



# **Documento de trabajo**

## **SEMINARIO PERMANENTE DE CIENCIAS SOCIALES**

### **MEDIACIÓN Y PROCESO CIVIL: LUCES Y SOMBRAS DE LA PROYECTADA REFORMA PROCESAL**

**Juan Carlos Ortiz-Pradillo**

**SPCS Documento de trabajo 2011/16**

**<http://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo>**

© de los textos: sus autores.

© de la edición: Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca.

Autores:

Juan Carlos Ortiz Pradillo  
[JuanCarlos.Ortiz@uclm.es](mailto:JuanCarlos.Ortiz@uclm.es)

Edita:

Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca  
Seminario Permanente de Ciencias Sociales  
Codirectora: Silvia Valmaña Ochaíta  
Codirectora: María Cordente Rodríguez  
Secretaria: Pilar Domínguez Martínez  
Avda. de los Alfares, 44  
16.071–CUENCA  
Teléfono (+34) 902 204 100  
Fax (+34) 902 204 130  
<http://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo>

I.S.S.N.: 1887-3464 (ed. CD-ROM) 1988-1118 (ed. en línea)  
D.L.: CU-532-2005

Impreso en España – Printed in Spain.

# MEDIACIÓN Y PROCESO CIVIL: LUCES Y SOMBRAS DE LA PROYECTADA REFORMA PROCESAL

Juan Carlos Ortiz-Pradillo<sup>1</sup>

*Área de Derecho Procesal, Departamento de Ciencia Jurídica y Derecho Público,  
Universidad de Castilla-La Mancha*

## RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto de estudio el Proyecto de Ley de Mediación en el Ámbito Civil y Mercantil, tramitado durante la IX Legislatura, pero sin haber quedado aprobado, que pretendía instaurar en España un régimen jurídico común de la Mediación como método extrajudicial de resolución de conflictos en materias civiles y mercantiles.

**Palabras clave:** mediación civil y mercantil, acceso a la justicia, principios rectores, mediación y proceso judicial.

**Indicadores JEL:** K12, K41.

## ABSTRACT

This paper aims to study the Draft law on mediation in civil and commercial matters, processed but not approved during the IX Legislature, which sought to establish in Spain a common legal regime of the mediation as an extrajudicial resolution method in civil and commercial matters.

**Key words:** mediation in civil and commercial matters, access to justice, principles, mediation and judicial proceeding.

---

<sup>1</sup> JuanCarlos.Ortiz@uclm.es

Los resultados del presente trabajo se incardinan dentro del Proyecto de Investigación “Estudio sistemático de la Ley sobre Mediación Familiar en Castilla-La Mancha: Propuestas de Actualización y Mejora”, financiado por las Cortes de Castilla-La Mancha (2010-2012).

**JEL-codes:** K12, K41.

## **1. SOBRE LA NECESIDAD DE ANALIZAR UNA PROPUESTA LEGISLATIVA NONATA**

El proyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, PLM) ha sido una de las propuestas legislativas a las que la disolución anticipada de las Cortes ha sorprendido en plena tramitación, y a diferencia de otras iniciativas, su texto no ha sido finalmente aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados en su última sesión parlamentaria. Por ello, la primera cuestión que nos surge al proceder a la elaboración de este trabajo se centra, precisamente, en la necesidad o no de entrar a analizar un proyecto legislativo que no verá la luz.

Pues bien, la respuesta debe ser necesariamente afirmativa por diversos motivos. En primer lugar, porque los denominados métodos alternativos de resolución de conflictos (en adelante, métodos ADR) han cobrado un especial interés en los últimos años, no sólo por parte de los ciudadanos y profesionales, que han visto en el cauce jurisdiccional un sistema lento y costoso para la resolución de sus controversias, sino también por el propio legislador, que ha visto en ellos un interesante instrumento para descargar de trabajo a la Administración de Justicia. En la Unión Europea, se ha prestado especial atención a la instauración y desarrollo de los mecanismos de resolución de conflictos alternativos a la vía judicial, al entenderse que el *Derecho de acceso a la justicia* no sólo abarca el acceso a la vía judicial, sino también a los métodos extrajudiciales de resolución de litigios, dentro de ese objetivo de creación de un Espacio judicial europeo de libertad, seguridad y justicia. Y en nuestro ordenamiento interno, se ha vuelto a reformar una vez más el arbitraje con mejoras que contribuyan “al fomento de los medios alternativos de solución de conflictos<sup>2</sup>”.

En segundo lugar, porque los métodos ADR, y especialmente la mediación, volverán a motivar el impulso de nuevas propuestas legislativas en España, dada la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento las directrices establecidas en la

---

<sup>2</sup> Exposición de Motivos de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado. BOE núm. 121, de 21 de mayo de 2011.

Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación civil y mercantil. No en vano, la UE ha exhortado recientemente a España y a otros países a que comuniquen las medidas aprobadas para incorporar dicha Directiva a sus ordenamientos internos, y en España se da la circunstancia de que era el proyecto de mediación nonato el que tenía por objetivo, precisamente, incorporar al Derecho español la Directiva 2008/52/CE<sup>3</sup>.

Por ello, entendemos que resulta preciso analizar los aciertos y desaciertos de la proyectada ley para que, en el supuesto de que el legislador español retome la idea de instaurar un régimen jurídico común aplicable a la resolución de controversias a través de métodos autocompositivos, pueda contar con las soluciones propuestas desde la academia y demás foros jurídicos a la hora de mejorar la regulación propuesta, pues ésta ha sido fuertemente criticada.

## **2. ENFOQUE DEL ESTUDIO: LA RELACIÓN ENTRE LA MEDIACIÓN Y EL PROCESO CIVIL**

La perspectiva desde la cual abordar el análisis jurídico de la mediación como método alternativo de resolución de conflictos puede ser muy variada. Podríamos estudiar su ámbito de aplicación y analizar los conflictos susceptibles de ser resueltos a través de este instrumento, así como los sectores del ordenamiento jurídico en el que resultaría válida dicha fórmula autocompositiva; podríamos también examinar con parámetros propios de la psicología y la sociología la repercusión de este sistema en la recuperación del diálogo entre las partes y la minoración del desgaste emocional que provoca la vía jurisdiccional entre aquéllas, el incremento del grado de satisfacción al

---

<sup>3</sup> «La Comisión Europea toma medidas para facilitar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos». Nota de prensa de la Comisión publicada el 22 de julio de 2011 (recuperado el 30 de julio de 2011 de: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/919&format=HTML&aged=0&language=ES&guiLanguage=en>), en donde se indica que nueve países no han notificado todavía todas las medidas nacionales necesarias para aplicar plenamente la Directiva. En consecuencia, la Comisión Europea inició acciones judiciales enviando «cartas de emplazamiento» a los siguientes países: la República Checa, España, Francia, Chipre, Luxemburgo, los Países Bajos, Finlandia, Eslovaquia y el Reino Unido. Los países disponen de dos meses para responder, y se reiteran las palabras de la Vicepresidenta y Comisaria de Justicia de la UE, Viviane Reding: «El acceso a la justicia es una piedra angular del espacio europeo de justicia. La mediación constituye una importante alternativa a la posibilidad de acudir a los tribunales en los litigios transfronterizos, y puede ayudar a las partes a dar con una solución amistosa. Ahorra tiempo y dinero y evita a las partes que participan en asuntos de carácter familiar, que ya de por sí son emocionales, el trauma adicional de acudir a los tribunales. Exhorto a los nueve países restantes a que finalicen urgentemente la incorporación, para que los ciudadanos y las empresas puedan gozar plenamente de sus derechos.»

cumplir lo decidido por uno mismo y no lo impuesto por un tercero; e incluso podríamos analizar el coste económico que supone optar por la vía contenciosa frente al intento de resolución amistosa de las controversias. En este trabajo, hemos optado por analizar el proyecto de ley sobre mediación desde una óptica muy particular: su necesaria conexión con la jurisdicción y la vía judicial, principalmente por dos motivos.

