiempo que comprende el citación de las partes o bien en la audiencia previa o vista, o bien en el desarrollo de estos actos.
- En los procesos especiales, la derivación se ha de llevar a cabo cuando se pueda acomodar a la fase procesal oportuna.

⁵² Aunque cabe la posibilidad de que las partes, sin decir nada al juez, dejen de intervenir en el proceso y acudan a la mediación. El proceso resultará paralizado por inactividad, siendo posible su reanudación para solicitar la homologación. En virtud del principio dispositivo, y tratándose de objetos disponibles, las partes son las dueñas del proceso y de la pretensión. en este caso hay mediación intrajudicial, pero no derivación a mediación.

⁵³ LOPEZ HERNÁNDEZ, JM.: *El procedimiento de la...* op.cit pág 129

⁵⁴ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: *El contrato de mediación ...* op.cit., Pág. 139

⁵⁵ Guía práctica de la mediación de la mediación judicial del CGPJ, pág. 17

- En los procesos de ejecución: el momento más idóneo es aquel en el que ya se ha notificado al ejecutado el despacho de ejecución, aunque no se haya personado en el en el proceso declarativo de condena previo. Dicha derivación se intentará en todas las ejecuciones que se refieran a obligaciones de hacer. Para ser más precisos, en las ejecuciones hipotecarias, que se suelen derivar de una obligación de dar, esta es, entregar la cantidad de dinero recibida en concepto de préstamo y garantizada con la constitución de una hipoteca, deberían hacerse al solicitar la certificación de cargas o con anterioridad a la convocatoria de la subasta.

3- El momento de iniciación

Puesto que la mediación es un procedimiento que siempre se ha de iniciar a instancia de parte, resulta lógico que su momento iniciación no opere de forma automática, sino que haya de considerarse como una de las acciones que debe emprender aquel o aquellos interesados en el comienzo de la mediación. Así, podemos entender como el momento de iniciación la presentación de la solicitud sumada a la recepción de esta por el mediador, que es el supuesto de hecho que determina realmente la constitución de esta vía. Ello nos muestra que la mera formulación de la intención de recurrir a la mediación no basta para que se pueda hacer valer como iniciada, sino que ha de concurrir por parte del órgano institucional o persona que va a dirigir esta vía de resolución una manifestación de que conoce la voluntad de aquel que quiere utilizarla.

3.1- La solicitud

La ley 5/2012 da dos posibilidades para iniciar una mediación (artículo 4 LM): o bien por el común acuerdo entre las partes, o bien por una de ellas en cumplimiento de un pacto de sumisión suscrito por las partes, aunque esta opción está pensada para la prejudicial y no tiene sentido en la intrajudicial. Esto se debe a que no cabría alegar un pacto de sumisión cuando se hubiera transigido sobre este anteriormente al contestar a la demanda y no plantear la declinatoria. Justificándonos en esta afirmación, nos centraremos en la solicitud de común acuerdo.

Dentro de la segunda posibilidad, podemos encontrar dos modalidades correspondientes a dos situaciones diferentes: que se presente la solicitud a nombre de todas las futuras partes intervinientes (solicitud de mutuo acuerdo simultáneo); o bien, la planteada por el artículo 37 del Real Decreto 980/2013, en la que A solicita a B someterse a la mediación sin pacto de sumisión de por medio, siendo el mediador quien comunique esta petición, consintiendo posteriormente B (solicitud de mutuo acuerdo sucesivo).

Son tres las exigencias formales expresas para la solicitud⁵⁶:

- La designación del mediador o institución mediadora. En el último caso, la designación del mediador concreto se puede aplazar hasta la sesión constitutiva.

⁵⁶ LOPEZ HERNÁNDEZ, JM.: *El procedimiento de la...* op.cit pág 137

- Lugar donde se desarrollará, circunstancia de mucha importancia a nivel procesal y ejecutivo. Aunque se produzca virtualmente por medios telemáticos, debe quedar elegido claramente un lugar físico.
- La lengua o lenguas de las actuaciones.

La legislación del procedimiento no impone más cuestiones formales en su articulado; tampoco lo hace su desarrollo reglamentario. No obstante, sería interesante plantearse otras de igual o mayor importancia que las antes mencionadas y que no tienen un reconocimiento expreso en la regulación:

Forma escrita

Esta exigencia, más allá de que comporte una necesidad para la mediación, posee más bien una calidad probatoria. La mediación es un procedimiento eminentemente oral, pero la solicitud corresponde a un trámite susceptible de alegación y prueba en el caso en el que se ponga en duda el inicio o la propia existencia de esta vía de resolución. De ahí su trascendencia. Es por ello que, a pesar de que la legislación contemple la viabilidad de una mediación tanto oral, presencial o por medios electrónicos, el contenido esencial que ha de establecerse en la solicitud, en previsión a que este pueda llegar a ser considerado como un hecho controvertido, debería ser la identidad de las partes, el contenido por el cual se presenta y la fecha en que se produce⁵⁷, en calidad de principio de prueba.

Ante quién se presenta

Quizá la regulación no involucre esta cuestión dentro de los aspectos formales sobre la solicitud de la mediación porque en el conjunto de su previsión normativa se deduce que se ha de hacer ante la institución mediadora o el mediador designado por ellas. Si para conseguir su iniciación debemos depositar ante ellos la solicitud, es evidente saber a quién se ha de entregar. Si son varios los mediadores designados, ha de comparecerse ante todos ellos para que surja efecto.

Datos de identidad de las partes

Sabemos que tales datos han de constar en el acta de sesión constitutiva, pero si el mediador debe citar a las partes para la celebración de la sesión informativa, tendrá que saber quiénes son. Para entender que deben figurar los datos de identidad de las partes en la solicitud, podemos servirnos de la analogía del contenido de la demanda del proceso civil que marca el 399 LEC⁵⁸, o de la propia reglamentación para el caso del procedimiento de mediación simplificado por medios electrónicos⁵⁹.

⁵⁷ LOPEZ HERNÁNDEZ, JM.: *El procedimiento de la...* op.cit pág 138

⁵⁸ Artículo 399. *La demanda y su contenido.*

1. *El juicio principiará por demanda, en la que, consignados de conformidad con lo que se establece en el artículo 155 los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o residencia en que pueden ser emplazados, se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida.*

2. *Junto a la designación del actor se hará mención del nombre y apellidos del procurador y del abogado, cuando intervengan.(...)*

⁵⁹ Artículo 32 del Real Decreto 980/2013: *Acreditación de la identidad y condición de usuario.*

La expresión de la causa y el objeto

Al igual que lo que ocurre con las anteriores cuestiones, podemos recopilar motivos de diferente clase para poder dilucidar que tanto la causa como el objeto han de aparecer explícitamente en la solicitud de la mediación:

- El primero de ellos obedece a un cuestión lógica, ya que no es posible solicitarla sin informar sobre qué va a tratar, teniendo en cuenta, a mayores, que no cualquier objeto es susceptible de este procedimiento, debido a que el mismo sólo puede tener carácter disponible.
- Motivos analógicos: si nuevamente atendemos a la legislación procesal para marcar diferentes puntos de referencia, podemos comprobar que es necesaria la presencia de estos dos elementos. En primer lugar, del artículo 10.1º LEC⁶⁰ podemos deducir que la parte solicitante tiene que tener relación con el objeto jurídico sobre el que se va a mediar y, para saber si posee legitimación, hay que conocer aquello sobre lo que se legitima, no siendo viable si no se indica en la solicitud. Por otra parte, el contenido preceptivo de la demanda marcado por el artículo 399 LEC nos da otra vez un indicio sobre lo que tiene que figurar en la solicitud, debiéndose de indicar claramente el *petitum*, que ha de referirse al objeto sobre el que se pide.
- Motivos sistemáticos: también el propio articulado de la mediación nos brinda de nuevo pistas sobre la necesidad de establecer la causa y el objeto en la solicitud de la mediación. El artículo 4 LM concede la suspensión del plazo de prescripción y caducidad de toda acción que se refiera a un objeto litigioso concreto, por lo que debemos tener en cuenta en qué consiste para que dicho efecto jurídico pueda tener un destinatario inequívoco. En adición, en el procedimiento simplificado de la regulación reglamentaria obliga a que quede reflejadas las posiciones tanto en el formulario de solicitud y en el de contestación (artículo 38 RD 980/2013). Si bien es cierto que no se puede equivaler las posiciones con el objeto del conflicto, las primeras no se entiende sin el segundo: tiene que haber un conflicto sobre el que formar una postura, por lo que es necesario su mención a la hora de formular la solicitud.

1. Las partes y el mediador acreditarán su identidad con arreglo a lo dispuesto en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, mediante un sistema de firma electrónica que garantice la identificación de los firmantes y, en su caso, la autenticidad e integridad de los documentos electrónicos, en todas las actuaciones que requiera el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos. En su defecto, las partes y el mediador podrán acreditar su identidad presencialmente ante el mediador o las instituciones de mediación, acordando un sistema de acceso seguro de mutuo acuerdo. En todo caso, la identidad de las partes debe acreditarse en la presentación de la solicitud de inicio y en la contestación, en el momento de la aportación de documentación, en el establecimiento de comunicaciones, en la firma de las actas y del acuerdo de mediación.

2. La actuación por medio de representante requerirá la acreditación de la representación ante el mediador o la institución de mediación.

⁶⁰ Artículo 10. Condición de parte procesal legítima.

Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.

Acreditación de la legitimación, capacidad y representación de las partes

Como bien sabemos, la capacidad y legitimación (en el caso que sea *ad causam*) son imprescindibles para figurar como parte en el proceso civil donde se ventila una determinada controversia, así como poseer una correcta representación en el caso de que no se ostente la necesaria capacidad procesal. Podríamos aplicar analógicamente el artículo 9 LEC para dar al mediador la facultad de oficio de apreciar en cualquier momento dicho aspecto respecto a las partes, teniendo así un motivo para entender que este elemento ha de ser debidamente acreditado en la solicitud de la mediación. Ello se justifica con el hecho de que la inobservancia de estos elementos puede invalidar todo un procedimiento que tendría que paralizarse a tiempo.

En este punto, es conveniente tener presente la diferencia entre la capacidad procesal y la capacidad para ser parte⁶¹.

La capacidad para ser parte (artículo 6 LEC), es entendida como la facultad de las personas y entes jurídicos de establecerse como uno de los protagonistas en un proceso civil por ser titulares de acciones, derechos, cargas u obligaciones. Así, analógicamente, podrían formar parte del procedimiento de mediación todos aquellos sujetos enumerados dicho artículo, a saber:

1.º *Las personas físicas.*

2.º *El concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables.*

3.º *Las personas jurídicas.*

4.º *Las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración.*

5.º *Las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte.*

6.º *El Ministerio Fiscal, respecto de los procesos en que, conforme a la ley, haya de intervenir como parte.*

7.º *Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados.*

8.º *Las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.*

⁶¹Guías Jurídicas Wolters Kluwer. La capacidad procesal:

http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUncwsDtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAN4RfCzUAAAA=WKE

Consultada el 03-04-2017

Sin embargo, debemos remarcar que la capacidad para ser parte es necesaria para ostentar la capacidad procesal (artículo 7 LEC), entendida como la aptitud de los sujetos intervinientes para comparecer en el juicio y realizar por sí mismas actos válidos en el proceso. Para esta categoría la ley reserva una lista más reducida, teniendo como sujetos susceptibles de capacidad procesal los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Para los demás casos sería necesaria una adecuada representación. Así, por ejemplo, el concebido no nacido tendrá como encomendadas a las personas que habrían actuado por él si ya hubiera nacido; los patrimonios que carezcan transitoriamente de titular o del vínculo de disposición y administración podrá proponer al administrador; y en caso de entidades sin personalidad jurídica aparecerán quienes asigne la previsión legal específica. Evidentemente, en el caso de las personas jurídicas, masas patrimoniales y entidades sin personalidad jurídica o sujetos sin facultades de disposición o administración, habrá de exhibir el debido título de empoderamiento o de representación⁶².

¿Por qué hemos hecho esta distinción? Porque en ella encontramos la referencia (una vez más, analógica) a la cual ha de atener los mediadores para diferenciar, a la hora de exigir la debida acreditación de representación:

- a los sujetos que han de presentarla, para comprobar que están encomendados debidamente por las legítimas partes
- y a los que no, para distinguirlos como legítimas partes poseedoras de plena capacidad para intervenir por sí mismas en la mediación.

No obstante, el hecho de que la LEC contemple un amplio espectro de sujetos titulares de capacidad para ser parte no debería permitir el acceso automático a la mediación de todos aquellos mencionados en el artículo, aun cuando puedan exhibir una correcta representación, pues esta ADR no está pensada para todos los sujetos o entes a los que la tutela judicial efectiva consiente la vía jurisdiccional.

3.2- La solicitud defectuosa

Ya hemos visto como la legislación a la mediación deja muchos cabos sueltos sobre la propia exigencia formal referida a la solicitud de la que se pretende iniciar, teniendo como herramienta comodín la analogía a la LEC cuya previsión es mucho más exhaustiva. No será este un caso distinto si tenemos que enfrentarnos al supuesto en el que nos encontramos con una solicitud que no respeta tanto las explícitas como las supuestas condiciones formales. Así las cosas, un conjunto de artículos de la legislación procesal nos darán una respuesta ante posibles patologías que se puedan encontrar en este trámite.

El artículo 231 LEC nos habla de la subsanación, en la que el Tribunal y el Letrado de Administración de Justicia procurarán que puedan ser subsanados los defectos de los actos procesales de las partes, por lo que podemos entender que el mediador tendrá que hacer prosperar en la medida de lo posible el procedimiento sin

⁶² LOPEZ HERNÁNDEZ, JM.: *El procedimiento...* op. cit. pág 140

que un óbice que no revista mucha importancia pueda entorpecerlo. El artículo 254 LEC realiza un tratamiento de cómo proceder por parte del Tribunal en caso de que no se corresponda el juicio por razón de la cuantía con lo que en un inicio debía ser. En el artículo 404, sobre la demanda, emplazamiento al demandado y plazo para la contestación en un juicio ordinario, nos dice que el Letrado de Administración de Justicia dará cuenta al Tribunal para que resuelva sobre los defectos formales y no se hubiesen subsanado por el actor en el plazo concedido para ello. También podemos encontrarnos con regulación sobre esta cuestión en el artículo 418 LEC, sobre los defectos de capacidad o representación, los efectos de su no subsanación o corrección, o bien la Disposición Adicional 5ª, de medidas de agilización de determinados procesos civiles.

De esta normativa se puede extraer un conjunto de reglas a aplicarse en diferentes casos de solicitud defectuosa⁶³:

- Si el defecto no es esencial y puede ser fácilmente corregible, puede continuar sin problemas el procedimiento a expensas de su rectificación.
- Si el defecto es esencial, se precisará un requerimiento de subsanación al que se pondrá un plazo de 10 días (en atención al artículo 418.4 LEC) pudiendo compatibilizarse con una admisión provisional cuyo criterio principal sopesará las consecuencias que tendrá la suspensión de prescripción o caducidad de las acciones que se puedan interponer.
- Si el plazo queda agotado, el mediador deberá archivar el procedimiento dando como justificación la inadmisión de la solicitud más que el propio desistimiento de las partes.
- Si en la solicitud faltan datos para que el mediador pueda comunicarse con el solicitante, deberá inadmitir la solicitud por la imposibilidad de proseguir el procedimiento, lo que no excluye que el mismo solicitante pueda posteriormente presentar una nueva solicitud correctamente cumplimentada.

