
LA EFICACIA DE LA MEDIACIÓN: CUESTIÓN DE PERSPECTIVAS¹

Karin J. Robles Ramos²

Resumen

La mediación es el objeto de estudio de este Artículo. Esta institución jurídica se ubica en la edad media, aludiendo al concepto de “amigables componedores” utilizado para referirse a los mediadores. La mediación tiene la particularidad de resolver de forma comprensiva los conflictos, incluyendo la solución del aspecto legal visible y el contexto integral del problema. Entre los métodos alternativos de resolución de conflictos, la mediación ha probado ser una opción eficaz, rápida y promotora de una mejor convivencia social. El secreto de su efectividad está en que las partes son las protagonistas del proceso. Su práctica confronta la visión tradicional de la sociedad española que entiende que la única forma viable para resolver sus controversias es mediante los litigios judiciales. Esta concepción social de la justicia ha ido variando para dar cabida a otros métodos. Se describe la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles de España y las dos tesis doctrinales que surgieron como resultado de su aprobación. Una que considera que la mediación es eficaz en sí misma. Y otra que entiende que para que la mediación extrajudicial sea eficaz deberá depender del proceso judicial civil. El argumento central del Artículo es que no se trata de una guerra entre los jueces y los mediadores, sino de definir cuál es el método de resolución de conflicto más idóneo para atender un conflicto de manera comprensiva. Se concluye estableciendo que se debe fortalecer la eficacia del acuerdo de mediación al limitar la autonomía de la voluntad de las partes en la fase de su cumplimiento, puesto que tal actuación no desnaturalizaría a la institución jurídica.

Palabras clave: mediación, principio de voluntariedad, autonomía de la voluntad, eficacia contractual, métodos alternativos de resolución de conflictos, resoluciones extrajudiciales, derechos subjetivos

Abstract

Mediation is the subject matter of this article. This legal institution is located in the Middle Ages, referring to the concept of “amigables componedores” or conciliators, used to refer to mediators. Mediation resolve conflicts comprehensively, including the resolution of evident legal aspect and the hidden social problem. Among other alternative methods of conflict resolution, mediation has proven to be an effective, fast and promotes better option solutions for social life. The secret of its effectiveness is that the parties are the protagonists of the process. Its practice confronts the traditional view of Spanish society that understands that the only viable way to resolve their disputes and access to justice is through litigation. This social conception of justice has varied to accommodate other methods of conflict resolution. The Law on Mediation in Civil and Commercial Affairs of Spain is discussed, along with two doctrinal theses that emerged as a result of its approval. One that it believes that mediation is effective in itself. And another who understands that for court mediation to be effective should depend on the civil judicial process. The central argument of the article is that there is no war between judges and mediators, but the necessity to define what is the most appropriate method to address dispute resolution in a comprehensive manner. It is concluded that by strengthening the effectiveness of the mediation agreement will limit the autonomy of the parties at the stage of compliance, but such action does not vitiate the legal institution.

Keywords: mediation, principle of voluntariness, autonomy, effective contracts, alternative methods of dispute resolution, extrajudicial decisions, subjective rights

“El fin [deseable] de la avenencia... [es] el pacto. Y no le es de esencia crear un título ejecutivo, sino ingeniárselas para alumbrar un acuerdo que, en la medida que favorezca a todas las partes, será un acuerdo duradero” (Fernández Ballesteros, 2013, p. 14).³

La sociedad española, igual que aquellas existentes en la mayoría de los países de corte continental, está predispuesta a resolver sus problemas a través de los procedimientos judiciales tradicionales. Esto porque, culturalmente, se ha entendido que la única forma viable de atender los conflictos es mediante la confrontación legal en un contexto heterocompositivo, donde el Juez es quien tiene la potestad absoluta para dirimir y resolver cuál de las partes en controversia debe prevalecer en derecho. De esta forma, los ciudadanos españoles han considerado que pueden viabilizar su derecho de acceso a la justicia.

Esta concepción social de la justicia, la manera de acceder a ésta y la devoción por el litigio, no ha surgido en el abstracto, sino que tiene su justificación en varias consideraciones. Así lo comprende, también, la profesora Silvia Barona Vilar al expresar que “... son muchos los factores que han llevado a mantener ese culto por el litigio, no sólo razones de formación jurídica universitaria, de praxis judicial, de potenciación legislativa, entre otras, sino también razones históricas que vienen enlazadas con coordenadas incluso religiosas, con influencias del modelo inquisitivo, impositivo, que propugna más la decisión impuesta por un tercero que la posible viabilidad de la negociación, del pacto o del acuerdo” (Barona Vilar, 2012, pp. 23-24).