De una parte, porque ese era precisamente uno de los objetivos aludidos en la propia Exposición de Motivos del Proyecto, que declaraba expresamente lo siguiente: *lo cierto es que en nuestro ordenamiento jurídico no existe una norma que, con carácter general, ponga en conexión la mediación con la jurisdicción. (...) Esta ley engarza de manera instrumental la mediación con el derecho civil, mercantil y el derecho procesal, con el solo propósito de ofrecer una regulación mínima y común aplicable a todo el territorio del Estado.* De hecho, la Directiva comunitaria viene a establecer un marco mínimo centrado en lograr una relación eficaz y dinámica entre la Mediación y el Proceso jurisdiccional, con un punto de partida clave: la mediación no debe considerarse una alternativa peor que el proceso judicial (considerando nº19).

De otra parte, porque sólo a través de la intervención estatal es posible regular aquellos aspectos de la mediación que inciden necesariamente en la legislación procesal, competencia exclusiva del Parlamento estatal en virtud de lo establecido en el art. 149 CE. Así, a pesar de que han sido las Comunidades Autónomas las que han promulgado una legislación especial referida los servicios de mediación familiar, y algunas de ellas ya han extendido dicha regulación a otras cuestiones de derecho privado y de ámbito social, la reforma de la legislación procesal resulta clave a la hora de garantizar el buen fin de la mediación como sistema alternativo a la vía judicial. Aspectos tan importantes como la suspensión del proceso judicial, la paralización de los plazos de prescripción y caducidad de las acciones, la prohibición de declarar como testigo o perito en juicio, el carácter ejecutivo del acuerdo de mediación, o los efectos de cosa juzgada de dicho acuerdo, sólo son posibles a través de la oportuna reforma procesal. De ahí que en muchas leyes autonómicas se regulen determinadas cuestiones procedimentales de la mediación, pero siempre «conforme a la legislación procesal vigente<sup>4</sup>».

---

<sup>4</sup> Vid. el art. 26.b) de la Ley 4/2005 de Castilla-La Mancha, el art. 14.c) de la Ley 1/2007 de Madrid, el art. 7.2 de la Ley 15/2009 de Cataluña, o el art. 7.c) de la Ley 9/2011 de Aragón.

### 3. OBJETIVO DEL PROYECTO DE LEY: LA AGILIZACIÓN DE LA JUSTICIA

Desde hace algún tiempo, en las reformas procesales se alude constantemente a la “modernización” de la Administración de Justicia, su “eficacia”, “eficiencia”, “calidad”, y sobre todo “agilización”. Así por ejemplo, la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, tenía por objetivo una reforma de la Justicia que reconociera a los ciudadanos su derecho *a un servicio público de la Justicia ágil, transparente, responsable y plenamente conforme a los valores constitucionales*; la Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía, tenía por objetivo *actualizar esos procesos y facilitar tramitaciones simplificadas que permitan agilizar la justicia*; la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, se enmarca *dentro del impulso de modernización de la Administración de Justicia, que también incluye la aprobación de una futura Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*; la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, reconoce que para la salvaguarda del derecho de los ciudadanos a obtener la tutela efectiva de sus derechos ante los tribunales *es necesaria la modernización de la Administración de Justicia*; la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, *persigue dotar a los órganos judiciales de instrumentos que agilicen los procesos de resolución de controversias, eviten abusos equilibrando la protección y tutela de los distintos intereses en conflicto, protejan mejor a los trabajadores frente a los accidentes laborales y proporcionen mayor seguridad jurídica*, y la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal se cataloga como continuadora de *la línea de reformas procesales (...), tratando ahora de introducir en la legislación procesal mejoras que permitan agilizar los distintos procedimientos, sin merma de las garantías para el justiciable*.

Como vemos, en lo que llevamos de año se han aprobado importantes reformas procesales destinadas, prioritariamente, a conseguir una Justicia ágil y eficaz. Ahora bien, ¿qué entiende el legislador por una Justicia «ágil»? A tenor del contenido de las recientes reformas citadas, la concepción del poder legislativo de una Justicia ágil y

eficaz no se dirige únicamente a dotar a la Administración de Justicia de mejores y mayores recursos personales y materiales, así como una configuración de la organización y planta judicial capaz de resolver de manera más eficiente la creciente litigiosidad, sino que se trata de conseguir a través de medidas que, de una parte, disminuyan el número de procesos incoados, a través de la restricción del acceso a la vía judicial o la utilización de los recursos legales para la defensa ante posibles resoluciones injustas, y de otra, tratan de fomentar el uso de alternativas que descongestionen un sistema judicial avocado a una lentitud irreparable.

El PLM se enmarcaría dentro de esta segunda visión de la Justicia, con el deseo de descargar de trabajo a los tribunales a través del impulso de la cultura del consenso y el acuerdo basados en el protagonismo de las partes en conflicto para decidir la solución a sus propios problemas con la ayuda de un experto mediador. En palabras de la EE.MM del PLM, *es necesario abordar fórmulas válidas y aceptadas en el Estado de Derecho, orientadas a dimensionar el creciente volumen de asuntos que llegan a la jurisdicción favoreciendo un uso más racional de los recursos disponibles (...) que permiten a los ciudadanos resolver sus controversias con altos niveles de satisfacción y, al tiempo, ayudan a la agilización y mejora de todo el sistema de justicia.*

#### **4. CUESTIONES CONTROVERTIDAS DEL PROYECTO DE LEY SOBRE MEDIACIÓN**

El inicial Anteproyecto de Ley fue muy criticado por el CGPJ en su Informe aprobado por el Pleno del 19 de mayo de 2010, en el que se cuestionaba la mayor parte del articulado del citado anteproyecto, y hay que reconocer que muchas de las observaciones vertidas en dicho Informe fueron tomadas en consideración en el Proyecto de Ley presentado el 11 de abril de 2011<sup>5</sup>. Sin embargo, dicho Proyecto de Ley también arroja importantes cuestiones que merecen ser debatidas, aunque su texto no llegue a convertirse, por el momento, en fuente normativa.