4- El efecto de suspensión de los plazos de prescripción y de la caducidad

Ya adelantamos en apartados anteriores, en especial respecto al comienzo de la mediación, como una de los efectos jurídicos más relevantes en a la relación entre esta y el proceso civil es la suspensión de los plazos prescripción y de caducidad. En esta linde, debemos atender tanto a la legislación sobre mediación, como a la procesal y civil. Estos ámbitos normativos influyen de manera decisiva y singular en lo dispuesto sobre el transcurso de plazos y, en consecuencia, en la propia posibilidad de interponer una ulterior acción, sujeta a un plazo de prescripción, o de llevar a cabo un acto procesal, sujeto normalmente a un plazo de caducidad.

⁶³ LOPEZ HERNÁNDEZ, JM.: *El procedimiento...* op. cit. pág 149

4.1- Evolución jurídica

El Libro Verde sobre las ADR⁶⁴ ya manifestaba la necesidad de implantar una medida que evitara utilizar los tribunales como vía de resolución convencional, sin que ello supusiera su exclusión, pues lesionaría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de nuestra Constitución. En suma, anima a los Estados Miembros que no tienen prevista en su legislación una suspensión de plazos para la interposición de acciones a que la lleven a cabo. Sin embargo, en este texto también se rebelan las dificultades para comprender cuál es el preciso momento dentro del inicio del procedimiento para que pueda haber suspensión, pues no existe un único momento para suspender el proceso e iniciar un procedimiento de mediación, como ya pudimos comprobar⁶⁵.

Años después, dentro de la Directiva 52/2008 de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles su artículo 8 regula el efecto de suspensión de los plazos de caducidad y prescripción. En este sentido, establece que los Estados miembros garantizarán que el hecho de que las partes que opten por ella con ánimo de solucionar un litigio no les impida posteriormente iniciar un proceso judicial o un arbitraje en relación con dicho litigio por haber vencido los plazos de caducidad o prescripción durante el procedimiento de mediación, sin perjuicio de los textos internacionales que tratan sobre los plazos de caducidad o prescripción. Esto supondría que la recomendación para implantar en las correspondientes legislaciones dicho efecto jurídico tendría que configurarse como regulación necesaria en los países de su ámbito territorial.

En el ordenamiento jurídico español, la primera normativa estatal ya tuvo en cuenta la suspensión de plazos, establecido en el Real Decreto-ley 5/2012. Ahora bien, fue un texto jurídico que se redactó y puso en vigor en unas condiciones de apremio que supusieron una regulación mediocre, por lo que en su artículo 4 se supone como iniciada la mediación con la presentación de la solicitud por una de las partes o desde su depósito, en su caso, ante la institución correspondiente. No obstante, la técnica legislativa mejoró en la Ley de Mediación 5/2012 concretando en el art. 4 el momento de inicio de manera más exhaustiva: se habrá de presentar la solicitud y además habrá de existir una constancia de recepción por parte del destinatario. En ella también se dispone que, de pasar 15 días naturales desde entonces y no haber acta de sesión constitutiva, cesará el efecto suspensivo y se reanudarán los plazos que se habían paralizado. Así, puede apreciarse con facilidad cómo las dos normativas estatales entienden de diferente manera el momento del inicio de la suspensión.

4.2- Tratamiento jurídico

La suspensión se activará por medio de dos alternativas, cada una de ellas ligada a un momento distinto de la mediación respecto al proceso judicial. También veremos que en

⁶⁴Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil de 2002

⁶⁵ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: *El contrato de mediación ... op.cit.*, Pág. 132

esta clasificación se denotan diferentes modos en los que las partes deciden solucionar la controversia.

Por una parte, tenemos la vía automática que establece el artículo 16.1 LM, que designa los diferentes modos en que puede iniciarse la mediación. Ella está pensada para la situación en la que nos encontramos ante una mediación preprocesal. En este caso se da lo que llamaré una suspensión directa, puesto que comienza a surtir efecto de forma simultánea a los actos que inician la mediación. Las partes deciden en esta opción acudir primero a este mecanismo de ADR para resolver el conflicto y se abstienen de utilizar la opción judicial.

Por otra, dentro del ámbito intraprocesal, las partes han utilizado primero la vía judicial para resolver la desavenencia, decidiendo durante su proceso acudir a la mediación para poner fin al conflicto. En este encuadre, llegar a la suspensión ha requerido dos pasos diferenciados:

- primero, se lleva a cabo la interrupción de la prescripción de la acción por medio de la interposición de la demanda
- y en segundo lugar, sea por derivación judicial o a petición de las partes, se suspende la caducidad de los actos procesales conduciendo el conflicto hacia la ADR.

Podríamos entender esto como una suspensión indirecta, siendo aquella que diferencia el instante que interrumpe los plazos correspondientes a la prescripción de la acción de la suspensión posterior de la caducidad, correspondiente a los actos de aquel proceso iniciado a priori. Esta modalidad se prevé por el artículo 16.3 LM al establecer la facultad de solicitar la suspensión de un proceso en curso de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal. En este punto se puede conectar esta alternativa al antes mencionado artículo 19.4 LEC⁶⁶ y al artículo 1973⁶⁷ CC, el cual indica los modos en los que se interrumpen la prescripción⁶⁸.

Además, no se puede dejar de mencionar la singular manera de operar que se asigna a este tipo de suspensión. La prescripción normalmente se interrumpe y no se suspende; en cambio, la caducidad se suele suspender pero rara vez se interrumpe. En el presente caso, únicamente se contempla la suspensión como el efecto jurídico surtido ¿A qué es debido? Los motivos pueden ir ligados a una incentivación para la utilización de estas vías, así como para evitar la indefensión, como podemos apreciar en la Exposición de Motivos de la LMed. Otra razón con la que se puede justificar es que se intente disuadir conductas de mala fe consistentes en interrumpir el plazo de prescripción para ganar

⁶⁶ Artículo 19. Derecho de disposición de los litigantes. Transacción y suspensión.

(...) 4. Asimismo, las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada por el Secretario judicial mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días.

⁶⁷ Artículo 1973.

La prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor.

⁶⁸ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: *El contrato de mediación ... op.cit.*, Pág. 134

tiempo antes de intentar involucrarse en cualquier método de resolución, a pesar de que ya haya otros medios que permiten dicho efecto⁶⁹ como lo es el requerimiento notarial que puede entrar en las opciones descritas en el ya mostrado artículo 1973 CC.

4.3- Alcance de la suspensión

La extensión en el tiempo que pueda abarcar este efecto jurídico podría acotarse entre la recepción de solicitud al mediador o el depósito a la institución mediadora (artículo 4 LM), se encuadre o no en el seno de un proceso judicial, y el día de la firma del acuerdo o el acta final en el que se documente la conclusión de la mediación sin avenencia. Una vez llegados al final de este intervalo de tiempo y sin una solución para la controversia, las partes estarán facultadas para solicitar el alzamiento de la suspensión⁷⁰.

4.4- Problemas normativos con la legislación autonómica

La proliferación de la legislación autonómica de la mediación tuvo lugar en un momento mucho más adelantado que en el que se puso en vigor la normativa estatal. Esto, sumado a que la regulación general se llevó a cabo de una manera un tanto deficiente y banal, ha ocasionado que surjan muchas dudas de compatibilidad entre las diferentes disposiciones. Concretamente, en el caso de la suspensión de plazos, es evidente que las Comunidades Autónomas deberían de subsumirse a lo que la previsión nacional establezca, pero no por ello el ordenamiento jurídico español muestra una total coherencia jurídica en este asunto.

Mostrando un ejemplo, la ley cántabra⁷¹ establece en su artículo 14 que *el recurso a la mediación no tiene incidencia sobre el cómputo de los plazos procesales ni sustantivos, salvo que la legislación estatal así lo establezca*. Por criterio de jerarquía normativa, dicha disposición quedaría resultaría innecesaria al contar la Ley 5/2012 con el artículo 4, el cual ya prevé el efecto suspensivo de los plazos de caducidad y prescripción.

Más compleja resulta la supuesta incompatibilidad que presenta el artículo 12 de la ley catalana⁷² con lo dispuesto en la ley estatal según LÓPEZ HERNÁNDEZ⁷³. El artículo 12.2 de la disposición autonómica dice así:

Inicio de la mediación.

(...) 2. La mediación puede iniciarse a petición:

a) De las partes de común acuerdo, ya sea por iniciativa propia o a instancias de la autoridad judicial o por derivación de los juzgados de paz, de los profesionales colegiados o de los servicios públicos de diversos ámbitos, que pueden proponerla a las partes y contactar con el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña.

⁶⁹ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: *El contrato de mediación ... op.cit.*, Pág. 136

⁷⁰ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: *El contrato de mediación ... op.cit.*, Pág. 136

⁷¹ Ley de Cantabria 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

⁷² Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado.

⁷³ LÓPEZ HERNÁNDEZ, JM.: *El procedimiento...* op. cit. pág 84

b) De una de las partes, si la otra o las otras han manifestado su aceptación, en el plazo de veinte días desde que han sido informadas.

Si observamos el artículo 12.2 b), la ley catalana contempla un supuesto que a simple vista no está previsto en la norma estatal: una de las partes podrá solicitar el inicio de la mediación, pero deberá esperar a que el solicitado la acepte. Si atendemos al autor antes mencionado, este supuesto no estaría contemplado por la Ley 5/2012, lo que ocasionaría un conflicto de coherencia jurídica, no siendo compatibles la mencionada disposición con el art. 16.1 a) LM, que establece el común acuerdo de las partes como uno de los modos.

Ello tendría trascendencia en el plazo de suspensión, pues el solicitado podría retrasar el surgimiento de este efecto 20 días en perjuicio del solicitante. Esta condición adquiriría relevancia en el sentido de que en esos 20 días podrían agotarse los plazos de prescripción o caducidad, imposibilitando el acceso a los tribunales, dando lugar a indefensión para el solicitante.

No obstante, yo entiendo que la ley catalana posee el mismo contenido de la ley estatal, sólo que amplía el supuesto que aquella dispone. Recordemos lo que la norma nacional dice:

Artículo 16. Solicitud de inicio.

1. El procedimiento de mediación podrá iniciarse:

a) De común acuerdo entre las partes. En este caso la solicitud incluirá la designación del mediador o la institución de mediación en la que llevarán a cabo la mediación, así como el acuerdo sobre el lugar en el que se desarrollarán las sesiones y la lengua o lenguas de las actuaciones.

El artículo 16.1. a) establece un tipo consensual de inicio, pero no concreta en el supuesto de hecho si el acuerdo puede establecerse de forma instantánea o sucesiva. El artículo 12.2 b) está configurando un segundo tipo de inicio consensual, sólo que, a diferencia de lo regulado en ley nacional y el art. 12.2 a) de la ley catalana, la plantea en “dos tiempos” o de forma sucesiva, respetando el artículo 16.1 a) LM.

Entonces, ¿qué hacer en este “conflicto normativo”? LÓPEZ HERNÁNDEZ considera que el artículo 12.2 b) se ha de respetar, puesto que se trata de un supuesto específico de la Ley 15/2009 que la regulación estatal no prevé, siempre que se atienda al ámbito de aplicación adscrito a la normativa autonómica. En otras palabras, para él debe primar en este supuesto el principio de especialidad sobre el de jerarquía. En cambio, para mí en este asunto se tiene en cuenta la norma general en la regulación especial, aunque aquella se haya puesto en vigor posteriormente, permaneciendo intacto el principio de jerarquía. En realidad, la ley catalana establece un tipo de inicio de mutuo acuerdo que se ampara en la categoría configurada en el artículo 16.1 a) LMed y que se concreta en el artículo 12.2 b). En otras palabras, existe una armonía jurídica en lo que establecen ambas disposiciones respecto a los modos de inicio de la mediación.

No obstante, coincido con LÓPEZ HERNÁNDEZ en que el artículo de la ley catalana tiene relevancia en el efecto suspensivo de plazos: el plazo de 20 días puede constituir una indefensión producto de un retraso del comienzo de la mediación que resulta lícita.

BLOQUE III- EL ACUERDO DE MEDIACIÓN Y SUS EFECTOS PROCESALES

Una vez presentada la relación existente entre la mediación y el proceso en el plano anterior a su inicio y el desarrollo de este, nos situamos en el momento en el que el procedimiento, a razón de su éxito, ha tenido como consecuencia la obtención de un acuerdo de mediación. Este negocio jurídico, de complicada naturaleza, es uno de los signos distintivos de este método de resolución de conflictos, pues la controversia llega a su término por una vía autocompositiva que tiene reconocida efectos jurídicos dentro de nuestro ordenamiento. No obstante, a pesar de que la legislación reconozca y regularice la licitud del acuerdo, no lo hace de forma pormenorizada si hablamos del régimen que a este se le debe de asignar, sumando más interrogantes en torno a la mediación. Para intentar colmar los vacíos legales, de manera similar a lo que venimos haciendo con el resto de apartados, hacemos uso de figuras similares en nuestro Derecho cuya regulación es mucho más exhaustiva. En este caso, el contrato de transacción será el que nos dé ciertas respuestas, si bien esto será bajo la consideración de que dicha figura guarda ciertas distancias con el acuerdo de mediación que han de ser tenidas en cuenta. Así mismo, se pondrán de relieve aquellos efectos procesales que pueden derivarse como consecuencia de la obtención de la avenencia en el seno de este procedimiento, reservando los estrictamente ejecutivos para el siguiente bloque de la monografía.

1- Evolución legislativa del acuerdo de mediación

El punto de partida tanto de la preocupación por tomar medidas referentes al impulso de las *Alternative Dispute Resolution* como de que el acuerdo resultante de estas tuviera un nivel de vinculación para las partes intervinientes, se sitúa en las Conclusiones del Consejo de Europa de Tampere (1999)⁷⁴, que se encuadra en el segundo punto denominado “Un auténtico espacio europeo de justicia”, dentro del apartado 30 de este punto⁷⁵.

Posteriormente, y de forma más extendida, el ya mencionado Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil de 2002, que emprende un estudio sobre las legislaciones de los Estados

⁷⁴ Consejo Europeo de Tampere 15 y 16 de Octubre de 1999:
http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm Consultada el 26-04-17.

⁷⁵ *El Consejo Europeo invita al Consejo a que, a partir de propuestas de la Comisión, instaure normas mínimas que garanticen un nivel adecuado de asistencia jurídica en litigios transfronterizos en toda la Unión, así como normas especiales de procedimiento comunes para la tramitación simplificada y acelerada de litigios transfronterizos relativos a demandas de consumidores o de índole mercantil de menor cuantía, así como a demandas de pensión alimenticia y a reclamaciones sin oposición. Los Estados miembros deberían instaurar asimismo procedimientos extrajudiciales alternativos.*

Miembros relacionadas con métodos alternativos de resolución de conflictos, analiza una serie de cuestiones e interrogantes. De estas podemos extraer dos puntos centrales⁷⁶:

- El alcance que pudiera poseer un acuerdo alcanzado en el seno de un procedimiento propio de una ADR.
- La complejidad que supone las disparidades jurídicas entre los diferentes Estados Miembros analizados, esto es, las complicaciones que se pueden derivar a raíz de un conflicto transfronterizo.

Años más tarde, habiéndose consolidado de manera más amplia la normativa comunitaria relativa a las vías alternas de resolución de conflictos, la Directiva 2008/52 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, recoge en el conjunto de sus Considerandos una idea de incitación, cuyos destinatarios son los Estados miembros, a que atribuyan a estos mecanismos una eficacia mayor a los acuerdos alcanzados. Ello queda condicionado a que el fin convencional de estos procedimientos se conforme mediante un consentimiento libre de las partes, amén de que el contenido de la avenencia no sea contrario al Derecho de los Estados Miembros y resulte equitativa para sus intervinientes. Esto se traduce en la pretensión de otorgarle carácter ejecutivo, sin que ello suponga una afección a la legislación sobre el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y extrajudiciales. Así, únicamente habrá exención de exequátur cuando la normativa pertinente así lo disponga⁷⁷. Adicionalmente, la más reciente legislación ha recaído sobre materia de consumo, poniendo en vigor la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, de la que ya se ha hecho referencia en apartados anteriores⁷⁸.