A pesar de esta realidad cultural, a nivel internacional se fue experimentando una metamorfosis dirigida a proveerle a los ciudadanos nuevas vías o métodos diversos de solución de conflictos, más allá del provisto por los tribunales. Tal fenómeno se inició durante la década de los 70 en los Estados Unidos y fue incorporado, años más tarde, en Europa y, por supuesto, en España (Castillejo Manzanares, 2013a, p.19).⁴ Este cambio de enfoque propuesto, de un Estado orientado, principalmente, a garantizar los derechos de las personas a través de los tribunales a uno en el cual se asegure la tutela judicial de los ciudadanos mediante la identificación y utilización

del método más apropiado para una controversia concreta, es producto de las transformaciones y complejidades a las cuales han estado expuestas las sociedades actuales.

Por un lado, y en el caso concreto de España, los justiciables se muestran cada vez más receptivos a ser expuestos a nuevas vías de gestión y solución de sus problemas. Sobre este particular, el Centro de Investigaciones Sociológicas develó que de una muestra de 2471 personas, 1411, es decir, 57.1%, expresó que preferiría resolver sus conflictos con otra persona a través de intentar llegar a un acuerdo, aunque el mismo le implicara alguna pérdida; 358 de los encuestados, o sea, el 14.5%, acudiría a una tercera persona, ya fuera amigo o conocido, que les ayudara a llegar a una solución beneficiosa para ambas partes; y sólo 536 individuos, es decir, el 21.7%, manifestó que contactaría a un abogado para someter la controversia ante los tribunales y poder obtener todo lo que en derecho le correspondería.⁵ Por otro lado, la diversidad de conflictos, matizados por factores sociológicos y económicos, hace recomendable recurrir a otros métodos de solución de conflictos cuando en el contexto fáctico del caso están presentes elementos, tales como:

...relaciones de carácter personal o familiar entre las partes en [controversia], ... dichas relaciones han de perdurar en el tiempo, ... existen varias disputas conectadas que hacen recomendable su abordaje conjunto, ...hay varias partes en conflicto, ...se pretende salvaguardar la privacidad de dichas partes, ...existe la necesidad de rapidez en la resolución del conflicto, se pretenden economizar gastos en la gestión del mismo, etc. (Carretero Morales, 2013, p. 78)

La consecuencia lógica de la aplicación de estos mecanismos será el descongestionamiento o el alivio de la carga de trabajo de los tribunales. Siempre teniendo en cuenta que la idea no es “renunciar al proceso judicial o menospreciar su importancia como métodos de solución de conflictos jurídicos, todo lo contrario, de lo que se trata es de preservar al mismo para aquellas situaciones que precisamente hagan recomendable que, por las circunstancias específicas concurrentes en el conflicto a tratar, la vía judicial sea el método indicado para

dar la solución más adecuada” (Carretero Morales, 2013, p. 73).⁶

Precisamente, la mediación, que es el objeto de estudio de este Artículo, es una de las modalidades de métodos alternativos de resolución de conflictos que se ha ido desarrollando, tomando auge y adhiriendo en los ordenamientos jurídicos modernos como una opción eficaz, rápida y promotora de soluciones favorables que posibiliten una mejor convivencia social. Han sido diversas las conceptualizaciones que sobre este procedimiento se han elaborado. Sin embargo, resulta muy acertada y completa la presentada por los académicos Raúl De Diego Vallejo y Carlos Guillén Gestoso (2013). Concretamente, estos profesores definen la mediación, en términos generales, como:

... un proceso confidencial, voluntario y estructurado de gestión y resolución de conflictos que sirve para que dos partes..., que estén inmersas en algún conflicto entre sí, consigan solucionarlo de una forma satisfactoria, aceptando la ayuda de una persona mediadora profesional, experta y debidamente formada, que tiene como características principales la de ser imparcial y no imponer acuerdos, pero dirigiendo a las partes a la consecución de los mismos y al logro de su cumplimiento, siendo éstos equilibrados y equitativos. (p. 19)