Al igual que una obra de teatro estructurada en torno a un *planteamiento*, un *nudo*, y un *desenlace*, el estudio del PLM puede ser llevado a cabo desde esa misma perspectiva, advirtiendo los aspectos más cuestionables de la regulación proyectada en

---

<sup>5</sup> Publicado en el BOCG, Serie A, de 29 de abril de 2011, Núm. 122-1.



los tres momentos más importantes: 1) En su origen, en donde se analizará la conveniencia o no de intentar impulsar la mediación a través de su obligatoriedad preprocesal; 2) En su desarrollo, en donde se analizará la conveniencia o no de regular determinados detalles procedimentales del modo en que se debe tramitar la mediación; y 3) En su fin, en donde se analizarán las consecuencias jurídicas de reconocer como título ejecutivo al acuerdo que pueda llegar a alcanzarse en el seno de una mediación reglada.

#### **4.1. El origen: La mediación obligatoria preprocesal**

Con el objetivo de reducir el número de asuntos que se plantean ante los tribunales en vía contenciosa, la proyectada Ley trataba de impulsar la utilización de la mediación a través de la implantación de una mediación preprocesal obligatoria con escasa fortuna y una más que cuestionable técnica legislativa, a través de dos mecanismos.

##### *4.1.1. La exigibilidad de respetar la cláusula compromisoria de sometimiento a mediación*

En primer lugar, el impulso a la mediación preprocesal vendría de la mano de la equiparación de una hipotética cláusula compromisoria de sometimiento a mediación a las cláusulas arbitrales, para impedir el inicio de acciones judiciales. El art. 8.3 del Anteproyecto de Ley (en adelante, APLM) establecía que *Cuando entre las partes en conflicto exista una cláusula por escrito, incorporada en un contrato o en acuerdo independiente, que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir en su relación, se iniciará 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. Si la controversia versa sobre la validez de la propia cláusula las partes podrán retirarse de la mediación en la primera sesión alegando dicha circunstancia.* Por su parte, el PLM mantenía la misma postura (art. 7.2), aunque eliminaba esa última frase referida a la validez de la propia cláusula de sometimiento a mediación.

Es cierto que la mediación se basa en la autonomía de la voluntad de las partes, que pueden optar por acudir a dicho sistema o a otro diferente. Igualmente, el arbitraje

se basa en la autonomía de la voluntad de las partes, en el sentido de que las mismas acuerdan sustraer de los tribunales jurisdiccionales el conocimiento de determinadas controversias y atribuir su resolución a un tercero ajeno a las mismas pero elegido libremente por ellas. Sin embargo, una vez escogida una u otra vía, el alcance de la autonomía de la voluntad varía, para lo cual se hace preciso diferenciar entre voluntariedad y autonomía de la voluntad.

La voluntariedad de la mediación, como nota definitoria de este método autocompositivo de resolución de conflictos, consiste en que las partes en conflicto son libres de acudir a dicho método, de mantenerse en el mismo o de retirarse de dicho sistema en cualquier momento. Tanto en el arbitraje como en la mediación, la autonomía de la voluntad de las partes les permite acordar dichos sistemas como fórmulas para la solución de posibles disputas futuras, pero mientras que en el arbitraje, una vez suscrito el oportuno pacto de sometimiento, esa autonomía de la voluntad se ve limitada al no poder una parte desentenderse de ese pacto previo y acudir a la vía judicial, como tampoco puede obviar el procedimiento arbitral establecido, o la decisión que ponga fin al mismo (laudo), en la mediación no debe existir dicha limitación, por resultar contradictoria con la voluntariedad. Es decir, a pesar de haberse acordado el sometimiento de una disputa a mediación o haberse iniciado válidamente dicho procedimiento, las partes son libres de desistir del mismo y no pueden ser compelidas a intentar alcanzar un acuerdo. Obligar a las partes a continuar una mediación resulta un contrasentido, debido a esa voluntariedad que impregna esta fórmula autocompositiva de resolución de conflictos.

Por ello, el Informe del CGPJ al citado Anteproyecto<sup>6</sup> echaba en falta “un tratamiento más pormenorizado del convenio de mediación”, y a falta del mismo, indicaba que tendría que acudirse a la jurisprudencia a la hora de admitir dichas cláusulas de compromiso de mediación, por ejemplo, en cláusulas generales de contratación o contratos de adhesión, sin olvidar que el régimen establecido en el PLM no se aplicaría a la mediación de consumo (art. 2.2.c). Como el PLM no llevaba aparejada una reforma de los artículos 39 y 63 LEC que incluyera como defecto de jurisdicción el haber sometido la controversia a mediación, no quedaba claro cuál sería la consecuencia jurídica de que una de las partes, aun habiendo firmado una cláusula de

---

<sup>6</sup> Informe al Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, aprobado por el Pleno del CGPJ el 19 de mayo de 2010, pág. 35.

sometimiento a mediación, decidiera acudir a los tribunales. ¿Debería ser entendida esa “cláusula” como una excepción procesal análoga a los efectos del art. 425 LEC? No lo parece si la mediación se caracteriza por ser un mecanismo voluntario para las partes.

De la misma manera, en el art. 12.2 APLM se establecía que *Durante el tiempo que se desarrolle la mediación y en relación con su objeto las partes no podrán interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial*. Esta prohibición se mantenía en el art. 11.2 del PLM, pero seguía sin preverse una sanción o consecuencia jurídica expresa para aquella parte que decidiera desmarcarse de la mediación ya iniciada y emprendiera la vía judicial. ¿Acaso una sanción por actuar de forma contraria a la buena fe? El PLM guarda silencio al respecto, y la legislación autonómica, aunque establece determinados deberes de las personas sometidas a la mediación entre los que se incluye su actuación de buena fe, no prevé sanción alguna para aquéllas, y sí para los mediadores. Una posible sanción a aquella parte que, sometida a mediación, interpusiera una demanda judicial, podría ser la previsión reglamentaria de la pérdida de la provisión de fondos que hubiera entregado a la institución mediadora conforme con lo previsto en el art. 16.2, pero bastaría la comunicación previa de la parte de que desiste de continuar el procedimiento para evitar dicha sanción, por lo que tal previsión legal resultaría poco práctica, y a la vez, desincentivadora de este mecanismo extrajudicial.

A diferencia de lo establecido en el art. 11 de la Ley de Arbitraje, el inicio de la mediación no impide a los tribunales conocer de las demandas que se susciten en relación con lo que constituye el objeto de la mediación, ni produce efectos similares a la litispendencia, ni se prevé un mecanismo similar a la declinatoria para evitar la apertura de la vía judicial. De ahí que, en el Informe del CGPJ al APLM se advirtiera que *“para dotar de efectividad a la prohibición de entablar acciones judiciales constante un procedimiento de mediación se aconseja establecer la correspondiente excepción procesal, de manera que una parte pueda hacer valer la pendencia del proceso de mediación en el caso de que, sin haberse puesto fin a éste, la otra parte interponga una acción judicial o una demanda arbitral”*<sup>7</sup>.