En el término nacional, y salvando la anterior legislación autonómica, el Proyecto de Ley de Mediación n° 121/00122, de 29 abril de 2011, fue el prototipo de la ley aplicable hoy en día. En ella se incluyó que el acuerdo, con su mera constitución, ya fuera considerado título ejecutivo y dotado con eficacia de cosa juzgada⁷⁹, siendo necesaria la intervención del mediador. Además, planteaba para determinados casos que el procedimiento de mediación fuera previo y necesario para poder recurrir al proceso. Se trata de un intento de abisagrar mediación y jurisdicción, modificando algunos

⁷⁶ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: El contrato de mediación...pág. 149

⁷⁷ Reglamento (CE) No 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados

⁷⁸ Vid. Apart. "La tramitación de la declinatoria", pág. 14

⁷⁹ Artículo 28 (...)

3. El mediador comprobará su adecuación a lo pactado por las partes en el acta final y su conformidad con el ordenamiento jurídico, procediendo, en su caso, a su firma en presencia de las partes o sus representantes. Del acuerdo de mediación se entregará un ejemplar original a cada una de las partes, reservándose otro el mediador para su conservación. Este acuerdo tendrá el valor de título ejecutivo

4. El acuerdo de mediación produce efectos de cosa juzgada para las partes y frente a él sólo cabrá solicitar la anulación o la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes.

artículos de la LEC. Un año más tarde, en el Real Decreto-ley 5/2012, la principal diferencia respecto al articulado del proyecto era que el acuerdo por sí mismo no se consideraría un título ejecutivo, para lo cual sería necesario sumarle la aprobación que suministra la fe pública, bien por vía notarial (escritura pública) o por vía judicial (homologación).

Por último, la LMed, normativa en vigor actualmente, reviste similitudes con el Real-Decreto, pero podemos decir que se trata de una versión mejorada. Dentro de la misma observamos cómo se ha suprimido totalmente la intervención del mediador para constituir el acuerdo como título ejecutivo. En ese sentido, el artículo 25 nos indica que no es necesaria la presencia del mediador en el acto de la firma notarial. Por otro lado, también se ha prescindido del anterior artículo 28, el cual establecía que no se podrán ejecutar los acuerdos contrarios a Derecho. Resultó lógico, pues el hecho de que es responsabilidad del notario y del juez procurar que ello no suceda hace innecesaria dicha disposición.

2- Concepto y características del acuerdo de mediación

La tarea de conceptualización no resulta fácil, pues dentro de su carácter tanto estructural como funcional nos encontramos con tres dimensiones de un mismo elemento jurídico que la ley de mediación no sabe distinguir en su articulado:

- El acuerdo como mero pacto de voluntad. En este estadio, el acuerdo de mediación consta de una conjugación de voluntades correspondientes a las partes que puede poner fin a un determinado conflicto entre ellas en el seno de un procedimiento de mediación, pero no se ha recogido formalmente.
- El contrato que recoge el acuerdo de mediación. El ordenamiento jurídico otorga al pacto de voluntades de la primera dimensión una vinculación para las partes de la que emana derechos y obligaciones, cuya esencia se ampara en el principio de la autonomía de la voluntad (1255 CC) y se amplía en la ley 5/2012, así como en su desarrollo reglamentario y otras normas sectoriales.
- La transformación del acuerdo de mediación en título ejecutivo. Una vez obtengamos el acuerdo de mediación que pone fin al procedimiento, la posterior elevación a escritura pública u homologación judicial que le dará fuerza ejecutiva, otorgándole así mayor alcance de vinculación para las partes.

Como hemos podido comprobar, las diferentes facetas descritas no son más que una exposición cronológica de cómo un acuerdo puede evolucionar desde la óptica de la obligatoriedad. Así, un acuerdo de mediación en ciernes que no se ha estipulado de manera definitiva en un acta final puede seguir diferentes pasos para que pueda tener la misma fuerza ejecutoria que una sentencia firme. Esto nos viene a decir que se le asigna a un mismo término las diferentes categorías de vinculación que se le puede atribuir al acuerdo de mediación por el ordenamiento jurídico.

Así las cosas, ¿cómo podríamos definir el acuerdo de mediación? A falta de una conceptualización inequívoca, podemos servirnos de múltiples referencias. La RAE habla del acuerdo como “resolución que se toma en los tribunales, sociedades, comunidades u otros órganos.” o “resolución premeditada de una sola persona o de varias”⁸⁰. Desde el punto de vista doctrinal, tenemos diversas definiciones.

MERINO NOGALES se refiere a él como “aquel resultante del proceso de mediación, por el cual las partes en conflicto pactan libremente lo que a sus intereses conviene sobre todas o algunas cuestiones controvertidas, obligándose así al cumplimiento de lo acordado y suscrito”⁸¹.

MARTA GISBERT nos dice que “ el acuerdo logrado en una mediación es un negocio jurídico por ser la manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos y contiene los pactos a los que hayan llegado los implicados respecto de la cuestión objeto de controversia, que sea de derecho disponible, y les obligará en lo que hayan suscrito, siempre que en el concurren los requisitos necesarios para la validez de los contratos (consentimiento, objeto y causa, *ex art. 1261 CC*)”⁸²

LOPEZ HERNANDEZ afirma que “el acuerdo de mediación tiene la naturaleza de contrato privado que, elevado a escritura pública, adquiere el carácter de título ejecutivo. Su contenido recoge las obligaciones asumidas por las partes en la conclusión del procedimiento de mediación, que puede versar sobre la totalidad o solo una parte de la materia sometidas al procedimiento”⁸³.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, el acuerdo de mediación consta de la suma de voluntades de aquellas partes que quieran poner fin a un conflicto en el que intervengan, pudiendo ello suponer una declaración de intenciones en el procedimiento que no conste en el acta final, o constituir el contrato de mediación que pone término a esta vía y que supone una fuente de derechos y obligaciones fruto de la autonomía de la voluntad, el cual aspira a ser el contenido de un título ejecutivo con todo lo que esta categoría implica.

Ahora bien, al igual que su conceptualización, la eficacia del acuerdo de mediación tiene diferentes planos, en este caso⁸⁴, dos:

- Eficacia obligatoria *per se*: en el momento que las partes de un procedimiento de mediación deciden adoptar un acuerdo aportando su mero consentimiento, se le atribuye la misma vinculación jurídica que a las obligaciones legales, quedando así reflejado en los artículos 1091 y 1258 CC⁸⁵. El mediador ha de informar

⁸⁰ <http://dle.rae.es/?id=0emgorl>

⁸¹ MERINO NOGALES, M.: “Contrato de Mediación y Acuerdo mediacional conforme a la legislación española. Eficacia jurídica de los acuerdos alcanzados”. Universidad Internacional de Andalucía, 2012.

⁸² DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: *El contrato de mediación y el acuerdo de...* pág 162

⁸³ LOPEZ HERNÁNDEZ, JM.: *El procedimiento de la...* op. cit. 185

⁸⁴ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: *El contrato de mediación y el...* op.cit. pag. 163

⁸⁵ *Artículo 1091.*

previamente de dicha consecuencia jurídica junto con la posibilidad de constituir esta avenencia como título ejecutivo⁸⁶.

- Eficacia de carácter transaccional: puesto que el acuerdo de mediación y el de transacción comparte características similares, podemos tener en cuenta su regulación para establecer una eficacia más allá de la meramente contractual, derivada de su conformación como título ejecutivo. En términos de eficacia, debemos estar atentos a los requisitos que impone el artículo 1809 CC, es decir, a los de su contenido principal⁸⁷.

Las características propias del contrato de mediación y extraídas por las disposiciones que a ella se aplica podemos concretarlas en los siguientes puntos:

- Es un contrato *sui generis*: a pesar de la similitud que posee con el contrato de transacción, el contrato de mediación sigue teniendo unas características no asimilables a ningún otro negocio jurídico, por tanto se produce en una vía de resolución de conflictos que también cuenta con ciertas peculiaridades. No obstante, en ciertas ocasiones la propia jurisprudencia ha negado el carácter contractual de este negocio jurídico⁸⁸
- Es un contrato formal-escrito: aunque la ley no establezca como tal el requisito formal, es evidente que la posibilidad de hacer valer un acuerdo de mediación sin poder presentar una prueba de su perfeccionamiento es muy baja, y es necesaria en el caso que se pretenda constituir como título ejecutivo.
- Multilateralidad/bilateralidad: el conflicto sobre el que transigir y mediar ha de tener naturaleza inter subjetiva, es por ello que se hace necesaria la intervención de más de una parte.
- ¿Oneroso?: esta característica ha de ser tenida en cuenta sólo cuando hablamos del acuerdo obtenido y no del procedimiento del que se parte para su obtención. Esto es, no se puede confundir las obligaciones que establecen entre las partes para la finalización del conflicto de aquellas que tendrían respecto del mediador (esta puede llegar a ser gratuita bajo los términos de la legislación de asistencia jurídica gratuita entre otras previsiones legales). Así, teniendo en cuenta que el acuerdo ha de alcanzarse en un plano de equidad⁸⁹, en el sentido en el que ambas

Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos.

Artículo 1258.

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

⁸⁶ Artículo 23.3 2º *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.*

⁸⁷ *Artículo 1809.*

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.

⁸⁸ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: *El contrato de mediación y el...* op.cit. pag. 171

⁸⁹ REAL FLORES, M.; GARCÍA REAL, A.; DÍEZ DÍEZ, A.; ÁLVARO LÓPEZ, B.: *¿Cómo mediar en asuntos civiles y mercantiles?* Gompex, Bilbao, 2013, pág. 243

partes han de ceder en sus posturas y que ello se traduce en prestaciones recíprocas en gran parte de los casos, de ello deducimos que cabe la posibilidad de que sea oneroso, pero ello no excluye que en algunos casos sea sólo una parte la que ostente las cargas obligacionales.

3- Efectos procesales del acuerdo de mediación

3.1- Irrevocabilidad del acuerdo

El acuerdo alcanzado en mediación no tiene el efecto de cosa juzgada que le pretendía dar el proyecto de ley, así como tampoco está considerado un requisito previo necesario para el acceso a la vía jurisdiccional. No obstante, el resultado de este negocio jurídico puede conformar un hecho constitutivo, impeditivo, extintivo o excluyente de una pretensión procesal o de la que se formule en un procedimiento arbitral. No está demás decir que dicha circunstancia deberá ser valorada por un juez⁹⁰.

La pregunta que podemos plantearnos ahora es, ¿puede haber novación en caso de que la mediación haya sido de carácter extrajudicial y posteriormente el acuerdo haya sido elevada a escritura pública? En este aspecto se pueden dar tres posibles situaciones⁹¹:

- El acuerdo que se presenta ante notario no consiga la aprobación de la fe pública porque considera que no comporta la legalidad necesaria para ello.
- En el acuerdo presentado ante el notario haya deficiencias técnicas o formales, tomando por supuesto que los elementos esenciales cumplen con los requisitos legales.
- El acuerdo cumpla con los requisitos legales de forma total, pero que debido a una causa sobrevenida provoque que la avenencia alcanzada por las partes no atienda los intereses de las mismas.

Teniendo en cuenta estas tres alternativas, CALATAYUD SIERRA nos da a entender que es posible que se dé ese carácter novatorio, siempre que en la novación se respete la legalidad. Concretamente ha de tener en cuenta el contenido del artículo 1224 y 1219 CC, sobre el carácter probatorio en la novación del documento público y los requisitos que ha de tener el nuevo para poder surtir efecto frente a terceros⁹².

⁹⁰ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: El contrato de mediación y el...op.cit. pág. 240

⁹¹ BONET NAVARRO, A.; CALATAYUD SIERRA, A.; HERRERO PEREZAGUA, JUAN F.; LÓPEZ SÁNCHEZ, J.: *Proceso civil*...op. cit. pág. 208 a 211.

⁹² Artículo 1224.

Las escrituras de reconocimiento de un acto o contrato nada prueban contra el documento en que éstos hubiesen sido consignados, si por exceso u omisión se apartaren de él, a menos que conste expresamente la novación del primero.

Artículo 1219.

Las escrituras hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados, sólo producirán efecto contra terceros cuando el contenido de aquéllas hubiese sido anotado en el registro público competente o al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiera procedido el tercero.

Por otra parte, debido a su carácter atípico, no es posible lucubrar el cierto régimen jurídico del acuerdo de mediación sin tener como referencia aquello que la legislación civil dispone sobre el contrato de transacción. En este punto, cabe preguntarse, ¿la novación transformaría el acuerdo de mediación en un contrato de transacción? Como dijo PASCUAL ORTUÑO “la finalidad del acuerdo no es la formalización del contrato en sí, sino llegar a la mejor avenencia posible”⁹³. CATALATAYUD SIERRA entiende que se convierte en un contrato de transacción, siempre que no haya materia nueva respecto a la sesión constitutiva⁹⁴.

Y es que, a mi parecer, es un interrogante cuya respuesta dependería de cómo el nuevo contenido fruto de la novación excluya el procedimiento de mediación como el elemento artífice para haber conseguido dicha avenencia. Si nada tiene que ver la anterior mediación con el nuevo pacto, podemos entender que este se ha concretado por la sola actitud conciliadora de las partes, por lo que podemos ajustar de manera más exacta la realidad a un contrato de transacción. Si, por el contrario, la novación no es más que una versión no muy alejada de lo que el procedimiento obtuvo, me parecería más coherente y justo para las partes que se asimile el segundo acuerdo como el propio de la mediación, con todos los efectos jurídicos que la ley de mediación le asigna.

3.2- Valor del acuerdo de mediación no ejecutivo

Teniendo en cuenta el carácter voluntario de la consecución del acuerdo de mediación, acorde a la naturaleza no imperativa del procedimiento de mediación y a lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 2008/52 y desarrollado en la ley 5/2012, este pacto, en tanto no sea título ejecutivo, tiene carácter privado. Partiendo de esto, resulta lógico pensar que también quede al criterio de las partes la posibilidad de formalizar o no el acuerdo obtenido en aras a conseguir un título ejecutivo, como así se deduce del artículo 25.1 LM⁹⁵. Esto significa que si las partes han decidido no solicitar dicha formalización, y mientras no haya un cumplimiento voluntario de lo convenido, no podrá acudir la parte agraviada al proceso ejecutivo. En su lugar, para hacer valer su derecho emanado del acuerdo, habrá de ir al juzgado que le correspondería dadas las normas de competencia o bien a un procedimiento de arbitraje si así se pactó en el seno de la relación jurídica subyacente.

Recordemos que el acuerdo es tomado como un contrato, entendido como una relación jurídica de la que surgen obligaciones (artículo 23 LM). Así las cosas, la parte agraviada habrá de incoar un proceso declarativo en que la pretensión consista en la solicitud del cumplimiento de aquella prestación contenida en el acuerdo de mediación y no en la relación jurídica subyacente. Ello es debido a que, a la hora de impugnar, lo convenido en la mediación prevalece sobre la relación jurídica por la que se ha mediado y transigido⁹⁶. Ahora bien, ello no excluye la posibilidad de que se pueda ignorar el

⁹³ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: El contrato de mediación y el...op.cit. pág. 159

⁹⁴ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: El contrato de mediación y el...op.cit. pág. 241

⁹⁵ *Artículo 25. Formalización del título ejecutivo.*

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

⁹⁶ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: El contrato de mediación y el...op.cit. pág. 243

acuerdo de mediación e ir al proceso con el conflicto planteado en la solicitud del procedimiento de mediación, puesto que la ley no atribuye al acuerdo el efecto de cosa juzgada.