Por su parte, la Dra. Leticia García Villaluenga, en términos específicos, precisa que la mediación familiar, que ha resultado ser el ámbito donde más cabida se le ha conferido a esta institución, es “un sistema cooperativo de gestión y resolución de conflictos entre los miembros de una familia, entendida ésta en sentido extenso, el cual, a través de un proceso no jurisdiccional, voluntario y confidencial, posibilita la comunicación entre las partes para que traten de plasmar los intereses comunes en un acuerdo viable y estable que resulte satisfactorio para ambas y atiende, también, a las necesidades del grupo familiar, especialmente las de menores y discapacitados; dicho proceso es facilitado por el mediador, que es un tercero imparcial, neutral, capacitado idóneamente y sin ningún poder de decisión” (Corvo López, 2009, p. 271-272, citando a García Villaluenga, 2006, p. 274 y 275). De ambas

definiciones se puede resaltar que, contrario al clásico proceso judicial, la mediación es un sistema autocompositivo donde las partes al ser las protagonistas del proceso, que resulta ser uno confidencial y flexible, tienen el control sobre el resultado, es decir, determinan si se llega o no a un acuerdo, y al ser una resolución de cara al futuro, éstas sabrán cómo proceder ante el enfrentamiento de situaciones similares.

Aunque, como se destacará más adelante, no fue hasta el siglo XXI que el legislador estatal español le otorgó soporte legal a la mediación, es importante destacar que esta institución jurídica ha formado parte de la tradición española desde mucho tiempo antes. Al respecto, Miguel Ángel Fernández Ballesteros (2013) expresa:

Resulta así que el natural deseo de las partes de huir del litigio y confiar su desavenencia a los buenos oficios **de un mediador o alvedriador es fórmula muy antigua** – incluso muy castiza – aunque nuestro neófito y entregado Legislador crea que es muy nueva, muy avanzada, de inaplazable implantación y cercanamente emparentada con el inalienable derecho a la tutela judicial efectiva. En realidad, **desde el Fuero Juzgo (circa 650) hasta las Partidas (circa 1250) el juicio de alvedriadores, avenidores u hombres buenos (o sea, los mediadores) era la regla**: el único y ordinario modo de resolver controversias entre gentes sencillas, comerciantes y parientes. Tras las Partidas, el juicio de alvedriadores – distinto del arbitraje – **se hizo sinónimo de juicio de amigables componedores**, era el más frecuente en la práctica, y con él se pretendía tomar distancia tanto del formalismo de los procesos judiciales, como de las rigideces del derecho material (o sea de las formas, aún incipientes, de la litigación ante los jueces estatales). (p. 148) (Énfasis suplido)

De esta forma, parecen acertadas las expresiones de la Prof. Raquel Castillejo Manzanares al indicar que: “... el aún mayoritario monopolio de la Jurisdicción y el Poder Judicial para el enjuiciamiento y fallo de los conflictos deviene

del paso de una sociedad primitiva, en la que predominaba la autodefensa del interés o la autocomposición del conflicto, a la sociedad configurada como Estado, en la que éste último asume la resolución del litigio como potestad exclusiva”.⁷

Más aún, la mediación es tan antigua que incluso puede remontarse hasta la época de Aristóteles. Sobre el particular, resultan muy significativas unas expresiones contenidas en una obra escrita por Aristóteles en el siglo IV a.c., que se convirtió en uno de los primeros tratados sobre la ética. Veamos.

Por esta razón, todas las veces que los hombres disputan entre sí, recurren al juez. Ir al juez es ir a la justicia, pues el juez ideal es, por decirlo así, la justicia animada. **Las partes buscan en el juez como un medio entre ellas; y de aquí que en algunos lugares se llame a los jueces mediadores, como dando a entender que cuando alcanzan el medio alcanzan la justicia.** Lo justo es, pues, un medio, puesto que el juez lo es. (Aristóteles, 2004, p. 84) (Énfasis suplido)

Trasfondo Normativo de la Mediación en España

En España, la primera vez que, en términos normativos, se alude a la mediación fue en la Ley 15/2005 del 8 de julio, mediante la cual se modificaron el Código Civil⁸ y la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)⁹ en cuanto a aspectos relacionados a la separación y el divorcio. Específicamente, a través de esta legislación se enmendó la LEC a los efectos de añadirle un apartado 7 al Artículo 770, de manera que las partes tuvieran la posibilidad de suspender, de común acuerdo, el proceso judicial de separación o divorcio para acogerse al procedimiento de mediación.¹⁰ La intención de esta enmienda se concretizó en la Exposición de Motivos del mencionado estatuto, al manifestarse que “[c]on el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de una familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral”. Para posibilitar este objetivo, en la Disposición Final Tercera de dicho estatuto se encomendó al Estado enviar a

las Cortes un Proyecto de Ley sobre Mediación fundados en los principios establecidos por la Unión Europea y, en todo caso, en la voluntariedad, imparcialidad, confidencialidad y el respeto a los servicios de mediación instituidos por las Comunidades Autónomas.