Sin embargo, consideramos equivocado esta fórmula para impulsar la utilización de la mediación basada en asimilar dicho sistema al arbitraje, porque falla lo esencial: lo que caracteriza a la mediación es que se trata de un instrumento voluntario en el que las

---

<sup>7</sup> Informe del CGPJ, op. cit., pág. 114.

partes quieren resolver el conflicto por sí mismas y acuden a un tercero para que les ayude, no para que decida por ellos. No tiene sentido prohibir a las partes interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial si han firmado un pacto de mediación, porque ésta nacería ya desprovista de cualquier probabilidad de éxito. Es muy probable que la parte que decide interponer una demanda, a pesar de que en su momento apostara por la mediación, lo haga porque se han roto todas las vías de comunicación con la otra parte (negociaciones y requerimientos previos) y ve imposible intentar una solución consensuada. Y para tomar esta decisión no se le puede exigir que cumpla el trámite formal de convocar a la otra parte a una sesión, y para el caso de que ambas se presentaran, firmar un documento (acta) en el que se recoja lo obvio: que no existe voluntad de acuerdo y el intento de mediación debe darse por zanjado. Es curioso que al mediador se le conceda la potestad de dar por finalizado el procedimiento de mediación por apreciar de manera justificada (¿acaso deberá “motivarlo” así en el acta?) que las posiciones de las partes son irreconciliables, y sin embargo, tal posibilidad no se les permita a las partes con carácter previo al inicio del procedimiento, si en su momento firmaron un documento con la intención de someterse a mediación para resolver sus disputas.

#### *4.1.2. La exigibilidad de una mediación previa como requisito de procedibilidad para reclamaciones de cantidad a través del juicio verbal*

También sorprende la otra opción escogida para potenciar el uso de la mediación, y consistente en instaurar una mediación previa obligatoria como requisito de procedibilidad, antes de poder reclamar judicialmente cantidades que deban tramitarse conforme las reglas de los juicios verbales (inferiores a los 6.000 euros). Esta previsión no contradice la voluntariedad de la mediación pues no se obliga a la consecución de un acuerdo ni a la tramitación de un proceso de diálogo; la “obligatoriedad” se centra en intentar un acuerdo antes de acceder a la vía judicial, de modo que basta con acreditar haber intentado dicha mediación previa, bien justificando la asistencia a una primera sesión de carácter informativo, o bien justificando haber requerido de modo fehaciente a la otra parte para que se sometiera a mediación. De este modo, la regulación propuesta respetaría lo establecido en la Directiva 52/2008, que prevé la posibilidad de que las legislaciones nacionales puedan imponer obligatoriamente el uso de la mediación, siempre y cuando ello no impida a las partes el

ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial<sup>8</sup> (art. 5), y en nuestra opinión, no resulta contraria al Derecho de acceso a los tribunales consagrado en el art. 24 CE, pues no se trata de un requisito de difícil cumplimiento (STC 124/1988) que impida o dificulte dicho libre acceso, sino únicamente cierta actividad previa similar al intento de conciliación vigente hasta 1984<sup>9</sup>.

Sin embargo, esta obligatoriedad de intentar alcanzar un acuerdo y de acreditar dicho intento antes de poder reclamar judicialmente determinadas cuestiones ha sido criticado por considerarse que aquellas fórmulas de mediación que no se basan en la voluntariedad darán lugar a que las partes se muestren más reacias a llegar a acuerdos cuando se les obliga, al menos, a intentarlo, y ello repercutirá en el número de acuerdos alcanzados. Uno de los éxitos reconocidos a la mediación se basa en que las partes se sienten protagonistas en todo momento, tanto de la decisión de intentar alcanzar un acuerdo consensuado y acudir a un tercero para que les ayude en dicha tarea, como de lo acordado. Pero tampoco les falta razón a quienes defienden las ventajas de establecer tal obligatoriedad como fórmula para dar a conocer dicho instituto jurídico, de modo tal que el establecimiento de una mediación obligatoria previa cumpliría una función de divulgación y legitimación social de la mediación de manera que, una vez los ciudadanos tomen conciencia de su existencia y de las ventajas que se deducen de la misma, apostarán por aquélla en mayor medida, lo cual redundará en la consecución del objetivo perseguido: una descongestión del sistema judicial<sup>10</sup>.

El modelo escogido en el PLM se basa en una reforma del juicio verbal (arts. 437 y 439 LEC), de modo que para poder reclamar cantidades a través de dicho cauce,

---

<sup>8</sup> Adviértase que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOUE L 95, de 21 de abril de 1993, p. 29) señalaba como cláusula que podía ser declarada abusiva el “suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante (cláusula q)”.

<sup>9</sup> Cfr. LORCA NAVARRETE, A. M. (2010). Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Mediación “en asuntos civiles y mercantiles” elaborado por el Ministerio de Justicia del Gobierno de España “con los efectos procesales que de ella derivan”, (p. 8). San Sebastián, ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal; MARTÍN DIZ, F. (2010). La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia, (p. 73). Madrid, ed. CGPJ, para quien sería inaceptable y de nulo valor jurídico las disposiciones legales, las cláusulas compromisorias e incluso las resoluciones judiciales que impongan la mediación obligatoria como requisito previo e imprescindible antes de proceder en vía jurisdiccional.

<sup>10</sup> VARGAS PÁVEZ, M. (2008). “Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación”, Revista de Derecho, vol. XXI, nº2, diciembre 2008, pp. 183-202.

se prevé la necesidad de haber intentado una mediación en los seis meses anteriores a la interposición de la demanda, y acompañar a ésta el documento que acredite dicho intento (v. gr., el acta inicial, un requerimiento notarial, o la propia solicitud de mediación presentada ante una institución de mediación conforme al art. 4 PLM). Este modelo, sin embargo, presenta numerosos interrogantes.

En primer lugar, y tal como se expresa en el Informe del CGPJ<sup>11</sup>, supone reinstaurar un sistema muy similar a la conciliación previa a la demanda que se establecía en el art. 460 de la LEC 1881, derogada en virtud del art. 8 de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y se corre el riesgo de que se convierta *en una suerte de formalidad cumplimentada de forma rutinaria, y en definitiva en una traba para el acceso al sistema judicial*, ya que el propio art. 18.2 PLM reconoce que «En los supuestos de mediación obligatoria, se podrá tener por intentada la mediación y cumplida la obligación legal justificando la asistencia de al menos una de las partes. En este caso el mediador documentará tal circunstancia, entregando copia a los comparecientes». Es decir, será el futuro demandante quien tendrá la carga de instar dicha mediación y conseguir el acta que recoja la inasistencia de la otra parte, para a continuación incorporar dicho acta a su escrito de demanda sucinta de juicio verbal, convirtiendo ese intento de mediación en un simple trámite previo que no hará sino alargar en el tiempo el ejercicio del derecho de acceso a la justicia. Como apunta DE LA OLIVA SANTOS, “no se ha registrado cambio alguno en la cultura jurídica española que permita suponer que la obligatoriedad de la mediación proyectada en asuntos civiles será ahora efectiva cuando antes la conciliación resultó un mero estorbo<sup>12</sup>”.