Por otra parte, si el incumplimiento de una de las partes al pacto alcanzado fuera debido a que desde su perspectiva no es válido, siempre puede acudir al proceso teniendo en cuenta la acción que le es propia para impugnar la validez de los contratos, a saber: la acción de nulidad. Las causas de esta acción nos las encontramos en los artículos 1261 y 1300 CC, que son las correspondientes a los elementos esenciales⁹⁷:

- Excesos en los límites de la autonomía de la voluntad en la formación del acuerdo de mediación. Dada la premisa de que el objeto y el acuerdo sólo podrán tener carácter disponible, es coherente pensar que esta extralimitación, así como las referentes a la violación de cualquier norma imperativa que pudiera ser de aplicación en el caso, sean razón para la nulidad del contrato, al menos la de aquella cláusula infractora.
- Falta de objeto cierto dentro del acuerdo alcanzado. En este sentido, hemos de atender al artículo 23 LM y al contenido mínimo que exige en la formalización del acuerdo, en concreto, a aquel que se refiere a las obligaciones establecidas por las partes. También hemos de tener en cuenta que dichas obligaciones pactadas sean lícitas para que puedan considerarse válidas⁹⁸.
- Inexistencia o ilicitud de la causa del acuerdo. En este caso, las condiciones para cumplir este requisito de validez se establecen en el artículo 1275 CC⁹⁹, y a él deberemos atender. Así, con pactar un acuerdo de mediación con el fin de dañar a terceros sería contrario a lo dictado por la anterior disposición¹⁰⁰

Así, las consecuencias que acarrea la resolución favorable ante una pretensión de nulidad son la finalización de la vinculación determinada tras el acuerdo de mediación,

⁹⁷ Artículo 1261.

No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1.º Consentimiento de los contratantes.

2.º Objeto cierto que sea materia del contrato.

3.º Causa de la obligación que se establezca.

Artículo 1300.

Los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley.

⁹⁸ Artículo 1271.

Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.

Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056.

Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.

⁹⁹ Artículo 1275.

Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.

¹⁰⁰ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: El contrato de mediación y el...op.cit. pág. 247

la restitución de aquellas prestaciones otorgadas en el desarrollo del periodo de cumplimiento; cabe la posibilidad de que haya una nulidad parcial sí solo uno de los elementos estaba afectado. Por otra parte, la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad no se ve alterada, ya que opera sobre el procedimiento de la mediación a la que se ha acudido para alcanzar lo pactado, y no sobre el acuerdo¹⁰¹, cuya firma es uno de los momentos de finalización de la propia suspensión.

3.3- Valor del acuerdo de mediación elevado a escritura pública

Como ya se ha dicho al iniciar este apartado, la decisión de la partes referida a formar un acuerdo de mediación fruto del procedimiento no es obligatoria. Ahora bien, una vez que han tomado la decisión de formalizar el pacto, es necesario que esta relación jurídica esté provista de un mecanismo que garantice su cumplimiento, pues en este punto radica uno de los motivos que incentiva su utilización y que le puede conformar como una opción más atractiva que la vía judicial¹⁰². Es por esta idea promocionada en un primer momento por la Directiva 2008/52 y después por la Ley 5/2012 que se han incorporado estas garantías tanto para la mediación intraprocesal (auto de homologación) como para la extrajudicial (escritura pública). Es así como la intervención notarial dará como resultado un aumento del nivel de vinculación entre lo pactado por las partes, cuya categoría formal será la de tanto documento público como, siendo esto lo más relevante, título ejecutivo.

Dado el citado nivel de vinculación al que optará el acuerdo de mediación para las partes, cabe preguntarnos, ¿es necesaria la presencia de todas ellas para que la elevación resulte válida?¹⁰³ Podemos entender que no es necesaria si atendemos al artículo 6 de la Directiva 2008/52¹⁰⁴ en la que se plantea la posibilidad de que la iniciativa para formalizar el documento sea de una de las partes con el consentimiento explícito de las otras. Por otra parte, para la escritura pública se presentará al notario todos los documentos necesarios para dar fe pública, como mínimo el acuerdo de mediación así como el acta constitutiva y la final del procedimiento en el que se ha producido.

¹⁰¹ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: El contrato de mediación y el...op.cit. pág. 248

¹⁰² DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: El contrato de mediación y el...op.cit. pág. 249

¹⁰³ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: El contrato de mediación y el...op.cit. pág. 249

¹⁰⁴ *Artículo 6 Carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación*

1. 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.
2. 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.
3. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes para recibir una solicitud de conformidad con los apartados 1 y 2.
4. Lo dispuesto en el presente artículo no afectará a las normas aplicables al reconocimiento y a la ejecución en otro Estado miembro de un acuerdo que haya adquirido carácter ejecutivo de conformidad con el apartado 1.

La función notarial que formará el título ejecutivo será la de control de la legalidad del acuerdo, observando tanto los requisitos de validez descritos *supra* los referentes a la legislación de la mediación, como a todos aquellos aspectos legales que pudieran diferir en el respeto del pacto al ordenamiento jurídico. Sin embargo, esta tarea no se podrá hacer de forma totalmente completa y fehaciente si tenemos en cuenta que, en lo tocante al mediador, no se exige documentación acreditativa que pruebe que cumple las condiciones necesarias para ser considerado profesionalmente como mediador, y no es necesaria su presencia en el acto para alegar lo que sea conveniente a su parecer¹⁰⁵. La elevación del acuerdo de mediación a escritura pública será considerada como instrumento público, de acuerdo a lo establecido en el artículo 144 2º del Reglamento del Notariado¹⁰⁶. Para poder elevar el acuerdo habrá de estar a lo establecido en el artículo 176 del reglamento, en lo que se refiere al control del contenido del acuerdo, cuya atención recaerá en la declaración de voluntad sobre lo convenido sobre las partes.

Si al intentar elevar la escritura pública se deniega por encontrar en su verificación contenido contrario a Derecho, el acuerdo pasaría a ser ilícito, por lo que el control del notario impedirá dar eficacia jurídico-pública al acuerdo¹⁰⁷.

3.4- Valor del acuerdo de mediación homologado judicialmente

La regulación de la homologación judicial del acuerdo de mediación se encuentra en los artículos 25 y 26 LMed y las normas de la LEC al respecto de esta lid, en especial el artículo 517.2 3º LEC. Para obtener este título ejecutivo ha de iniciar el mecanismo a instancia de parte, pero ello es dispositivo, pues podrían ir las partes en un momento posterior a la notaría. No obstante, antes de renunciar a la homologación resulta conveniente para las partes saber que por esta vía, a diferencia de lo que ocurre con la elevación a escritura pública, es necesaria únicamente el consentimiento de una parte¹⁰⁸.

En dicha homologación, se procederá a llevarse a cabo un control del juez sobre la legalidad del acuerdo de mediación (artículo 25.4 LM) pero ello lo hará sin entrar en

¹⁰⁵ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: El contrato de mediación y el...op.cit. pág. 153

¹⁰⁶ Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.
Artículo 144.

Conforme al artículo 17 de la Ley del Notariado son instrumentos públicos las escrituras públicas, las pólizas intervenidas, las actas, y, en general, todo documento que autorice el notario, bien sea original, en certificado, copia o testimonio.

Las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases.

Las pólizas intervenidas tienen como contenido exclusivo los actos y contratos de carácter mercantil y financiero que sean propios del tráfico habitual y ordinario de al menos uno de sus otorgantes, quedando excluidos de su ámbito los demás actos y negocios jurídicos, y en cualquier caso todos los que tengan objeto inmobiliario; todo ello sin perjuicio, desde luego, de aquellos casos en que la Ley establezca esta forma documental (...)

¹⁰⁷ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: El contrato de mediación y el...op.cit. pág. 255

¹⁰⁸ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: El contrato de mediación y el...op.cit. pág. 256

el fondo del asunto. Sobre este punto, hay que tener en cuenta la naturaleza de la transacción dada por la jurisprudencia; así a modo de ejemplo podemos destacar que dicho negocio jurídico “sustituye los derechos y obligaciones que subyacen relacionado con el conflicto, pudiendo suponer una excepción procesal para iniciar un proceso en el que se trate la misma materia que se transige. Eso sí, ello no obsta a que no se pueda impugnar dicha transacción, de lo que, de resultar anulada, puede ignorarse, reanudando la relación jurídica sobre la que se aplicaba su efecto excluyente”¹⁰⁹ Sobre ello, podemos entender que en el caso de que se impugne el acuerdo de mediación, habrá de ser el objeto del asunto la validez del mismo, y no aquello en lo que se haya acordado con base en la mediación.

Por otra parte, la homologación presenta un carácter dual, uno referido a su contenido y otro respecto al continente¹¹⁰:

- De un lado, tenemos la faceta sustantiva del asunto, esta es, aquello que versa sobre lo relacionado con el acuerdo de mediación y lo pactado dentro de su clausulado.
- Del otro, el carácter ejecutivo, entendido como el acto que pone fin al proceso que se inició por la vía judicial y que finaliza en la misma sede pero por medio de una alternativa autocompositiva, siendo conscientes de que la homologación es propia de aquellos acuerdos de mediación intraprocesal. Así, una vez superado dicho trámite, con el título ejecutivo contaremos con la acción ejecutiva propia de laudos y sentencias con un plazo de caducidad de 5 años.

Los requisitos y aspectos a tener en cuenta los tenemos en el artículo 415.1 LEC, aunque el artículo se refiera al intento de conciliación o transacción, el sobreesimiento por desistimiento bilateral homologación y eficacia del acuerdo, es asimilable al caso de la mediación, examinando en este caso el tribunal lo relacionado con la capacidad y representación, así como el poder de disposición de las partes.

El auto judicial de homologación

El auto será la resolución que utilizará el juez para transformar el acuerdo de mediación en título ejecutivo, cuya regulación se encuentra en el artículo 206.1. 2º LEC¹¹¹. Una vez se posea, como ya se ha indicado, las partes dispondrán de la acción ejecutiva (artículo 517.2.3º LEC) pero no se podrá ejecutar hasta, al menos,

¹⁰⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, de 15 de junio de 2012 (JUR 2012, 141089)

¹¹⁰ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: El contrato de mediación y el...op.cit. pág. 257

¹¹¹ Artículo 206. Clases de resoluciones.

(...) 2.ª Se dictarán autos cuando se decidan recursos contra providencias o decretos, cuando se resuelva sobre admisión o inadmisión de demanda, reconvención, acumulación de acciones, admisión o inadmisión de la prueba, aprobación judicial de transacciones, acuerdos de mediación y convenios, medidas cautelares y nulidad o validez de las actuaciones.

También revestirán la forma de auto las resoluciones que versen sobre presupuestos procesales, anotaciones e inscripciones registrales y cuestiones incidentales, tengan o no señalada en esta Ley tramitación especial, siempre que en tales casos la ley exigiera decisión del Tribunal, así como las que pongan fin a las actuaciones de una instancia o recurso antes de que concluya su tramitación ordinaria, salvo que, respecto de estas últimas, la ley hubiera dispuesto que deban finalizar por decreto.

transcurridos 20 días desde la resolución homologadora. Dicha resolución será considerada documento público, como bien indica el primer punto del artículo 317 LEC con calidad probatoria¹¹² y el artículo 1216 CC¹¹³. Ello supone que será un título inscribible en el Registro de la Propiedad si afecta a un bien inscribible, así lo establece el artículo 3 de la Ley Hipotecaria¹¹⁴, aunque se haya venido refiriendo tradicionalmente a la transacción, pues la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado del 5 de mayo de 2003 aclaró que se puede asimilar al acuerdo de mediación. No obstante, hay que tener en cuenta que se efectuará una devolución del 60 por ciento del importe de la cuota de la tasa, que en ningún caso dará lugar al devengo de intereses de demora, cuando, en cualquiera de los procesos cuya iniciación dé lugar al devengo de este tributo, tenga lugar el allanamiento total o se alcance un acuerdo que ponga fin al litigio (art. 8.5 Ley 10/2012).

Por otro lado, en cuanto a la recurribilidad del auto de homologación, el artículo 415.2 LEC nos indica que las causas impugnatorias del auto homologado son las mismas que aquellas propias de la transacción judicial. Sin embargo, existe un vacío legal de causas y formas de impugnación, por lo que no podemos encontrar una disposición que nos indique qué recurso es el correcto para estos casos, lo que ha provocado una controversia sobre este asunto en la doctrina¹¹⁵.

Algunos autores consideran el recurso de apelación el adecuado para el supuesto de falta de cláusulas acordadas en el auto, como opina BANACLOCHE PALAO¹¹⁶. Sin embargo ya hay muestra de jurisprudencia que descarta dicha posibilidad como el Auto de la Audiencia Provincial de Murcia de 2 de enero de 2007, al menos en el caso de transacción que resolvía¹¹⁷.

¿Sería correcto el medio de rescisión de sentencias firmes, este es, la revisión? Una parte de la Doctrina afirma que no hay posibilidad, puesto que hay un control de legalidad del juez y que se constituye en documento ejecutivo. Para ellos sólo sería posible por los motivos que expone el artículo 510 LEC, esto son:

1.º Si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.

¹¹² Artículo 317. Clases de documentos públicos.

A efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos:

1.º Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los Secretarios Judiciales. (...)

¹¹³ Artículo 1216.

Son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley.

¹¹⁴ Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

¹¹⁵ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: El contrato de mediación y el...op.cit. pág. 262

¹¹⁶ OLIVA SANTOS Y OTROS.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Civitas, Madrid, 2001, pág. 699

¹¹⁷ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: El contrato de mediación y el...op.cit. pág. 263

2.º Si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad declarare después penalmente.

3.º Si hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.

4.º Si se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta.

Por otra parte, gran parte de la doctrina y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo creen que no procede la revisión porque precisamente el artículo habla exclusivamente de “sentencia firme” y no autos. Sobre esta postura, un tercer sector considera que podemos pedir la revisión siempre que decidan de forma definitiva el proceso, y en favor de ello, se hace una interpretación sistemática de sentencia firme al entender que en el artículo 207 LEC habla de “resoluciones firmes”¹¹⁸

¿Sería una opción la acción de nulidad? El artículo 23.4 LM dice que “contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos”. No obstante, en el artículo no se hace referencia al plazo de ejercicio para dicha acción, a diferencia de lo que estipulaba el artículo 24 del Proyecto de Ley de 2011 en sus apartados 4, 5 y 6¹¹⁹, por lo que es necesario acudir al plazo general del derecho sustantivo¹²⁰. Si tomamos como referencia la asimilación del

¹¹⁸ Artículo 207. Resoluciones definitivas. Resoluciones firmes. Cosa juzgada formal.

1. Son resoluciones definitivas las que ponen fin a la primera instancia y las que decidan los recursos interpuestos frente a ellas.

2. Son resoluciones firmes aquéllas contra las que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado.

3. Las resoluciones firmes pasan en autoridad de cosa juzgada y el tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ellas.

4. Transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada, debiendo el tribunal del proceso en que recaiga estar en todo caso a lo dispuesto en ella.

¹¹⁹ Artículo 24

(...) 4. El acuerdo de mediación produce efectos de cosa juzgada para las partes y frente a él sólo podrá solicitarse la anulación.

La acción de anulación caducará a los treinta días naturales a contar desde el día siguiente a la firma del acuerdo de mediación y sólo podrá fundarse en la infracción de los requisitos previstos en los apartados 1, 2 y 3 de este artículo.