Posteriormente, el 21 de mayo de 2008, la Unión Europea aprobó la Directiva 2008/52/CE para viabilizar la mediación en asuntos civiles y mercantiles en el marco limitado de los conflictos transfronterizos, aunque dando margen para que los Estados Miembros aplicaran las mismas reglas en el contexto de los procedimientos de mediación de carácter nacional.¹¹ El plazo para que los Estados transpusieran dicha Directiva finalizaba el 21 de mayo de 2011.¹²

Para cumplir con los dos sucesos históricos previamente señalados, el 19 de febrero de 2010, se elaboró un Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles que se convirtió en el Proyecto de Ley Estatal 121/000122 de 8 de abril de 2011, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 29 de abril de 2011 (García Villaluenga y Rogel Vide, 2012, pp. 9-10). El proceso de tramitación de dicho proyecto en la legislatura no finalizó por causa de la disolución de las Cortes y por adelantarse las elecciones generales (García Villaluenga y Vázquez De Castro, 2013, p. 74; López Barba, 2013, p. 239).

Ante la posibilidad de sanciones, por parte de la Unión Europea, al no trasponerse la Directiva 2008/52/CE en el tiempo pautado, se procedió a incorporar la misma en el derecho español a través del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (García Villaluenga y Vázquez De Castro, 2013, p. 74; López Barba, 2013, p. 239). Este proceder legislativo se justificó en el Artículo 86, apartado 1, de la Constitución de España de 1978, mediante el cual se permite desarrollar disposiciones legislativas provisionales en forma de Decreto-leyes ante situaciones de “extraordinaria y urgente necesidad”. Sin embargo, para cumplir con el Artículo 86, apartado 2, de la Constitución de 1978, y por el hecho de que el contenido de la mencionada normativa se excedía del ámbito estatuido por la Unión Europea en la Directiva, expandiendo su marco de acción para establecer un régimen general aplicable a la mediación que se realizara en España con la finalidad de ser vinculante, el Real Decreto-Ley 5/2012 fue sometido a debate y votación ante el

Congreso de Diputados, organismo que lo convalidó y acordó tramitarlo como Proyecto de Ley, el 29 de marzo de 2012 (García Villaluenga y Rogel Vide, 2012, pp. 10, 11 y 13-17). Finalmente, este Proyecto de Ley se conformó en lo que hoy día se conoce como la Ley 5/2012 de 6 de julio, conocida como Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (García Villaluenga y Vázquez De Castro, 2013, pp. 75-76 y nota 12; López Barba, 2013, p. 241 y nota 14).¹³

Concepción del Acuerdo de Mediación Respecto a su Eficacia

Este devenir y vaivén legislativo generó muchos cuestionamientos doctrinales científicos. Esto, a pesar de que tanto el Real Decreto-Ley 5/2012 como la Ley 5/2012 eran una copia casi literal del Proyecto de Ley del 2011 (López Barba, 2013, p. 239). En concreto, las polémicas doctrinales surgieron en relación a la materia de la eficacia del acuerdo de mediación, ya que la finalidad y espíritu de la propuesta pre-legislativa original, respecto a este particular, había variado considerablemente al momento en que finalmente se aprobó la legislación de mediación (Barona Vilar, 2013, p. 453). De un lado, los propulsores del Proyecto de Ley de 2011 pretendían hacer de la mediación una institución imprescindible tanto para los ciudadanos como para el sistema judicial, confiriéndole al acuerdo obtenido como resultado de este procedimiento una eficacia ejecutiva. Tal apreciación se hace patente en la Exposición de Motivos del texto proyectado que, en lo pertinente, establecía lo siguiente:

La presente Ley apuesta por la mediación porque ve en ella un cause con claros beneficios para la Administración de la Justicia y para los ciudadanos que podrían disponer, si voluntariamente así lo deciden, de un instrumento muy sencillo, ágil, eficaz y económico para la solución de sus conflictos, alcanzando por sí solos un acuerdo al que esta ley otorga fuerza de cosa juzgada, como si de una sentencia judicial se tratase. (Apartado 1 de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Núm. 122-1, 2011, p. 2)

...

El objetivo último de esta regulación es el **reconocimiento del acuerdo de mediación como título ejecutivo**, cuya ejecución podrá instarse directamente ante los tribunales siempre que se cumplan los requisitos legalmente exigidos. (Apartado 3 de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Núm. 122-1, 2011, p. 2)

...