En segundo lugar, llama la atención que ese intento de mediación sólo tenga una validez de seis meses. ¿Por qué?, ¿significa acaso que, si una vez intentada una mediación, el futuro demandante deja transcurrir dicho plazo, deberá volver a instar un nuevo intento de mediación con quien, seis meses antes, no quiso? El transcurso de dicho plazo puede deberse a múltiples causas (negociaciones, aplazamientos de los reclamos, pactos de no exigibilidad de la deuda, etc.) que no tienen por qué significar

---

<sup>11</sup> Informe de 19 de mayo de 2010, op. cit., pág. 96 y ss.

<sup>12</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A. (2011). “Mediación y Justicia: síntomas patológicos”, Otrosí, núm. 8, octubre-diciembre 2011, p. 10.

una situación “consentida” por el demandante con los mismos efectos que los previstos en el art. 728.1.II LEC para el caso de las medidas cautelares.

En tercer lugar, tampoco está clara la justificación de instaurar un intento de mediación previa sólo para *pequeñas* reclamaciones de cantidad. A pesar de que la Exposición de Motivos del PLM defiende que «Para impulsar la utilización de este instituto la ley exige acudir a la mediación en determinados casos como requisito necesario y previo al proceso o a otro procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos. En particular, así se hace en el ámbito de las reclamaciones de cantidad», lo cierto es que no en toda reclamación de cantidad deberá intentarse previamente una mediación con la contraparte, sino sólo para pequeñas cuantías que deban tramitarse conforme a los cauces del juicio verbal. Por ello, si lo que se pretende con tal regulación es facilitar el pago por parte del deudor de manera amistosa antes de acudir a la vía contenciosa, ¿por qué no intentar una mediación antes de presentar la petición inicial del proceso monitorio? Para pequeñas cuantías se le da la oportunidad de llegar a un acuerdo previo, mientras que para cuantías mucho más elevadas no se tiene en cuenta para nada la voluntad del deudor, como por ejemplo, la posibilidad de que ambas partes pudieran pactar el pago fraccionado de la deuda u otro tipo de compensación. No nos parece coherente que no se inste a las partes a lograr un acuerdo antes de acudir a la vía contenciosa para reclamaciones de grandes cantidades de dinero, con el consabido ahorro en costas que ello supondría, y sí cuando se trata de pequeñas cuantías. Presuponer de antemano la ineficacia de un intento de acuerdo amistoso cuando lo adeudado supera los 6.000 euros, y confiar en el mismo cuando lo exigible es menor, nos parece ciertamente falta de confianza por parte del prelegislador en una figura jurídica que, por el contrario, trata de impulsar.

En cuarto lugar, entendemos que dicha mediación previa al proceso podría ser instaurada, y quizá con mejores resultados, en los procesos de desahucio de finca urbana o rústica por falta de pago de las rentas o cantidades debidas por el arrendatario en los que se acumulen la pretensión de condena al pago de las mismas. En un intento por evitar la judicialización de estos conflictos a cambio de conseguir el desalojo voluntario del arrendatario, el art. 437.3 LEC prevé expresamente la posibilidad de que el demandante se comprometa en su escrito de demanda a condonar al arrendatario todo o parte de la deuda y de las costas, con expresión de la cantidad concreta, condicionándolo al desalojo voluntario de la finca dentro de un debido plazo. ¿Por qué

no instar a las partes a que intenten alcanzar un acuerdo sobre las condiciones de dicho desalojo voluntario a través de una mediación preprocesal? Dicha mediación previa podría servir igualmente para contrastar la voluntad real o no del arrendatario de desalojar el inmueble o enervar la posible acción judicial de desahucio mediante la consignación notarial de las cantidades reclamadas, si existen discrepancias respecto a la exigibilidad o cuantía de las mismas. Y ese intento de mediación previa, debidamente notificado al deudor, serviría también como requerimiento previo del arrendador a los efectos del art. 22.4 LEC.

Finalmente, también resulta cuestionable que dicha mediación no se impulse en uno de los ámbitos en los que aquélla ha demostrado sobradamente sus beneficios, como los son los procesos matrimoniales. En este sector, la mediación se ha mostrado como un instrumento válido y muy eficaz para favorecer el diálogo, y por tanto, el acuerdo consensuado entre los progenitores a la hora de cumplir sus responsabilidades parentales tras la ruptura, lo cual redundaría en una menor conflictividad judicial para reclamar o hacer cumplir tales responsabilidades, y en un mayor beneficio para todos los miembros de la familia, y especialmente, para los menores. Es más, uno de los aspectos mejor valorados de la reforma producida en España con la Ley 15/2005, de 8 de julio, de reforma del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio fue, precisamente, el reforzamiento de la autonomía de la voluntad de los cónyuges con el fin de alcanzar una solución consensuada en los temas objeto de litigio que evitara en lo posible la intervención judicial, a través de la potenciación de la mediación en cualquier momento del proceso y como recurso voluntario alternativo de solución de litigios familiares<sup>13</sup>.

Por ello, entendemos que, en caso de instaurar una mediación preprocesal obligatoria, ésta debiera imponerse respecto de aquellas materias sobre las cuales el recurso a la mediación ha demostrado sobradamente sus beneficios, como así ha resultado en el ámbito familiar<sup>14</sup>, y muy particularmente, en aquellos supuestos en los

---

<sup>13</sup> GARCÍA VILLALUENGA, L., BOLAÑOS CARTUJO, I. (2007). Situación de la mediación familiar en España. Detección de necesidades. Desafíos Pendientes, (p. 31). Madrid, ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

<sup>14</sup> Según GARCÍA VILLALUENGA (“la mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, nº4, 2010, p. 742), la Ley de Matrimonio de 1993 de Noruega impone a los cónyuges con hijos menores de 16 años acudir a la mediación familiar antes de iniciar el proceso de separación o divorcio.



que, tras la etapa judicial, las partes en conflicto están abocadas a mantener una comunicación posterior. Así, por ejemplo, en el caso de un matrimonio separado con un hijo de un año de edad, la ejecución de la sentencia judicial que recoja el convenio regulador tendrá una duración de más de diecisiete años, en los cuales pueden surgir innumerables conflictos que den lugar a diversos procesos civiles de ejecución (modificación de medidas, reclamación de impago de pensiones, etc.), de modo que no estaría de más prever mecanismos autocompositivos durante la ejecución que eviten una continua judicialización de las desavenencias familiares. De hecho, desde los juzgados de familia resulta cada vez más habitual tratar de derivar a las partes a que acudan a la mediación familiar para acercar posturas, bien de cara a la elaboración y ratificación del convenio regulador, bien de cara a lograr acuerdos que permitan superar esas situaciones de incumplimiento de las medidas judiciales recogidas en la sentencia, e incluso que sustituyan a las mismas<sup>15</sup>.