Para el conocimiento de la acción de anulación del acuerdo de mediación será competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o residencia del demandado o de cualquiera de ellos, si fueren varios, y se sustanciará por los cauces del juicio verbal regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

5. Se podrá solicitar la revisión de los acuerdos de mediación conforme a los supuestos y procedimiento establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes.

6. Si despachada ejecución se interpusiera y admitiera la demanda de acción de anulación o de revisión, se podrán hacer uso de los trámites de suspensión, sobreseimiento y reanudación de la ejecución previstos en el artículo 566 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹²⁰ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: El contrato de mediación y el...op.cit. pág. 267

contrato de transacción, podemos encontrar referencias jurisprudenciales que admitan el recurso de invalidez (Auto del Tribunal Supremo, del 25 de julio de 2001).

Ahora bien, será difícil que el mismo prospere si tenemos en cuenta que el acuerdo de mediación homologado se trata de un documento público lo que significa que este hace prueba frente a terceros (1218 CC y 317 y ss LEC), que resulta evidente la apariencia de validez y legalidad además de que tiene de por sí carácter ejecutivo¹²¹.

¹²¹ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: El contrato de mediación y el...op.cit. pág. 269

BLOQUE IV- FASE EJECUTIVA DE LOS ACUERDOS DE MEDIACIÓN

Es cierto que la mediación es un método de resolución de conflictos que busca el consenso y la buena relación de las partes para, a partir de ella, construir una solución, con el fin de que la misma tenga mayores posibilidades de cumplimiento. No obstante, es necesario para los intervinientes conocer que los acuerdos resultantes aspiran a obtener mayor eficacia al contar con la posibilidad de otorgarles un carácter ejecutivo. Esta idea, plasmada, entre otros textos comunitarios¹²², en el artículo 6¹²³ de la Directiva 52/2008/CE, es desarrollada legislativamente en el último apartado del articulado, el Título V de la Ley 5/2012, denominado “Ejecución de los acuerdos”.

Dicho apartado se compone de tres artículos: el artículo 25, que habla de la “formalización del título ejecutivo”; el artículo 26 del “tribunal competente para la ejecución de los acuerdos de mediación”; por último, el artículo 27, que trata la “ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos”. Sobre esta concreta materia no encontramos más legislación específica, por lo que deberemos recurrir a la normativa procesal nuevamente para atender a las cuestiones no contempladas en la Ley 5/2012. Para ser más exactos, nos referiremos a los artículos 538 y siguientes de la LEC, es decir, el Título III en adelante, “De la ejecución: disposiciones generales”.

1- Competencia

En el caso de la mediación extrajudicial, el artículo 26.1 LMed asigna la competencia al Juzgado de Primera Instancia del lugar en la que se firmó el acuerdo de mediación. Obsérvese que no hablamos del lugar de la firma de elevación de la escritura pública, que es el acto por el que dicho documento adopta un carácter ejecutivo. Sobre tal asignación, hay que tener en cuenta que el artículo 23. 1 LMed dispone cuál ha de ser el contenido de dicho acuerdo, en especial el lugar y la fecha de suscripción. Ante

¹²² Recordemos que en un primer momento el Libro Verde de 2002 mostraba una gran preocupación por la vinculación que habría de darle los Estados Miembros a los acuerdos de mediación alcanzados por las partes.

¹²³ *Artículo 6. Carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación*

1. 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.

2. 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.

3. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes para recibir una solicitud de conformidad con los apartados 1 y 2.

4. Lo dispuesto en el presente artículo no afectará a las normas aplicables al reconocimiento y a la ejecución en otro Estado miembro de un acuerdo que haya adquirido carácter ejecutivo de conformidad con el apartado 1.

esto, surge la duda de a qué atenernos en los casos en que la mediación fuera on-line (artículo 24.2 LMed) o la misma se llevara a cabo en diferentes lugares¹²⁴. El artículo 19. 1 g) LMed nos dice que es en la sesión constitutiva donde se determina el lugar de celebración así como la lengua por la que se desarrollará el procedimiento. No obstante, en la disposición no se hace mención a este aspecto, ni tampoco es posible deducir por ella que el lugar del acuerdo de mediación haya de ser el mismo donde va a acontecer la mediación. En cuanto a aquella que se desempeña a distancia, estipulada en el artículo 24.1 LMed, podemos acudir al artículo 1262 CC y al artículo 54 CCom (modificados por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico) para saber que el contrato se presume celebrado en el lugar que se hace la oferta¹²⁵.

Por otra parte, en lo que concierne a la mediación intrajudicial, el artículo 26.1º LMed dispone que la ejecución de los acuerdos resultado de una mediación iniciada estando en curso un proceso se instará ante el tribunal que homologó el acuerdo. Sobre esto, podemos afirmar que el recurso de la mediación puede utilizarse durante todo el proceso y no solo sobre la primera instancia. Así, será perfectamente integrable en sede de recurso e incluso en la propia fase de ejecución, como nos indica el artículo 19 LMed. Ahora bien, cabe preguntarse ¿quién es el competente en el caso que el acuerdo de mediación haya sido homologado por un órgano posterior a la primera instancia como consecuencia de una mediación en este momento procesal?¹²⁶ Podría ser el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde se ha firmado el acuerdo según la LEC, o bien el tribunal de apelación o del recurso de que se trate si contamos con lo indicado por el artículo 26.1º LMed. Según MARTA GISBERT, parece un error del legislador, pues la competencia funcional de la ejecución de resoluciones procesales corresponde al Juzgado de Primera Instancia.

Sobre el segundo apartado del artículo 26, vemos que se sigue lo dispuesto en el artículo 545.2 LEC. Se trata de una norma simplificadora, ya que disipa la duda de si calificar los acuerdos de mediación como “transacciones y acuerdos judicialmente aprobados u homologados”, cuya sede está en el artículo 542. 1 LEC, o si entenderlos de un modo distinto, como efectivamente es el caso¹²⁷. Si bien, puede entenderse que el 545.1 LEC alude al título ejecutivo que es el acuerdo de mediación homologado judicialmente, mientras que el art. 545.2 LEC alude al título ejecutivo que es el acuerdo de mediación elevado a escritura pública.

2- Procedimiento ejecutivo: cuestiones de interés

Como hemos indicado ya, la Ley 5/2012 sólo dispone de tres artículos referidos exclusivamente a la ejecución de los acuerdos. Es por ello que, para poder contar con

¹²⁴ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: El contrato de mediación....op. cit pág 271

¹²⁵ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: El contrato de mediación....op. cit. pág 272

¹²⁶ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: El contrato de mediación....op. cit. pág 273

¹²⁷ DÍAZ LAMONEDA, F.; MARÍN HITA, L. Y OTROS: *Ley 5/2012, de 6 de julio. Comentarios a la ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. ePraxia, Sevilla, 2013. Pág 174.

mayor concreción en aspectos más singulares que atañen a la fase de ejecución, tenemos que dirigimos a las previsiones legales que han incluido a la mediación dentro de su ámbito o con aquellas que, mediante una adecuada interpretación, pueden ser aplicables a la misma. Es por ello que en este apartado, con el fin de atender cuestiones del procedimiento ejecutivo, la materia tocante irá acompañada *grosso modo* a la legislación procesal.

2.1- Naturaleza del título ejecutivo

La manera de entender los títulos ejecutivos en la anterior LEC era diferente al criterio clasificatorio de la actual. Antes, la ley distinguía entre juicios ejecutivos y ejecución de sentencias. Con la presente LEC, nos encontramos con un mismo ejecutivo pero hay ciertas distinciones entre los títulos judiciales y los títulos extrajudiciales¹²⁸, como la posibilidad de oposición, el ámbito en el que se aplica, además del sistema de plazos. Sentada esta premisa, ¿qué naturaleza podríamos asignar a los títulos ejecutivos que se crean a partir de acuerdos de mediación?

El conjunto del articulado de la ley procesal nos da a entender que se le atribuyen un carácter jurisdiccional. A modo de ejemplo, podemos mencionar dentro de la LEC el artículo 518 (de la Caducidad de la acción ejecutiva fundada en sentencia judicial, o resolución arbitral, o *acuerdo de mediación*); el artículo 548 (Plazo de espera de la ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o *de acuerdos de mediación*); el artículo 556 (Oposición a la ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o *de los acuerdos de mediación*); artículo 580 (casos en los que no procede el requerimiento de pago)¹²⁹.

El hecho de que se sitúe el acuerdo de mediación en un mismo nivel que el laudo arbitral o una sentencia puede resultar cuestionable, pues, de la manera que ya se expuso en el Bloque I respecto a la declinatoria, hay aspectos entre la mediación y los otros medios de resolución de conflictos que no pueden tratarse de la misma forma porque comprenden características dispares. Ahora bien, resulta curioso cómo, a través de la homologación judicial entendida como una modalidad de conversión a título ejecutivo, resultará una resolución judicial que, por el hecho de su ser, tendrá ciertas matizaciones respecto a la escritura pública, pero de ello hablaremos más adelante.

Una vez considerado esto, podemos entender que no serán asignados a los títulos ejecutivos cuyo contenido sea un acuerdo de mediación los requisitos propios de los extrajudiciales, que se encuentra en el artículo 520 LEC¹³⁰. Como vemos, en este artículo no se le ha atribuido la coletilla de *o acuerdos de mediación*, a diferencia de los ejemplos de más arriba. En suma, el artículo hace referencia a los ordinales cuarto,

¹²⁸ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: El contrato de mediación.... op. cit. pág 274

¹²⁹ Artículo 580. Casos en que no procede el requerimiento de pago.

Quando el título ejecutivo consista en resoluciones del secretario judicial, resoluciones judiciales o arbitrales o que aprueben transacciones o convenios alcanzados dentro del proceso, o acuerdos de mediación, que obliguen a entregar cantidades determinadas de dinero, no será necesario requerir de pago al ejecutado para proceder al embargo de sus bienes.

¹³⁰ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: El contrato de mediación.... op. cit, pág 277

quinto, sexto y séptimo¹³¹ del segundo apartado del artículo 517 LEC, que designa a un listado de diferentes títulos ejecutivos en los que no se encuadran el acuerdo de mediación, cuya designación cabe en los ordinales segundo y tercero¹³², por lo que ello constituye un obstáculo más para su adecuación.

2.2- Ejecución provisional

La ejecución provisional se regula en los artículos 524 y siguientes de la LEC. En estos artículos se habla de que el título ejecutivo que la posibilita serán las sentencias, no dando cabida de manera explícita a otras formas previstas en el artículo 517 LEC. Aún si la fórmula fuera abierta, esta figura está pensada para resoluciones que no tengan carácter firme, algo de lo que dispone el acuerdo de mediación en un sentido amplio, ya que de su legislación se puede deducir si tenemos en cuenta que no puede ser revisado por posteriores instancias salvo casos excepcionales, aunque es cierto que el término es propio de resoluciones judiciales. En este contexto, debemos tener presente que el artículo 23.4 LMed asigna a los acuerdos de mediación el sistema de impugnación propia de los contratos (nulidad), pero ello no parece tratarse de un recurso, por lo que podemos asegurar desde esta perspectiva su firmeza¹³³. No obstante, si se alcanzara un acuerdo posterior, podría dejarse sin efecto el previo, luego la firmeza en este supuesto resultaría quebrada. Así, hablaríamos de que poseería la firmeza propia de un contrato cuyo contenido y vigencia puede ser modificado por otro posterior. Esto es fácil de apreciar en el caso de los acuerdos que no se han convertido en título ejecutivo.

2.3- Los intereses de mora procesal

La regulación de los intereses de mora procesal la encontramos en el artículo 576 LEC. El devengo de este interés se origina desde que fuere dictada en primera instancia una resolución a favor de un acreedor, y su cálculo se realizará con un interés legal al que se le suma dos puntos porcentuales. El apartado 3 de dicha disposición

¹³¹ Artículo 517 (...) 4.º Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia ; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes.

5.º Las pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes y por corredor de comercio colegiado que las intervenga, con tal que se acompañe certificación en la que dicho corredor acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de éstos.

6.º Los títulos al portador o nominativos, legítimamente emitidos, que representen obligaciones vencidas y los cupones, también vencidos, de dichos títulos, siempre que los cupones confronten con los títulos y éstos, en todo caso, con los libros talonarios. (...)

7.º Los certificados no caducados expedidos por las entidades encargadas de los registros contables respecto de los valores representados mediante anotaciones en cuenta a los que se refiere la Ley del Mercado de Valores, siempre que se acompañe copia de la escritura pública de representación de los valores o, en su caso, de la emisión, cuando tal escritura sea necesaria, conforme a la legislación vigente.

¹³² 2.º Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

3.º Las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, acompañadas, si fuere necesario para constancia de su concreto contenido, de los correspondientes testimonios de las actuaciones.

¹³³ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: El contrato de mediación....op. cit. pág 281

extiende su ámbito a todo tipo de resoluciones judiciales, laudos arbitrales y acuerdos de mediación. El fundamento de estos intereses reside tanto en la reparación del daño derivado del incumplimiento de la obligación de pago correspondiente como en la disuasión a las maniobras que pretendan retardar la ejecución¹³⁴. Así, en caso de condena, sea judicial o arbitral, se penalizará con unos intereses con base en un fallo condenatorio fundado propio de las resoluciones judiciales, alejado del modo de operar si el título ejecutivo contiene una estipulación contractual, al que se le asigna la mora contractual o, en defecto de esta, la mora legal (artículo 1108 CC). A pesar de haber asimilado el acuerdo de mediación a las resoluciones judiciales, se compatibiliza en este punto mucho más con los títulos ejecutivos extrajudiciales. Es por ello que el hecho de que se sancione al deudor por una demora previsiblemente superior a la contractual cuando el fundamento de la ejecución tiene dicha naturaleza parece totalmente excesivo e injustificado.

Por otro lado, la nueva redacción del artículo 576.3 LEC plantea un problema: en ella no se ha señalado el momento desde el que el devengo de los intereses comienzan a surtir efecto. Una interpretación libre sería la de que fuera la propia el vencimiento del plazo contractual para efectuar el cumplimiento de la prestación dineraria. No obstante, ello supondría igualar el devengo del interés contractual (o legal, en su defecto) al propio del interés procesal, lo que no resulta adecuado. Es por ello que la mora procesal parece no ajustarse a la configuración que posee el acuerdo pues, además, parece que aquella va aparejada a una condena, supuesto que no tiene lugar si la finalización de una controversia es convencional.

2.4- El plazo de espera del artículo 548 LEC

El artículo establece un plazo en el que no se despachará ejecución, en este caso, del título ejecutivo en que se recoja el acuerdo de mediación. Dicho plazo será de 20 días, y este comportará así un óbice de procedibilidad, de tal manera que si se cumple el plazo, pero el ejecutado ha llevado a cabo la prestación en el periodo comprendido entre la adopción del título ejecutivo y la fecha de la interposición de la demanda ejecutiva, aquel podrá oponerse. Ahora bien, si el juez competente despachara sin atender al plazo, es decir, antes de que este se hubiera agotado, el ejecutado podría poner término al proceso por carencia sobrevenida de objeto, puesto que no puede hacerse ejecutar aquello que ya se ha cumplido. No obstante, el proceso no acaba hasta que se pagan las costas, por lo que esta vía no parece la más adecuada¹³⁵. Quizás la más correcta sería oponerse a la ejecución vía artículo 559.1.3º LEC, en la que se trata de la nulidad de despacho de ejecución.

Por otra parte, cabe preguntarse cómo ha de proceder el tribunal si la obligación no fuera exigible a los 20 días. El órgano jurisdiccional habrá de verificar el cumplimiento del plazo o término determinante para considerar la parte de la prestación que se pretende ejecutar como exigible.