...el capítulo V regula la ejecución de los acuerdos, ajustándose a las previsiones que ya existen en el Derecho español, si bien con la importante novedad de **reconocerlos como títulos que llevan aparejada ejecución**, sin otras formalidades adicionales... (Apartado 4 de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Núm. 122-1, 2011, p. 3) (Énfasis suplido)

Igualmente, esa intención se develaba de su Artículo 24, apartados 2 y 3, donde, respecto al primero, se disponía que el acuerdo firmado por las partes o sus representantes legales tenía que ser sometido para la firma del mediador, a los 10 días de haberse realizado el acta final. Mientras, el otro apartado aludía, en lo esencial, que constituiría título ejecutivo el documento en el que se incorporara el acuerdo de las partes.

Contrariamente, tanto en el Real Decreto-Ley 5/2012 como en la Ley 5/2012, los legisladores le otorgaron al acuerdo de mediación una eficacia puramente contractual.¹⁴ Aunque, en el estatuto vigente se corrigieron algunas deficiencias que mantenía el Real Decreto-Ley, provenientes del texto copiado del Proyecto de Ley del 2011 que tenía, como destacado previamente, una intención muy particular, que no resultaban ser consecuentes e incluso eran contradictorias con la nueva filosofía que la Legislatura mantenía con relación a la institución de la mediación. En concreto, se eliminó el Artículo 23.2 que requería que el acuerdo fuera firmado por el mediador a los 10 días de la fecha del acta final. También, en el Artículo 25.1 se hizo expreso que no era necesaria la presencia del mediador al momento de que las partes presentaran el acuerdo ante notario para elevarlo a escritura pública. Además, se eliminó el Artículo 28 porque disponía que los acuerdos contrarios a Derecho no podían ejecutarse, salvedad

que ya no era necesaria debido a que en el Artículo 25.2 se vinculaba la fuerza ejecutiva de los acuerdos de mediación a la intervención del notario que era el encargado de asegurarse de la legalidad de lo acordado (López Barba, 2013, p. 240, citando a Castro-Girona Martínez, 2010, pp. 9-107, esp. las pp. 63-70).

No cabe duda que la aplicación de uno u otro tipo de eficacia al acuerdo generado mediante el procedimiento de mediación está estrechamente relacionado a la concepción o perspectiva que los estudiosos del derecho tengan de la misma. En otras palabras, si los integrantes de la doctrina científica consideran que lo que caracteriza a la mediación es su sentido de voluntariedad, que debe estar presente en todas las etapas del procedimiento, incluso en el momento de la conformación del acuerdo, favorecerán que se le otorgue una eficacia contractual a lo pactado por las partes. En cambio, si los académicos perciben la mediación no sólo como un método alternativo o complementario de resolución de conflicto sino, también, como el mecanismo propicio para lograr la eficiencia y efectividad de la Administración de Justicia, entonces, optarán por defender que el acuerdo de mediación tenga una eficacia ejecutiva.¹⁵

Este contexto fáctico ha servido de base para la elaboración de las respectivas tesis doctrinales, siendo respectivamente, una de la otra, su antítesis, sobre la materia del grado de eficacia de los acuerdos de mediación. Por un lado, está el planteamiento doctrinal, elaborado por los defensores de la mediación, en cuanto a que esta institución de gestión y resolución de conflictos es eficaz en sí misma. Mientras, por otro lado, está el grupo de estudiosos que entiende que la mediación no puede ser, por sí sola, plenamente eficaz y que para serlo requiere la ayuda del proceso civil, es decir, de la tutela jurisdiccional. A continuación, se procederá a presentar algunos de los argumentos en los cuales se sostienen las respectivas tesis doctrinales, comenzando la discusión por la postura que entiende que la mediación es eficaz.

Tesis: La Mediación es Eficaz por sí Misma

Se razona que la mediación es eficaz en la medida en que, al gestionar o resolver un conflicto que afecta derechos subjetivos disponibles, su proceder y funcionamiento es

coherente con su naturaleza, su esencia, que es la voluntariedad. Esto porque entienden que los beneficios que este tipo de medio extrajudicial de resolución de conflictos le proporciona a los ciudadanos, relacionados a la posibilidad del diálogo para que las partes con la asistencia de un mediador puedan alcanzar un acuerdo comprensivo que atienda más que la controversia el conflicto, está íntimamente conectado con el elemento de la voluntariedad.