Sin embargo, hay que reconocer que otros países en los que se ha regulado una mediación obligatoria previa a la vía judicial en determinadas materias, también han excluido de su ámbito de aplicación diversos aspectos del Derecho de Familia. Así, Argentina aprobó la mediación civil obligatoria previa y, sin embargo, excluía dicho carácter obligatorio respecto a las “Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas, los Procesos de declaración de incapacidad y de rehabilitación, así como los Juicios sucesorios y voluntarios<sup>16</sup>”. Y en Chile se diferencia tres tipos de mediación: la previa (obligatoria), la voluntaria y la prohibida, estableciéndose la obligatoriedad de una mediación previa para “las causas relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y al derecho de los padres e hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular, aun cuando se deban tratar en

---

<sup>15</sup> Vid. SAP de Barcelona (Sección 18ª), de 17 de octubre de 2003; AAP de Lugo (Sección 1ª), de 5 de enero de 2007; SAP de Tarragona (Sección 1ª), de 26 de enero de 2007; SAP de Barcelona (Sección 12ª), de 5 de marzo de 2007; y SAP de Madrid (Sección 17ª) de 22 de octubre de 2009. Además, en las conclusiones definitivas del Seminario del CGPJ “Técnicas de mediación y conciliación” celebrado en Madrid los días 9 a 11 de junio de 2004, se destaca la necesidad de una reforma legal que impida que, en estos procesos de familia, *el sistema judicial lejos de contribuir a pacificar el conflicto suele incrementarlo, tanto en la fase declarativa como especialmente en la de ejecución* (recuperado el 20 de octubre de 2011 de: [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)).

<sup>16</sup> Art. 2 de la Ley 24.573, de 4 de Octubre de 1995. La posterior Ley 26.589, de 3 de mayo de 2010 sobre mediación y conciliación, mantiene esas mismas materias excluidas del carácter obligatorio de la mediación previa a todo proceso judicial.

el marco de una acción de divorcio o separación judicial<sup>17</sup>”, si bien la prohíbe para los asuntos relativos al estado civil de las personas, y en especial, las causas de divorcio, salvo en los casos contemplados por la Ley de Matrimonio Civil; la declaración de interdicción; las causas sobre maltrato de niños, niñas o adolescentes, o los procedimientos sobre adopción.

#### **4.2. El desarrollo: Elementos superfluos de la regulación legal del procedimiento de mediación**

Frente al principio de legalidad procesal establecido en el art. 1 LEC, cabe preguntarse si en la mediación es necesario o no regular cómo debe ser el procedimiento a seguir, pues la mediación se caracteriza justamente por ser lo opuesto al proceso jurisdiccional: flexible, sin reglas preestablecidas, confidencial, privada, capaz de adaptarse a las necesidades de las partes en conflicto.

En la mediación, se habla de «deslegalización», en el sentido de que la ley ocupa un papel menos central en el desarrollo de la negociación; de «desjudicialización», toda vez que la solución del conflicto no pasa necesariamente por la decisión de los órganos judiciales; y de «desjuridificación», en el sentido de que el Derecho como sistema cerrado de normas no determina de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio<sup>18</sup>. Por ello, a quienes acuden a la mediación con el deseo de llegar a un acuerdo, pudiendo haber optado por “entregar” la resolución de su problema a un tercero, no se les puede constreñir su voluntad con normas que les digan cuándo se entiende que ha comenzado dicho proceso de mediación, cuándo se puede dar por terminado o cuándo y cómo pueden actuar dentro del mismo. La voluntariedad no debe tener su reflejo únicamente en la decisión de acceder a la mediación o permanecer en ella, sino que exige que las partes asuman un papel protagonista en su desarrollo, con una participación activa en la búsqueda de una solución a su problema.

Pero, por otra parte, deben existir determinadas garantías que otorguen a los partícipes la certeza de que el esfuerzo por alcanzar una solución consensuada no será tiempo y dinero perdido, sino que tendrá un reconocimiento por parte del Ordenamiento

---

<sup>17</sup> Art. 106 de la Ley 19.968, de 30 de agosto de 2004, creadora de los Tribunales de Familia, modificada posteriormente por la Ley 20.286, de 15 de septiembre de 2008.

<sup>18</sup> ORTUÑO MUÑOZ, P. / HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (2007). Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal (p. 8). Madrid, ed. Fundación Alternativas.

jurídico. Al fin y al cabo, los sistemas ADR *son flexibles pero tienen que basarse en unas normas mínimas de calidad entre las que figuran determinados principios básicos de procedimiento*<sup>19</sup>. Y en nuestra opinión, el establecimiento de unas garantías mínimas es el factor clave para lograr el fomento y desarrollo de los sistemas ADR. Si logramos que los sistemas ADR revistan similares garantías que se predicen de los procesos judiciales, las convertiremos en una auténtica «alternativa» a la vía judicial para los ciudadanos, que optarán por escoger estos mecanismos de mayor sencillez a la par que menor coste, duración y confrontación que la vía judicial, a la hora de intentar lograr una solución a sus desavenencias. Y en este sentido, resulta muy conveniente el establecimiento de un marco regulatorio que asegure unas garantías mínimas para que los acuerdos alcanzados a través de la mediación sean eficaces y puedan ser cumplidos, y generen en los ciudadanos la confianza suficiente como para acudir a dicho método.

Ahora bien, una cosa es establecer previamente un cierto número de criterios mínimos que garanticen la transparencia del procedimiento de cara a la consecución de un acuerdo que ponga fin a la controversia (por ejemplo, el estatuto jurídico de la persona o entidad mediadora, con especial atención a su profesionalidad, sus derechos, deberes y obligaciones; el régimen de la confidencialidad de la información tratada; la eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación; los costes de la mediación; o el modo de impugnar el acuerdo), y otra muy distinta es normar hasta la saciedad aspectos accesorios y banales como, por ejemplo, que las partes deben respetar los puntos de vista por ellas expresados (art. 8); que las partes deben prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad (art. 11.3); que se debe establecer por escrito el programa de actuaciones, el lugar de celebración o la lengua del procedimiento (art. 20); que el mediador facilitará a las partes la exposición de sus posiciones y su comunicación de modo igual y equilibrado (art. 22); o que las mediaciones para la reclamación de cantidad inferior a 300 euros deberán intentar resolverse a través de medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes (art. 25.2).

---

<sup>19</sup> Vid. el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, publicado por la Comisión el 19 de abril de 2002, pág. 30. COM (2002) 196 final.

#### *4.2.1. La ¿flexibilidad? de la mediación*

Resulta indispensable discernir cuáles son verdaderamente los principios rectores y las garantías esenciales del procedimiento, y cuáles constituyen meras formulaciones retóricas y superfluas debido al exceso de celo del legislador, ya que el carácter voluntario de la mediación está claramente relacionado con la flexibilidad que se predica del procedimiento de mediación, caracterizado por un amplio margen otorgado a las partes (a su autonomía de la voluntad) para decidir la forma, los plazos, el número de sesiones, las cualidades y requisitos del tercero interviniente, etc.

La mayor flexibilidad de la mediación, tanto en su tramitación como en cuanto a la formulación del contenido del acuerdo que se pueda alcanzar en su seno, constituye una ventaja frente a la rigidez del procedimiento judicial, aunque ello no significa que se puedan obviar determinados límites (la legalidad y otros principios inherentes, como el orden público, la ética y deontología profesional, o el interés superior de los menores). Esta autonomía de la voluntad reconocida a las partes no significa, sin embargo, total discrecionalidad a la hora de articular el procedimiento de mediación que desean seguir para alcanzar un acuerdo satisfactorio para ambas que ponga fin a su disputa, ¿o acaso sí?