¹³⁴ BONET NAVARRO, A. (...) *Proceso civil y mediación...* op.cit. pág 255

¹³⁵ BONET NAVARRO, A. (...) *Proceso civil y mediación...* op.cit. pág 294

2.5- El requerimiento de pago previo al embargo

El artículo 580 LEC indica en qué casos no procede el requerimiento de pago, indicando en la disposición que bajo esta categoría se encuentran las resoluciones del letrado de la administración de justicia, judiciales, arbitrales o aquellas que aprueben transacciones o convenios alcanzados del proceso, o acuerdos de mediación. La liberación del requerimiento de pago previo al embargo tiene su fundamento en que se supone que el deudor tiene conocimiento de la intención del acreedor en el despacho de la ejecución¹³⁶.

Esta liberación parece inadecuada en la medida en que está puesto de manifiesto que el acuerdo de mediación tiene proximidad con las sentencias o con los títulos similares que contiene orden de cumplimiento tras un proceso declarativo. Con base en el fundamento de la figura del artículo 580 LEC, hubiera sido conveniente que se hubiera exigido el requerimiento para el caso de ejecuciones dinerarias derivada de un título ejecutivo que contuviera el acuerdo de mediación.

2.6- Caducidad de la acción ejecutiva

La Disposición final segunda de la Ley 5/2012 modifica el artículo 518 LEC el cual dispone que “la acción ejecutiva fundada en el acuerdo de mediación caducará si no se interpone la correspondiente demanda dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución”. Resulta inevitable comentar en primer lugar que la técnica legislativa de este precepto resulta algo deficiente al utilizar sólo el término de “la firmeza de la sentencia o resolución”.

Y es que, en cuanto al acuerdo homologado judicialmente se adapta bien esta norma, pero no así lo hace si nos referimos a la escritura pública, a pesar de que pudiera interpretarse que tiene firmeza en el sentido expuesto en la “Ejecución provisional”. Así, en el caso de la escritura pública, ¿cuál será el *dies a quo*?, dado que el acuerdo alcanzado adquiere fuerza ejecutiva con la intervención del notario en el momento en el queda el documento elevado, podremos deducir que será el siguiente día a su otorgamiento. Ahora bien, en el caso de que las prestaciones contenidas en el título ejecutivo fuesen de tracto sucesivo o de carácter futuro, debe entenderse que el plazo de caducidad empezaría a correr desde que se produjera el incumplimiento del obligado en tanto aquel fuera exigible. De esa misma manera, en el caso de obligaciones de no hacer, el plazo comenzaría a correr desde que el obligado realizara cualquier acto que trasgreda la abstención a la que se ha comprometido en el acuerdo.

3- Conflicto transfronterizo en la mediación

A raíz de encontrarnos en un mundo cada vez más globalizado, y de adoptar una vida cada vez más ecuménica, el Derecho Privado Internacional ha ido adquiriendo cada vez más importancia en el ordenamiento jurídico tanto nacional como en el de Derecho Comparado. En el asunto que nos ocupa, la mediación también ha de ser tenida en cuenta a la hora de poder ejecutar sus acuerdos en un ámbito más allá de nuestras

¹³⁶ BONET NAVARRO, A. (...) *Proceso civil y mediación...* op.cit. pág 296

fronteras y que los acuerdos foráneos puedan tener efecto en nuestro territorio. A su vez, existe una progresiva complejidad de este tipo de conflictos causada tanto por la incesante normativa que se pone en vigor en los diferentes Estados como por los costes que de este se derivan, amén de las barreras lingüísticas que dificulta estas situaciones habitualmente.

La regulación de los conflictos transfronterizos en la mediación está ubicada en la Ley de Mediación de Asuntos Civiles y Mercantiles. Más concretamente, el artículo 3, cuya función es definir qué es un conflicto transfronterizo y qué es el domicilio en el ámbito comunitario, y el artículo 27, se encarga de la ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos. Dicho articulado proviene de la mano de la Directiva 2008/52/CE, en la que se insiste que la mediación no puede ser una ADR de segunda clase, teniendo que dotar a sus acuerdos de gran eficacia, por muy voluntario que pueda llegar a ser tanto el procedimiento como el cumplimiento de su avenencia¹³⁷.

3.1- Conflicto transfronterizo: concepto

A tenor de lo expuesto en el artículo 2.1 y 2.2 de la Directiva 2008/52/CE¹³⁸, se conceptualiza en el artículo 3 LMed el conflicto transfronterizo, aunque en este se habla de Estados distintos, por lo que iría más allá del ámbito comunitario. Así, para esta legislación se da en dos supuestos:

- Cuando al menos una de las partes está domiciliada o resida habitualmente en un Estado distinto a aquel en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas. Los intervinientes tendrán que haber acordado hacer uso de la mediación, o bien tendrá que serles preceptivo acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable.
- De forma independiente al lugar en el que se haya realizado, cuando, en consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o algunas de sus consecuencias se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto.

De esta manera, se atiende a dos supuestos diferentes en los que se toma en consideración en primer lugar, la presencia física de las partes en Estados diferentes,

¹³⁷ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: El contrato de mediación....op. cit. pág 284

¹³⁸ Artículo 2: Litigios transfronterizos

1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por litigio transfronterizo aquel en que al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado miembro de cualquiera de las otras partes en la fecha en que:

a) las partes acuerden hacer uso de la mediación una vez surgido el litigio, o

b) un tribunal dicte la mediación,

c) sea obligatorio recurrir a la mediación a tenor de la legislación nacional, o

d) a efectos del artículo 5, se remita una invitación a las partes.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, a efectos de los artículos 7 y 8 de la presente Directiva, también se entenderá por litigio transfronterizo aquel en el que se inicie un procedimiento judicial o un arbitraje tras la mediación entre las partes en un Estado miembro distinto de aquel en que las partes estén domiciliadas o residan habitualmente en la fecha que contempla el apartado 1, letras a), b) o c).

sean miembros o no de la Unión Europea, y por último, se pone el foco en las circunstancias que rodean al conflicto.

Por otra parte, el apartado 2º del artículo 3 LMed nos indica qué ha de entenderse por domicilio y para ello se remite, al igual que el artículo 2.3 de la Directiva 2008/52/CE, a los artículos 59 (para el caso de las personas físicas) y 60 (para el caso de las personas jurídicas) del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹³⁹.

3.2- Tipología de acuerdos transfronterizos

Entrando de nuevo en el ámbito ejecutivo, en primer lugar podemos marcar la condición excluyente que señala el artículo 27.3 LMed en el que se indica que no será ejecutado aquel acuerdo contra el orden público español. Este es un concepto jurídico indeterminado y amplio que se refiere a veces al concepto de seguridad, otras al propio concepto de orden, o incluso a la protección sanitaria. El artículo 12.3 CC indica que no se aplicará la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público. De esto modo, podríamos decir que incluye aquellas normas de interés público que no pueden ser derogadas por las partes y por ello escapan a su libre disposición. Existe un interés general de la sociedad y del Estado que supedita el interés particular o limita la autonomía de las partes porque protege ciertas instituciones que tienen una elevada importancia para el mantenimiento de la seguridad jurídica que promueve un determinado ordenamiento¹⁴⁰. Así, el artículo 27.3 LMed sirve como un primer filtro en el que los acuerdos a los que se refiere se quedarán sin eficacia ejecutiva.

Acuerdos que deben de ser ejecutados fuera de España

Para este supuesto, debemos atender al artículo 25.3 LMed, el cual exigen tanto la elevación de dicho acuerdo a escritura pública como el cumplimiento de los requisitos propios del otro país¹⁴¹. Sobre esto, resulta curioso cómo España pretende establecer los requisitos que han de cumplirse en un diferente ordenamiento jurídico. Para mayor concreción, podemos abarcar para este apartado dos categorías:

¹³⁹ Artículo 59

1. Para determinar si una parte está domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conocieren del asunto, el tribunal aplicará su ley interna.

2. Cuando una parte no estuviere domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conocieren del asunto, el tribunal, para determinar si dicha parte lo está en otro Estado miembro, aplicará la ley de dicho Estado miembro.

Artículo 60

1. A efectos del presente Reglamento, se entenderá que una sociedad u otra persona jurídica está domiciliada en el lugar en que se encuentre:

a) su sede estatutaria;

b) su administración central;

c) su centro de actividad principal.(...)

¹⁴⁰ DÍAZ LAMONEDA Y OTROS: *Ley 5/2012, de 6 de julio. Comentarios...*op.cit. Pág 181

¹⁴¹ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: *El contrato de mediación...*op. cit. pág 286

- Los acuerdos que deben ejecutarse en otro Estado miembro, a lo que habrá de atender a la normativa comunitaria para conocer cuáles son los requisitos de tener un acuerdo ejecutable.
- Los acuerdos que deban ejecutarse fuera de la Unión Europea. Puesto que será de interés que otros Estados extracomunitarios puedan ejecutar acuerdos adoptados en España, es necesario para este supuesto que atendamos al régimen convencional en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras con el país correspondiente¹⁴², de acuerdo al principio de cooperación jurídica internacional que marca el artículo 523 LEC¹⁴³. Si no hay ningún tratado internacional ni texto convencional, tendremos que recurrir a la norma interna del país en cuestión.

Acuerdos que deben ser ejecutados en España

En este apartado, cuya regulación se sitúa en el artículo 27 LMed, nos encontramos con dos posibilidades:

- Que el acuerdo de mediación extranjero tenga fuerza ejecutiva en el país que se acordó. En este sentido, el artículo 27.1 LMed nos dice que, sin perjuicio de lo que dispongan la normativa de la Unión Europea y los convenios internacionales vigentes en España, un acuerdo de mediación que ya hubiera adquirido fuerza ejecutiva en otro Estado sólo podrá ser ejecutado en España cuando tal fuerza derive de la intervención de una autoridad competente que desarrolle las funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas.¹⁴⁴
- En el caso en que el acuerdo de mediación extranjero no fuera ejecutable en el país en el que se acordó, el artículo 27.2 LMed dispone que sólo podrá ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás.

Sobre esta tipología tenemos que hacer ciertas precisiones. En primer lugar, y como ya se ha mencionado antes, en el caso de que los acuerdos fueran entre Estados miembros de la Unión Europea, la normativa comunitaria a tener en cuenta sería el Reglamento 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; Reglamento (CE) No 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados; Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia; Reglamento (CE) nº 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos

¹⁴² A modo de ejemplo: Convenio de La Haya el 5 de octubre de 1961; Convenio de Lugano de 15 de octubre de 2007; Convenio de Cooperación Judicial, en materia civil, mercantil y administrativa entre el reino de España y el Reino de Marruecos, de 30 de mayo de 1997.

¹⁴³ DÍAZ LAMONEDA Y OTROS: *Ley 5/2012, de 6 de julio. Comentarios...op.cit.* Pág 180

¹⁴⁴ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: *El contrato de mediación....op. cit.* pág 287

judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo¹⁴⁵. En caso de que el otro país no sea comunitario, habrá que atenerse al correspondiente tratado internacional. En defecto de este, la legislación aplicable concreta sería el artículo 27 LMed.

En cuanto a la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación extranjero, podemos decir que en la intervención del notario se ejercerá un control de legalidad propio del artículo 24.1 LMed¹⁴⁶, pensado para hacer ejecutivos por vía electrónica los acuerdos internos. Ello nos hace preguntar, ¿qué alcance tiene dicha disposición?¹⁴⁷ En este punto, podemos hablar de dos cuestiones: el respeto a las normas propias del procedimiento que ha tenido que seguir dicho acuerdo de mediación para ser constituido como tal y, por otro lado, el control de fondo sobre el mismo, sobre el que prima que aquel no sea contrario a derecho, ampliándolo no sólo a los supuestos en el que las actuaciones se desarrollen por medios electrónicos, sino a un criterio general.

- En cuanto al procedimiento, habrá de tener en cuenta aquellas normas previstas en la legislación del país de donde provenga el acuerdo de mediación. Así, se habrá de acreditar cuál es la legislación aplicable a este, además de comprobar el cumplimiento de dicha normativa.
- En cuanto al control de fondo, será necesario observar por parte del notario, en primer lugar, la acreditación de la ley aplicable al acuerdo de mediación, y en segundo, si es contrario o no al orden público¹⁴⁸.

4- El ejercicio de la acción ejecutiva

La acción ejecutiva será el medio procesal por el cual el acreedor o reclamante de una determinada prestación recogida en un acuerdo de mediación apela la falta de cumplimiento del deudor u obligado a lo pactado en un título ejecutivo, solicitando que aquella se lleve a cabo. De esta manera, el acreedor ejecutante verá satisfecho a través de mecanismos jurisdiccionales el derecho que obtuvo sometiéndose al procedimiento marcado por la Ley 5/2012. A pesar de que ya adelantamos algunos aspectos que influyen de manera importante en el proceso de ejecución por conveniencia expositiva, en este apartado nos centramos en todo aquello relacionado con la acción propiamente dicha, así como en los requisitos que ha de disponer para que se consiga el despacho de ejecución.

¹⁴⁵ DÍAZ LAMONEDA Y OTROS: *Ley 5/2012, de 6 de julio. Comentarios...op.cit.* pág 181

¹⁴⁶ Artículo 24. Actuaciones desarrolladas por medios electrónicos.

1. Las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en esta Ley. (...)

¹⁴⁷ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: *El contrato de mediación...op. cit.* pág 288

¹⁴⁸ DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: *El contrato de mediación...op. cit.* pág 289

4.1- Representación y defensa

Obviando lo relacionado con el órgano competente al que se ha de recurrir para interponer la acción ejecutiva (ver apartado “Competencia”), la representación y defensa de las partes de cara a ese procedimiento ejecutivo ha de atender tanto a la regla general marcada por el artículo 539.1.1º LEC, como a la regla especial del tercer ordinal del mismo artículo. Así podemos indicar en este aspecto que sólo si la cuantía del asunto fuera mayor a dos mil euros será necesaria la intervención del abogado y el procurador¹⁴⁹. Por otro lado, tenemos las normas relativas a la representación y defensa en determinados procesos en las que los litigantes podrán comparecer por sí mismos, como podemos ver en el artículo 23.2.1º LEC (respecto a la representación) y el artículo 31.2. 1º LEC (respecto a la defensa), tratándose del caso de juicios verbales cuya determinación se haya efectuado por razón de la cuantía (en este caso, la de la ejecución) y esta no exceda de dos mil euros, además de los casos de petición inicial de los procedimientos monitorios¹⁵⁰.

El artículo 539.1.3º LEC habla de cuantías de ejecución dinerarias, a pesar de que los acuerdos también pueden contener prestaciones no dinerarias. Si no cabe una ejecución de este tipo porque sólo existe la circunstancia de que la cantidad sea superior a dos mil euros, no será posible imponer la condición de que sea preceptiva la representación y defensa. Así, podríamos pensar que no fuera necesario que el ejecutante se presente con abogado y procurador para ejecutar prestaciones que prescindan de lo pecuniario. Esto, lejos de convertirse en una exoneración de una carga, pues podríamos pensar que las vicisitudes del supuesto de hecho que se prevén en la norma serían sencillas, en realidad es un obstáculo para la garantía del derecho de defensa y la prohibición de indefensión, incardinados como derecho fundamental en el artículo 24 de la Constitución española¹⁵¹. Así, podemos interpretar que, ante el silencio de la norma, la intervención profesional será preceptiva, ya que previsiblemente el legislador ha pretendido con

¹⁴⁹ Artículo 539. Representación y defensa. Costas y gastos de la ejecución.

1. El ejecutante y el ejecutado deberán estar dirigidos por letrado y representados por procurador, salvo que se trate de la ejecución de resoluciones dictadas en procesos en que no sea preceptiva la intervención de dichos profesionales.

Para la ejecución derivada de procesos monitorios en que no haya habido oposición, se requerirá la intervención de abogado y procurador siempre que la cantidad por la que se despache ejecución sea superior a 2.000 euros.

Para la ejecución derivada de un acuerdo de mediación o un laudo arbitral se requerirá la intervención de abogado y procurador siempre que la cantidad por la que se despache ejecución sea superior a 2.000 euros. (...)

¹⁵⁰ BONET NAVARRO, A. (...) *Proceso civil y mediación...* op.cit. pág 235

¹⁵¹ Artículo 24 Protección judicial de los derechos

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

dicha omisión hacer entender que fuera del caso explícito la postulación será necesaria¹⁵².

En el caso en que nos encontremos ante un acuerdo de mediación, el artículo 539.1.3º LEC no aclara si serán sólo aquellos adoptados después del procedimiento de la Ley 5/2012 y en su ámbito de aplicación. No obstante, el artículo 517.2.2º nos invita a pensar que sí al otorgarle calidad de título ejecutivo, refiriéndose concretamente al caso de elevarse a escritura. Ahora bien, no cabe duda de que el acuerdo homologado judicialmente estará dentro del ámbito del artículo 539.1 LEC, pero este encontrará mejor cabida en el primer apartado al tratarse de una resolución judicial¹⁵³.

En el caso de ser preceptiva la intervención de abogado y procurador, la documentación a presentar con la demanda será el apoderamiento al procurador, sea *apud acta* o notarial, y las copias de los actos de la sesión constitutiva y final, como así indica el artículo 550 LEC.

4.2- La demanda ejecutiva

La demanda será el medio por el que se solicitará la satisfacción de la pretensión jurídica. Ahora bien, debemos de tener en cuenta que el título ejecutivo es el fundamento de dicha pretensión. Ello es así de acuerdo a la vinculación entre la tutela ejecutiva y la virtualidad jurídica del título. En otras palabras, si no tuviéramos título ejecutivo, la pretensión que intenta activar los mecanismos jurisdiccionales quedaría vacua. Es por ello que el tribunal sólo puede acordar los actos que sean “conformes a la naturaleza y contenido del título”, como dicta el artículo 551.1 LEC¹⁵⁴.

A la hora de solicitar la ejecución de los acuerdos homologados judicialmente, es conveniente tener presente que su sistema de ejecución es muy similar al de aquellos elevados a escritura pública, pero no por ello quiere decir que sean idénticos¹⁵⁵. La diferencia radica en la forma de instar cada una de ellas. Por un lado, la escritura pública obedece al artículo 549.1 LEC, en el que el contenido de la demanda para el despacho de ejecución expresará:

- El título en que se funda el ejecutante.
- La tutela ejecutiva que se pretende, en relación con el título ejecutivo que se aduce, precisando, en su caso, la cantidad que se reclame conforme a lo dispuesto en el artículo 575 LEC.
- Los bienes del ejecutado susceptibles de embargo de los que tuviere conocimiento y, en su caso, si los considera suficientes para el fin de la ejecución.
- En su caso, las medidas de localización e investigación que interese al amparo del artículo 590 LEC.

¹⁵² BONET NAVARRO, A. (...) *Proceso civil y mediación...* op.cit. pág 239

¹⁵³ BONET NAVARRO, A. (...) *Proceso civil y mediación...* op.cit. pág 240

¹⁵⁴ BONET NAVARRO, A. (...) *Proceso civil y mediación...* op.cit. pág 242

¹⁵⁵ BONET NAVARRO, A. (...) *Proceso civil y mediación...* op.cit. pág 250

- La persona o personas, con expresión de sus circunstancias identificativas, frente a las que se pretenda el despacho de la ejecución, por aparecer en el título como deudores o por estar sujetos a la ejecución según lo dispuesto en los artículos 538 a 544 LEC.

Por otro lado, los acuerdos de mediación homologados judicialmente se sitúan en el artículo 549.2 LEC en el que sólo ordena solicitar el despacho de la ejecución identificando la sentencia o resolución cuya ejecución se pretenda y, teóricamente, no deberá consignar las circunstancias descritas en el apartado primero del mencionado artículo. No obstante, en la práctica judicial es difícil no contar con esas circunstancias como ya ha determinado la jurisprudencia como el AAP Lugo, de 12 de junio de 2001 o como prevén los artículos 349.1. 3º y 319.1 4º LEC¹⁵⁶.

En lo referido a la solicitud de la ejecución de los acuerdos elevados a escritura pública, señalaremos que deberá instarse mediante una demanda ejecutiva que deberá ajustarse a lo ya indicado por el artículo 549.1 LEC. Ahora bien, cabe preguntarse si en este caso debemos sólo ajustarnos al contenido propio de la demanda ejecutiva o si adicionalmente hay que atender al contenido general marcado por el artículo 399 LEC. A pesar de que de la forma de demanda pueda inducir a ello, es cierto que existen resoluciones judiciales que van en contra de la idea de que son necesarios los requisitos del artículo 399 LEC a modo de ejemplo, el AAP Granada, de 8 de abril de 2003¹⁵⁷.

4.3- Examen de los presupuestos y requisitos del despacho de la ejecución

De acuerdo a lo expuesto en el artículo 551.1 LEC, sólo se despachará ejecución si el tribunal aprecia que el título cuenta con los presupuestos y requisitos procesales, no concurre ninguna irregularidad formal y los actos ejecutivos son conformes a la naturaleza y contenido del título¹⁵⁸.

Así, una vez presentada la demanda, el órgano jurisdiccional deberá examinar en primer lugar la competencia, sea funcional en el caso de la homologación judicial, sea objetiva en el caso de título elevado a escritura pública; los requisitos de capacidad procesal y postulación del solicitante de ejecución; además de la verificación de que se presenta un título dotado de fuerza ejecutiva y que reúne sus requisitos formales, en especial: identificación de auto y reconocimiento de contenido y procedencia en el caso de homologación judicial, y la regularidad formal en el caso de escritura pública.

¹⁵⁶ Artículo 549 (...)3. *En la sentencia condenatoria de desahucio por falta de pago de las rentas o cantidades debidas, o por expiración legal o contractual del plazo, o en los decretos que pongan fin al referido desahucio si no hubiera oposición al requerimiento, la solicitud de su ejecución en la demanda de desahucio será suficiente para la ejecución directa de dichas resoluciones, sin necesidad de ningún otro trámite para proceder al lanzamiento en el día y hora señalados en la propia sentencia o en la fecha que se hubiera fijado al ordenar la realización del requerimiento al demandado.*

4. *El plazo de espera legal al que se refiere el artículo anterior no será de aplicación en la ejecución de resoluciones de condena de desahucio por falta de pago de rentas o cantidades debidas, o por expiración legal o contractual del plazo, que se regirá por lo previsto en tales casos.*

¹⁵⁷ BONET NAVARRO, A. (...) *Proceso civil y mediación...* op.cit. pág 251

¹⁵⁸ BONET NAVARRO, A. (...) *Proceso civil y mediación...* op.cit. pág 260

Control de acuerdos elevados a escritura pública

En el caso de los acuerdos elevados a escritura pública que se pretendan ejecutar, el control se centrará en la verificación de que dicho acuerdo se ha llegado efectivamente ante notario. Así, si no ha intervenido el funcionario público o ha negado la elevación, el tribunal desestimaré la solicitud de ejecución. No obstante, si no se presenta el acta final y constitutiva, de acuerdo con el artículo 550. 1.3º LEC, se acordará por el tribunal un plazo de subsanación (artículo 404.2 LEC)¹⁵⁹.

Los extremos a verificar son los siguientes:

- El título debe ser una escritura pública expedida con carácter ejecutivo, o bien aquella copia que el interesado solicite que se le expida con tal carácter (art. 17 Ley Notariado¹⁶⁰).
- El título debe de contener una prestación clara, precisa y posible, ya que un título ejecutivo ha de referirse a una prestación. Si este no la tiene, conforme al artículo 559.1.3º, *sensu contrario*, haría que considerarlo radicalmente nulo.
- La liquidez de la prestación. Se trata de una concreción de la exigencia del contenido determinado del artículo 520 LEC, aunque este no se aplique de forma directa a los títulos ejecutivos que contenga un acuerdo de mediación.
- La prestación debe responder a una obligación vencida y exigible. El artículo 578 LEC prevé la posibilidad de exigir en sucesivos plazos las deudas de una misma obligación que vayan venciendo con el paso del tiempo.

En sentido contrario, se podría decir, con carácter general que se excluirá el contenido del título en esta verificación. Ahora bien, a pesar de que en principio sólo hay un control de regularidad formal, en el ordenamiento nos encontramos con casos en los que es posible hacer uno mayor¹⁶¹. A modo de ejemplo, en el artículo 27.3 LMed, como vimos ya en el apartado de “Conflictos transfronterizos en la mediación”, el juez ha de realizar un control del orden público, que supone una verificación de que no concurre ninguna circunstancia que provoque la nulidad del acuerdo. Además, la idea de un ámbito más amplio de comprobación es congruente con las causas de oposición de los artículos 556 y 559 LEC. Por otro lado, y con carácter excepcional, se hará control del acuerdo si el mismo resulta “manifiesta y notoriamente contrario a la moral o ilícito” o bien se incurre en la infracción “de un precepto claro y determinante”¹⁶².

Adoptada la anterior premisa, podemos pensar que un requisito adicional que ha de ser controlado a la hora de despachar ejecución es que el acuerdo se debe de haber alcanzado conforme a lo establecido en la Ley 5/2012, de Mediación de Asuntos Civiles y Mercantiles a colación del artículo 517.2.2º LEC¹⁶³. En este sentido, se tendrá que

¹⁵⁹ BONET NAVARRO, A. (...) *Proceso civil y mediación...* op.cit. pág 260

¹⁶⁰ Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 (Vigente hasta el 30 de junio de 2017) Lo referenciado se trata de una modificación hecha por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal.

¹⁶¹ BONET NAVARRO, A. (...) *Proceso civil y mediación...* op.cit. pág 275

¹⁶² Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1993

¹⁶³ BONET NAVARRO, A. (...) *Proceso civil y mediación...* op.cit. pág 278

comprobar que el acuerdo ha sido alcanzado ante un mediador de acuerdo a lo establecido en el artículo 11 LMed, así como que se ha adoptado bajo el ámbito de esta legislación, identificándose el acta constitutiva con el acta final, de la que se observará la firma tanto de las partes como la del mediador para corroborar su sometimiento al procedimiento de mediación¹⁶⁴.

4.4- Control de acuerdos homologados judicialmente

El acuerdo de mediación alcanzado una vez iniciado el proceso cuyo objeto corresponde con el de procedimiento que lo ha engendrado aspira, al igual que las transacciones judiciales, a ser título ejecutivo a través de la homologación judicial. Una vez tenemos dicho documento público, estamos ante una resolución judicial que es susceptible de ser ejecutada, pues es lo propio de un ordenamiento que dispone de una tutela ejecutiva. No obstante, en este caso, al identificarse tanto el órgano jurisdiccional competente de la ejecución del título como el que se encargó de aprobarlo, no es necesario un control de contenido por un objeto que ya ha sido examinado por un mismo tribunal en un momento anterior. Así las cosas, sólo cabrá la verificación del cumplimiento de los presupuestos formales¹⁶⁵.

5- La oposición a la acción ejecutiva

En la Ley de Enjuiciamiento Civil actual se contemplan dos cauces para oponerse al despacho de ejecución. Por un lado, podremos acudir a la vía correspondiente al supuesto en que la acción ejecutiva sea inexistente, los cuales se referirán a los motivos de fondo. Por otro, habrá posibilidad de oponerse por defectos procesales, bien a raíz del propio título o de las actuaciones ejecutivas que se han derivado de él¹⁶⁶.

En el primer caso, trata de un incidente sumario, que se ha de dar en determinadas causas. De no ser esta modalidad de uso taxativo, podría volver a someterse la resolución a un juez de una manera ilimitada de veces y nunca llegaríamos al despacho de ejecución. No obstante, dentro de esta misma lid, existe otro cauce: el artículo 564 LEC, que explicaremos más adelante.

En cuanto la oposición por defectos procesales, se encuadran en el artículo 559 LEC. Si la infracción fuera estimada, provocaría la nulidad del despacho de ejecución. A colación de ello, existen una diferencia entre los acuerdos homologados judicialmente y los elevados a escritura pública. En el caso de los primeros los requisitos formales deberán ser examinados en calidad de resolución judicial, mientras que en el segundo será en calidad de acuerdo de mediación, cuya observancia radica en el artículo 23 LMed. Sin embargo, lo que resulta una matización en la oposición del artículo 559 LEC no sucede en aquella alegada por motivos de fondo¹⁶⁷.

¹⁶⁴ BONET NAVARRO, A. (...) *Proceso civil y mediación...* op.cit. pág 280 a 287

¹⁶⁵ BONET NAVARRO, A. (...) *Proceso civil y mediación...* op.cit. pág 287 a 288

¹⁶⁶ BONET NAVARRO, A. (...) *Proceso civil y mediación...* op.cit. pág 297

¹⁶⁷ BONET NAVARRO, A. (...) *Proceso civil y mediación...* op.cit. pág 299

5.1- El escrito de oposición a la ejecución

El artículo 556 LEC indica que los 10 días siguientes a la notificación del auto de despacho de ejecución se deberá en su caso presentar el escrito por medio de procurador y letrado, salvo que la cantidad sea igual o inferior a dos mil euros (artículo 539 LEC).

El contenido posible será aquel correspondiente a la oposición por defectos procesales, y al propio del artículo 556 LEC. Se habrá de acompañar de toda documentación que pueda estar relacionado con hechos que puedan extinguir la ejecución. En el caso de que se quiera enervar la ejecución por medio de una nueva transacción alcanzada entre las partes, esta deberá de presentarse en un documento público. Primero se atenderá a los motivos por defectos procesales y después los otros que estén figurados en el escrito, a los motivos de fondo¹⁶⁸.

5.2- Oposición por motivos de fondo

Inexistencia, extinción o exclusión de acción ejecutiva

Estas causas se encuadran en el artículo 556 LEC, y se fundamentan en que reviste una regularidad formal, es decir, en la presunción de que la ejecución es válida y lícita, pero la misma se despachó sin que los motivos para ello existieran. Dichas causas son las siguientes¹⁶⁹:

- El pago o cumplimiento de la prestación que se pretende ejecutar. En este caso se ha producido con anterioridad la satisfacción del núcleo por el que se ha interpuesto la demanda ejecutiva. Si se quiere enervar el despacho por este motivo, deberá ajustarse a normas de extinción de las obligaciones por pago o cumplimiento (artículo 1156 y 1170 CC¹⁷⁰). Además, ha de ser posterior al momento de creación del título ejecutivo. El pago también deberá ser anterior al momento de interposición de la demanda ejecutiva y ser acreditado documentalmente, aunque sólo será necesario un principio de prueba. Si la demanda se interpone sin respetar el artículo 548 LEC, el ejecutado podrá oponer el pago en su plazo. Cabe que el pago que se opone haya sido parcial, pero deberá reajustarse el procedimiento a la cantidad pendiente.
- Que haya caducado la acción ejecutiva por haber transcurrido el plazo del artículo 518 LEC.

¹⁶⁸ BONET NAVARRO, A. (...) *Proceso civil y mediación...* op.cit. pág 299 a 300

¹⁶⁹ BONET NAVARRO, A. (...) *Proceso civil y mediación...* op.cit. pág 301 a 313

¹⁷⁰ Artículo 1156: *Las obligaciones se extinguen: por el pago o cumplimiento, por la pérdida de la cosa debida, por la condonación de la deuda, por la confusión de los derechos de acreedor y deudor, por la compensación, por la novación.*

Artículo 1170: *El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España.*

La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado.

Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso.

- Que las partes hayan convenido un pacto o transacción para evitar la ejecución. Los requisitos para poder oponer por esta causa son que exista un pacto novatorio recogido en documento de carácter público y que este sea anterior a la presentación de la demanda o del despacho de ejecución si no se ha respetado el plazo de espera preceptivo para interponerla.

Causas de fondo no previstas en el 556 LEC: el artículo 564 LEC

Esta disposición sólo se abre para alegar la inexistencia de la acción ejecutiva en razón a hechos que no se pudieron hacer valer en la oposición por motivos de fondo. Con este apartado no se puede oponer la irregularidad de actos procesales, pues dicha cuestión la atiende el artículo 241¹⁷¹ de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁷², es decir, no cabe en general el incidente de nulidad de actuaciones. No obstante, esta norma, cuyo fin parece estar asignado a una función de salvaguarda del derecho de defensa, puede abarcar objetos que pueden resultar polémicos, como aquellos que no pudieron hacerse valer y son posteriores a la preclusión sin posibilidad de alegación en la oposición, o aquellas cuestiones que influyan en la inexistencia o nulidad del acuerdo de mediación, sea escritura pública u homologado judicialmente¹⁷³.

5.3- Oposición por defectos procesales

A diferencia de los motivos de fondo, cuya interpretación es estricta, el carácter escueto del artículo 559 LEC, al cual se asigna la oposición por defectos procesales, permite una cierta laxitud hermenéutica para poder ampararse en las causas descritas, en especial, aquella correspondiente al tercer ordinal del primer apartado que desarrollaremos a continuación¹⁷⁴.

Los dos primeros ordinales del artículo hablan de que el defecto radica en la falta de algún requisito en la capacidad y/o de la legitimación activa o pasiva, bien sea del ejecutante o del ejecutado.

¹⁷¹ Artículo 241: 1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

Será competente para conocer de este incidente el mismo juzgado o tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de 20 días, desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución.

El juzgado o tribunal inadmitirá a trámite, mediante providencia sucintamente motivada, cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones. Contra la resolución por la que se inadmita a trámite el incidente no cabrá recurso alguno. (...)

¹⁷² Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

¹⁷³ BONET NAVARRO, A. (...) *Proceso civil y mediación...* op.cit. pág 314

¹⁷⁴ BONET NAVARRO, A. (...) *Proceso civil y mediación...* op.cit. pág 341

En cuanto al tercer ordinal, es el que presenta más peculiaridades y el que, como ya se ha dicho, posibilita mayores opciones a la hora de oponer, a saber¹⁷⁵:

- falta clara de elementos esenciales en el acuerdo de mediación.
- el ejecutado pide la nulidad del despacho puesto que no tiene aparejado el acuerdo de mediación la prestación que aquel contiene.
- que el acuerdo se haya desarrollado fuera del ámbito de mediación (art. 2 LMed).

De esta manera, habrá posibilidad de reproducción del examen formal del título que provocó el despacho de ejecución. Según el segundo apartado del artículo 559 LEC se podrán hacer las alegaciones oportunas por el ejecutante en el plazo de cinco días. En el caso en el que se archive la ejecución, nada impedirá al ejecutante volver a presentar la demanda con el mismo título ejecutivo encuadrado o bien en el artículo 517.2.2º LEC o bien en el 517.2.4º LEC.

¹⁷⁵ BONET NAVARRO, A. (...) *Proceso civil y mediación...* op.cit. pág 342 a 343

CONCLUSIONES

1. No obstante, es bien cierto que en el caso de las medidas cautelares sí se acercan más todas las vías de resolución, puesto que la función que satisface es apta para cualquiera de ellas. Entre los matices destacados que podemos apreciar tenemos el de competencia, pues cada vía tiene sus singularidades, especialmente en la facultad de adopción y ejecución de las medidas por parte del personal encargado de desarrollar cada uno de los procedimientos. Ahora bien, el hecho de que la mediación pueda ser anterior al proceso (mediación preprocesal), hace que la tutela cautelar resulte más compleja y pueda suscitar cierta problemática a la hora de adoptar o mantener estas medidas.
2. La mediación obligatoria prejudicial, *stricto sensu*, es un fórmula que nunca antes se ha adoptado en nuestro ordenamiento, en ninguna de sus subtipos (discrecional, categórico, semiobligatorio), a pesar de que esta ADR no ha tenido el impacto que sus ventajas pudieran incentivar. Bajo unos límites, la mediación obligatoria prejudicial es lícita en nuestro ordenamiento. A consecuencia de una disposición de carácter comunitario, podemos ver diferentes ejemplos cerca de nuestras fronteras de cómo ha operado esta manera de iniciar dicha vía de resolución en países como Rumanía, Reino Unido o Alemania, siendo Italia un caso especial. Fuera del ámbito europeo, hemos apreciado la gran implantación que existe en países como son EEUU, Chile o Argentina. No obstante, ello no calma la ya vetusta discusión sobre la conveniencia o no de este tipo de mediaciones, pues el principio de voluntariedad se considera esencial y prominente distintivo de este tipo de procedimiento.
3. La sumisión a la mediación es un contrato que resulta inadecuadamente asimilado con las otras categorías de sumisión correspondientes a las otras vías de resolución de conflictos. Es cierto que el carácter procesal que reviste la sumisión aproxima a todas las figuras previstas en los procedimiento de resolución, sean plenamente de carácter jurisdiccional, jurisdiccionalmente asimilados o de naturaleza extrajudicial neta. Pero ello no excusa que habría de considerarse que tanto el proceso como el arbitraje disponen de características estructurales diferentes a las de mediación que el ordenamiento jurídico no ha tenido en cuenta.
4. Hablando ya de aquello relacionado con el inicio de la mediación, hay que decir que la legislación deja en el tintero algunas cuestiones que encuentran su similitud en la regulación procesal, pero no por ello aportan una solución satisfactoria. Así, en el caso de cuestiones meramente formales y procedimentales, es comprensible que la mediación y el proceso compartan previsiones legales en aras de una cierta seguridad jurídica evitando una excesiva proliferación positiva, pues ambos son procedimientos orientados a la resolución de conflictos. A pesar de esto, considero que hubiera sido necesaria alguna remisión explícita prevista en los textos normativos reguladores de la

mediación, en especial en la LMed, y así poder dirigirnos de forma fundada la legislación procesal. Eso sí, no por ello vamos a tomar todo lo referido en la LEC para aplicarlo en la mediación, pues cuestiones como capacidad, legitimación o la solicitud defectuosa requieren de ciertas especificaciones.

5. El efecto de suspensión de los plazos de caducidad y prescripción se trata de una medida de política legislativa con la que se posibilita a los ciudadanos la opción de acudir a las vías alternativas de resolución de conflictos sin descartar la posterior utilización del proceso. A parte de la propia de la mediación, en ella tiene trascendencia tanto la legislación procesal como la civil, y su modo de operar depende de si la mediación fuera bien intrajudicial, bien extrajudicial o prejudicial. Así, consta de un modo especial de tratamiento de los plazos para el que se habrá de atender el momento del comienzo de la mediación, que se ha de distinguir en todo caso del momento de la iniciación. En adición, esta institución provoca ciertos problemas derivados de las diferentes normativas territoriales existentes, a pesar de que podemos contar con cierta coherencia jurídica.
6. A pesar de que la mediación cuenta con el principio de buena fe y que la consecución del acuerdo en este contexto es totalmente voluntario, hemos visto cómo el legislador ha optado por otorgar en un articulado breve una mayor vinculación a dicho acuerdo para garantizar así su efectividad. Es por eso que, una vez más, no basta con acudir a la LMed para poder contar con el íntegro régimen del proceso de ejecución. Ahora bien, resulta totalmente comprensible que tengamos que dirigirnos a la LEC para poder conocer el desarrollo y vicisitudes de un proceso ejecutivo cuyo fundamento reside en un título que abarca en su contenido un acuerdo de mediación. Y es que la tutela ejecutiva corresponde a los órganos jurisdiccionales de manera exclusiva y excluyente, por lo que es coherente que las especificaciones propias de la mediación se inserten en la regulación procesal. Cosa distinta ha sido cómo, en diferentes aspectos, se ha equiparado este tipo de títulos a los de carácter judicial de manera inadecuada. Quizás la circunstancia de que el auto que homologa el acuerdo de la mediación intrajudicial sea una de las vías de alcanzar el título ejecutivo haya sido la válvula por la que se ha encauzado la asimilación total, siendo en muchos casos perjudicial para el ejecutado.
7. Siguiendo con la fase ejecutiva, es factible que nos encontremos ante el supuesto en que las partes intervinientes estén situadas en Estados diferentes o que, por circunstancias sobrevenidas a la ejecución del acuerdo, una de las partes tenga que trasladar su domicilio. El conflicto transfronterizo, más allá de la legislación propia del Derecho Internacional Privado, está regulado en la LMed de manera escueta, pues sólo se encarga de aportar una definición de esta materia y distinguir entre los diferentes acuerdos que se pretenden ejecutar en los que España interactuaría con otro ordenamiento jurídico a fin de que la avenencia resulte efectiva. Para la diversa tipología vista, la LMed se encarga de establecer unos requisitos que necesitan de normativa internacional e interna para poder concretar su alcance.

8. Dentro de lo relacionado con el proceso ejecutivo, la demanda ejecutiva interpuesta a raíz del incumplimiento de un acuerdo de mediación ha de tener en cuenta la naturaleza del título que la fundamenta. En esta lid, el ordenamiento aplica el régimen general que marca la LEC ante muchas de las cuestiones que rodean a esta parte del proceso. Sin embargo, dentro de los casos que se pretenda hacer valer el acuerdo, la mayor distinción la podemos contemplar a la hora de hablar de los criterios de aceptación, diferenciándose el acuerdo homologado judicialmente de aquel elevado a escritura pública, resultando mucho más presumiblemente válido el auto. De la misma manera, en el caso de la oposición a la ejecución, en la que podemos distinguir los motivos de fondo con los motivos procesales, en este último tipo existen también matizaciones entre el acuerdo de mediación homologado por auto judicial, para el que sigue la normativa procesal general, y el acuerdo elevado a escritura pública, en el que se ha de atender el artículo 23 LMed para conocer su rigor formal.
9. Así las cosas, podemos decir que la regulación de la mediación se ha configurado en muchos aspectos como un equivalente al proceso por el hecho de ser una vía más de resolución que, en su gran medida, se tiene que adaptar a la que es la opción más convencional para resolver los litigios. Esto resulta inconveniente en tanto nuestro ordenamiento jurídico no sea consciente de que ciertas peculiaridades de la mediación hacen que, o bien sea necesaria una regulación más exhaustiva de algunos puntos, o bien se rompa la asimilación que existe con la opción jurisdiccional. De esta manera podremos evitar, al menos desde el punto de vista jurídico, que esta ADR esté avocada a ser un método que pase desapercibido en la práctica o termine siendo un trámite más que nos conduzca al proceso. Por otra parte, es necesario indicar que para ciertas cuestiones la mediación tiene que contar inexorablemente con los mecanismos jurisdiccionales. Y es que hay que distinguir entre la idea de que la mediación precisa de cierto mejoramiento e independencia legal y la de que ha de estar cumplimentada de manera correcta con la vía judicial en aras de ofrecer una eficiente y adecuada tutela de derechos.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

BONET NAVARRO, A.; CALATAYUD SIERRA, A.; HERRERO PEREZAGUA, JUAN F.; LÓPEZ SÁNCHEZ, J.: *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Aranzadi, Navarra, 2013.

LOPEZ HERNÁNDEZ, JM.: *El procedimiento de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aspectos jurídicos*. Uno Editorial, 2014.

DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMARA, M.: *El contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*. Thomson-Civitas, Pamplona, 2014.

DÍAZ LAMONEDA, F.; MARÍN HITTA, L.; MORENO LISO, L.; MURILLO BERMEJO, A.; PARRA JIMÉNEZ, M.A.; RUBIO SÁNCHEZ, F.; SOTO RUIZ, J.J.: *Ley 5/2012, de 6 de julio. Comentarios a la ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. ePraxia, Sevilla, 2013

REAL FLORES, M.; GARCÍA REAL, A.; DÍEZ DÍEZ, A.; ÁLVARO LÓPEZ, B.: *¿Cómo mediar en asuntos civiles y mercantiles?* Gomplex, Bilbao, 2013

Artículos

MERINO NOGALES, M.: "Contrato de Mediación y Acuerdo mediacional conforme a la legislación española. Eficacia jurídica de los acuerdos alcanzados". Universidad Internacional de Andalucía, 2012.

MORETÓN TOQUERO, M^o A. "La resolución judicial de conflictos y la mediación como forma de participación ciudadana". Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2011.

DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, POLICY DEPARTMENT C: CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS, LEGAL AFFAIRS: "Rebooting the Mediation Directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU".

ALEIX HERNÁNDEZ, C. "Hacia un nuevo paradigma en el acceso a la justicia: la mediación prejudicial obligatoria", Revista ADR News, 2015

ALEXANDER, N., *International and Comparative Mediation*, (2009) Kluwer Law International

WOOLF, L.: *Access to Justice: "Final Report to the Lord Chancellor on Civil Justice System in England and Wales"*, Ministry of Justice, 1996

RALUCA STROIE, I.: “Alternativas a la resolución de conflictos en materia de consumo: la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) n° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013”. Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 7, año 2013.

ZATO ECHERRÍA, M.: “Una aproximación al mapa de la mediación en la Unión Europea. Revista de Mediación 2015, vol. 8, No. 1, 72-83

Enlaces web

AVILÉS NAVARRO, M.: “La conciliación civil preprocesal” http://www.cej-justicia.es/cej_dode/doc_users/pdf/nueva_oficina_judicial/mediacion_y_conciliacion/conciliacion_preprocesal.pdf

QUINTANA GARCÍA, A.: “Hacia la obligatoriedad de la sesión informativa de mediación” Lawyerpress, 13 de julio de 2015 http://www.lawyerpress.com/news/2015_07/1307_15_011.html.

Entrevista a Agustín Azaparren, exjuez, ex vocal, abogado y mediador:

<https://confi legal.com/20160802-agustin-azaparren-exjuez-exfiscal-exvocal-del-cgpj-abogado-mediador-la-mediacion-tendria-obligatoria-ley/>

Guías jurídicas Wolters Kluwer:

http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjc3MTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAS62zmDUAAAA=WKE

http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDcwsDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAN4RfCzUAAAA=WKE

Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación en España: <https://mediacionesjusticia.com/>

Normativa

Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

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

Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado.

Ley de Cantabria 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico

Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, reformada por el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita.

Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social

Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil

Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita

Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.

Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles. BOCG de 29 de abril de 2011

Reglamento (CE) No 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados

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

Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal)

Recomendación 98/257/CE de la Comisión, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo; y Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo

Jurisprudencia

Sentencia TJUE de 18-03-2010 (Sala 4ª); caso Rosalba Alassini/Telecom Italia SpA (C-317/08)

Sentencia de la Corte Costituzionale della Repubblica Italiana N° 272/2012, de 24 de octubre de 2012

Caso Halsey vs. Milton Keynes General NHS Trust (2004) 4 All ER 920.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, de 15 de junio de 2012 (JUR 2012, 141089)

Auto de la Audiencia Provincial de Murcia de 2 de enero de 2007

Auto del Tribunal Supremo, del 25 de julio de 2001

Auto de la Audiencia Provincial de Lugo, de 12 de junio de 2001

Auto de la Audiencia Provincial de Granada, de 8 de abril de 2003.