Ya que la mediación es un método de solución consensuada de conflictos que se distingue, precisamente, por su carácter informal, privado, casi espontáneo y no sujeto a normas, no tendría sentido que se obligara a dos sujetos enfrentados, que desean llegar a un acuerdo, a seguir un determinado procedimiento reglado para poder alcanzar el mismo. Por el contrario, esto es justamente lo que llevan a cabo las distintas legislaciones reguladoras de la mediación familiar y es lo que pretendía hacer el PLM: someter a esas partes al cumplimiento de determinados requisitos si desean servirse de determinados beneficios (por ej., servicios sociales puestos a su disposición, o gratuidad del servicio prestado) o si desean que el ordenamiento jurídico reconozca determinados efectos a esa búsqueda de una solución consensuada (v. gr., suspensión de los plazos de prescripción y caducidad, confidencialidad de la información aportada, consideración de título ejecutivo, fuerza de cosa juzgada, etc). Ni las leyes autonómicas ni el PLM impiden la existencia de una mediación “paralegal”, si por ésta entendemos aquella que puede desempeñar cualquier tercero con interés en que las partes en conflicto resuelvan pacíficamente sus diferencias, como por ejemplo, un familiar, un vecino común, el

párroco del pueblo, el juez de paz, etc.; simplemente establecen una serie de requisitos a cumplir para que esa mediación sea reconocida como tal a los oportunos efectos legales anteriormente citados.

Consecuencia de ello, y a pesar de que la «flexibilidad» se declare expresamente como una de sus notas características<sup>20</sup>, podemos afirmar que la mediación reglada en el PLM no se caracteriza precisamente por ser un procedimiento *flexible*, pues el grado de autonomía reconocido a las partes para configurar la tramitación a seguir es menor que la concedida en la configuración de un arbitraje, en el que la mayoría de las normas son dispositivas y, por tanto, modificables por acuerdo de las partes.

La Ley de Arbitraje otorga una amplia autonomía a las partes para convenir los plazos de notificaciones (art. 5), la determinación del número de árbitros (art. 12) y sus características (art. 13), el procedimiento de designación de los árbitros (art. 15), su número, el plazo de aceptación (art. 16), el procedimiento de recusación (art. 18), remoción (art. 19) y sustitución (art. 20), la potestad arbitral de acordar medidas cautelares (art. 23), determinación del procedimiento a seguir (art. 25), el lugar del arbitraje (art. 26), el momento de inicio (art. 27), su idioma (art. 28), la posibilidad de modificar o ampliar las peticiones presentadas inicialmente (art. 29), la forma de las actuaciones arbitrales (art. 30), las consecuencias de la falta de comparecencia de las partes (art. 31), el nombramiento de peritos y la participación de las partes en la audiencia de los mismos para interrogarles, y la aportación de dictámenes de peritos libremente designados por cada parte (art. 32), etc. Los únicos límites a esta autonomía de la voluntad de las partes se reflejan en el respeto a los principios de igualdad, audiencia y contradicción.

La mediación reglada, por el contrario, concede menos posibilidades a las partes de configurar a su voluntad los trámites a seguir para alcanzar un acuerdo “mediado” a los efectos legales, ya sea para garantizar la calidad del servicio o la eficacia del

---

<sup>20</sup> Así se establece, por ejemplo, en el art. 8.1 de la Ley 4/2001 de Galicia; art. 4.2 de la Ley 15/2003 de Canarias; el art. 4.e) de la Ley 1/2007 de la Comunidad de Madrid; art. 8.g) de la Ley 1/2008 del País Vasco; art. 12 de la Ley 1/2009 de Andalucía; art. 2.g) de la Ley 14/2010 de las Islas Baleares; art. 7.g) de la Ley 9/2011 de Aragón; o el art. 11 de la Ley 1/2011 de Cantabria. Como especialidad, el art. 4.9 de la Ley 1/2006 de Castilla y León habla de “Sencillez y celeridad del procedimiento de mediación”. También el PLM declara en su Exposición de Motivos que la mediación “es un procedimiento sencillo y flexible que permite que sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus líneas fundamentales”.

acuerdo<sup>21</sup>. Es más, si la regla general debiera ser conceder autonomía a las partes para articular el procedimiento a seguir, y a falta de acuerdo, establecer unas normas procedimentales mínimas, tal y como sucede con lo dispuesto en el art. 25 de la Ley de Arbitraje, la Ley 4/2005 del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar en Castilla-La Mancha cambia el orden, y declara abiertamente que «El procedimiento de mediación familiar se registrá por las normas previstas en el presente Capítulo y en lo no previsto en este Capítulo, las partes y la persona mediadora establecerán de mutuo acuerdo el desarrollo del procedimiento (art. 13)». De esta manera, la mediación reglada exige a las partes el respeto a numerosos requisitos respecto a plazos, forma de las solicitudes y notificaciones, la propia tramitación de la mediación, los requisitos del mediador o de la institución mediadora, trámites a seguir para su nombramiento, aceptación, renuncia, sustitución, etc., y se da la paradoja de que la legislación actual exige más requisitos para poder actuar como tercero mediador, sin capacidad de resolución, que para ser árbitro (y por tanto, poder imponer la resolución del conflicto a través de la emisión de un laudo con efectos de cosa juzgada).

### **4.3. El Final: la ejecutividad del acuerdo de mediación**

Según lo dispuesto en los arts. 24 y 26 PLM, así como las correspondientes reformas procesales recogidas en la Disposición Final Cuarta del mismo, el acuerdo de mediación formalizado conforme a lo dispuesto en dicha Ley tendría eficacia ejecutiva y sería título suficiente para poder instar la ejecución forzosa en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y ésta ha sido, sin ninguna duda, la novedad más criticada, por atribuir la cualidad de título ejecutivo a un documento privado no intervenido por fedatario público<sup>22</sup>.

Los títulos ejecutivos se caracterizan por su «indiscutibilidad», en el sentido de que la obligación a que se refiere aparece ya como no dudosa, o más exactamente, aparece no supeditada a declaración previa alguna sobre su existencia, validez y exigibilidad, bien porque la cuestión controvertida entre las partes haya sido resuelta de manera firme por un órgano judicial (o su “equivalente jurisdiccional”: el árbitro), o

---

<sup>21</sup> La EE.MM del Proyecto habla erróneamente de requisitos “para dar validez al acuerdo que las partes puedan alcanzar”.

<sup>22</sup> Interesantes críticas son las vertidas por DE LA OLIVA SANTOS (2011, op. cit., p. 12) y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (2011. “La limitada ejecutoriedad de la escritura pública: incoherencia del sistema”, El Notario del siglo XXI, nº38, julio-agosto, p. 8 y ss.).

bien porque el derecho u obligación se contengan en determinados documentos de los que surge una fundada apariencia de veracidad. Por ello, la Ley también otorga fuerza ejecutiva a determinados documentos extrajudiciales públicos y mercantiles porque se parte de la idea de que quien expresa su voluntad de quedar obligado y ello lo hace en tales documentos, lo hace porque realmente debe realizar esa obligación.

De ahí que se haya cuestionado, en primer lugar, que un documento privado no intervenido por fedatario público pueda adquirir ejecutividad, pues el mediador no es fedatario público y la posible protocolización notarial del acuerdo a instancia de una sola de las partes no equivale en modo alguno a la dación de fe sobre el hecho del pacto. Si ha ello se le añade la circunstancia de que el PLM no exija expresamente preparación jurídica para poder actuar válidamente como mediador, el riesgo de que el acuerdo no sea finalmente válido ni legal es apreciable.

En segundo lugar, el acuerdo se equipara, en lo que a la tramitación de su ejecución y oposición se refiere, a los títulos judiciales y arbitrales. Ello le convertiría en un título ejecutivo “especial” con un alcance muy superior al resto de títulos ejecutivos extrajudiciales, pues a pesar de tratarse de un documento extrajudicial, seguiría el mismo camino que las resoluciones judiciales y arbitrales en cuanto a su ejecución, y por tanto, posibilitaría proceder al embargo de bienes del deudor sin necesidad de requerimiento de pago previo, cuando la obligación contenida en el acuerdo de mediación consistiera en entregar cantidades determinadas de dinero (proyectado art. 580 LEC). Con ello, se daría la paradoja de que el acuerdo de mediación alcanzaría mayor fuerza ejecutiva que una escritura pública notarial, pues con independencia de la naturaleza de las obligaciones y prestaciones estipuladas en dicho acuerdo, éste sería título ejecutivo suficiente para acudir a la fase de ejecución forzosa en caso de incumplimiento, mientras que si se tratase de una escritura pública notarial, la obligación contenida en la misma debería ser en todo caso líquida y superior a los 300 euros. Tal y como ha ironizado GONZÁLEZ-CUÉLLAR, *«un documento expedido por un, pongamos, profesor de educación física llevará aparejada ejecución con independencia de la naturaleza de la prestación, mientras que el autorizado por Notario, previa identificación de los otorgantes, comprobación y calificación de su capacidad, control de su legalidad y cumplimiento de cuantas normas para la prevención del fraude fiscal y blanqueo de capitales le vinculan, no será ejecutorio más*

*que si se establece prestaciones de dar líquidas o liquidables en dinero superiores a 300 euros. Resulta inentendible<sup>23</sup>».*

Es más, como quiera que el PLM equipara el acuerdo de mediación, a efectos de ejecución, a las resoluciones judiciales y laudos arbitrales (arts. 517.2.2º, 518, 539.1, 545.2, etc.), el ejecutado no podría oponer, ante el eventual despacho de ejecución, los motivos recogidos en el art. 557 LEC, aunque constaran en un documento público notarial (v. gr., Compensación de crédito líquido que resulte de documento que tenga fuerza ejecutiva; u otra Transacción, siempre que conste en documento público).

En tercer lugar, el régimen de impugnación del acuerdo de mediación resulta también cuestionable. En principio, y como quiera que se presume que el acuerdo será fruto de la voluntad real de las partes, el PLM sólo permite la anulación del acuerdo de mediación a instancia de parte por infracción de los requisitos previstos en los apartados 1, 2 y 3 del art. 24 PLM (a saber: por extralimitación del acuerdo con respecto a las materias sometidas a la mediación, o por falta de determinados requisitos formales —identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume, indicación del mediador y de la institución, o falta de la firma de alguna de las partes o del mediador—). Además, sólo es posible ejercitar dicha impugnación a través de la acción de anulación prevista en el art. 24.4 PLM en un reducido plazo de treinta días naturales a contar desde el día siguiente a la firma del acuerdo de mediación (plazo inferior al previsto para ejercitar la acción de anulación de laudos arbitrales), por los cauces del juicio verbal, y ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o residencia del demandado o de cualquiera de ellos, si fueren varios.

Sin embargo, en la práctica, la posibilidad de que dicho acuerdo no llegue nunca a ejecutarse es muy elevada, debido a esa falta de control previo de legalidad. Bastaría con que el acuerdo infrinja cualquier disposición normativa para que, bien de oficio, bien a instancia de parte, se frene su ejecución. Por ello, se ha criticado que “en la hipótesis de que la mediación nueva fuese un cauce de solución masiva de controversias en asuntos civiles y mercantiles, no sería de excluir que la disminución de procesos declarativos se viese compensada por un nada despreciable incremento de ejecuciones

---

<sup>23</sup> GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (2011), op. cit., p. 13.



forzosas<sup>24</sup>”, pues a costa de no exigir un control de legalidad previo a la apertura de la fase ejecutiva, serían los tribunales los encargados de llevar a cabo un control *a posteriori*, y lo que es peor, ello podría redundar en un mayor colapso de la Administración de Justicia; una “sobrecarga” de trabajo que era precisamente lo que el PLM pretendía evitar.

A instancia de parte, y aunque los motivos de oposición del ejecutado serían menores por tratarse de un título ejecutivo asimilado a las resoluciones judiciales y arbitrales, se podría excepcionar: la nulidad radical del despacho de la ejecución por no cumplir el acuerdo de mediación con los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución (art. 559.3º LEC), la falta de autenticidad del acuerdo, si no estuviera protocolizado notarialmente (art. 559.4º LEC), el pago o cumplimiento de lo ordenado en el acuerdo, justificándolo documentalmente (art. 556.1º LEC), pero sobre todo, que el contenido del acuerdo es contrario a Derecho (art. 556.1º LEC).

Y de oficio, a diferencia de lo que sucede respecto a la intervención judicial en el arbitraje, cuyo control debe ser mínimo y reducirse a examinar la legalidad del acuerdo de sometimiento a arbitraje, la arbitrabilidad de la materia y la regularidad del procedimiento<sup>25</sup>, el control judicial sobre el contenido del acuerdo emanado de una mediación reglada hubiera sido absoluto, pues el art. 29 PLM establecía con carácter imperativo que *No podrán ejecutarse los acuerdos cuyo contenido sea contrario a Derecho*, y el párrafo añadido al art. 551.1 LEC exigía del tribunal que *cuando se trate de una demanda ejecutiva, consecuencia del incumplimiento de un acuerdo de mediación, el Tribunal deberá verificar que su contenido no sea contrario a Derecho*. De este modo, el control judicial no se referiría únicamente a los presupuestos y requisitos procesales y formales —v. gr., la competencia del tribunal (art. 545.2 LEC), el plazo de espera (art. 548 LEC), o los documentos a aportar junto con la demanda ejecutiva (art. 550.1.1º LEC) —, sino al propio fondo del asunto.

---

<sup>24</sup> DE LA OLIVA SANTOS (“Mediación y Justicia...”, op. cit., p. 9.

<sup>25</sup> ATS, sala 1ª, de 21 de febrero de 2006. En el mismo sentido, el AAP Madrid, sección 21ª, de 7 de septiembre de 2004 declara que, al ser “equivalente jurisdiccional”, la intervención judicial en la ejecución forzosa de tales decisiones debe limitarse a despachar ejecución por los trámites de las sentencias firmes, salvo en el procedimiento de anulación específico de tales laudos.