En ese sentido, se piensa que la mediación se desnaturaliza si el principio de voluntariedad se elimina del proceso y del momento preciso de su conclusión, el cual por virtud de la autonomía de la voluntad de las partes podría terminar sin acuerdo. Fundamentan su posición en diversas porciones del texto de la Ley 5/2012 donde se alude al principio informador de la voluntad como nota definitoria de la mediación. Concretamente, en la sección tercera del preámbulo de dicho estatuto, claramente, se dispone que:

El modelo de mediación se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes y en la intervención de un mediador del que se pretende una intervención activa orientada a la solución de la controversia por las propias partes. **El régimen que contiene la Ley se basa en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes...**
(Énfasis suplido)

Nuevamente, en el Artículo 6, apartados 1 y 3, de la legislación se enfatiza que “[l]a mediación es voluntaria” y que “[n]adie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo”.¹⁶ Además, los partidarios de esta tesis doctrinal se basan en el texto de la Directiva 2008/52/CE en el que se hace patente el que la voluntariedad es el elemento caracterizador y esencial de la mediación. Sobre el particular, se indica que la voluntariedad es el marco que posibilitará que las partes se responsabilicen del procedimiento, lo organicen y lo terminen cuando lo estimen conveniente y, finalmente, que cumplan con lo acordado, manteniendo una relación amistosa y viable entre ellas.¹⁷ La profesora Castillejo Manzanares (2013^a, p.29) coincide con este análisis porque piensa que “[l]a base de la mediación es el sometimiento

voluntario y el deseo de las partes de solucionar por sí mismas su controversia”.

Se considera además que, al cumplir con los tres ejes de la mediación, es decir, la desjudicialización, la deslegalización y la desjuridificación, que el legislador incorporó en las secciones II y III de la Exposición de Motivos de la Ley 5/2012, se está impulsando el principio de voluntariedad y, por ende, haciendo de esta institución una eficaz. Pascual Ortuño Muñoz, Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona, analiza cada uno de estos tres objetivos y destaca que a través del primero se le devuelve a las partes el protagonismo porque son éstas y no el Juez quienes tendrán el poder decisorio; mientras, el segundo promueve, partiendo del hecho de que los conflictos son más amplios, tienen diversos matices y son más complejos que las obligaciones y derechos estatuidos en las normativas, que sean las partes las que elaboren el contenido del acuerdo; y, finalmente, el tercero viabiliza el que sean las personas en controversia las que dialoguen y definan lo que consideran justo y “aceptable para ambas y que, eficazmente, soluciona el conflicto de forma satisfactoria” (Castillejo Manzanares, 2013c, p. 28 y 29).

De acuerdo al grupo que favorece la mediación, son estas particularidades intrínsecas a la misma, las que han movido al Tribunal Supremo de España a expresarse positivamente sobre dicha institución. Al respecto, esta máxima sede judicial ha manifestado que “[l]a mediación, como modalidad alternativa de solución de conflictos, llega a soluciones menos traumáticas que la judicial que dicta sentencia interpretando y aplicando correctamente la norma jurídica, resultando un vencedor y un vencido, cuando los temas jurídicos, tanto más si son familiares, tienen o pueden tener un trasfondo humano, al que sí llega el instituto de la mediación.”¹⁸

Otro argumento tiene que ver con el acuerdo obtenido tras un procedimiento de mediación, el cual consideran será eficaz con independencia de si la modalidad de la institución jurídica fue extrajudicial o intrajudicial. Aunque el enfoque principal de este punto argumentativo es respecto a la mediación extrajudicial y la eficacia del acuerdo generado a través de ésta, quienes apoyan la mediación destacan que el acuerdo producto de una mediación intrajudicial, si cumple con las reglas de la normativa, será homologado por el juez, lo que producirá una sentencia que constituirá título ejecutivo.¹⁹ Así

lo entiende, también, la profesora Barona Vilar al explicar que ante “el supuesto de la mediación derivada de un proceso judicial, se incorporará el acuerdo de mediación en sede judicial procediéndose, cuando proceda, a la homologación del mismo mediante auto, que pondrá fin al proceso, creándose un título ejecutivo judicial” (Barona Vilar, 2013, p. 491). Igual circunstancia ocurriría si la derivación al procedimiento de mediación se suscitó al inicio de un proceso arbitral, donde el laudo emitido a tales efectos se convertirá en título ejecutivo.²⁰ Sobre el particular, Frederic Munné Catarina y Antoni Vidal Teixidó (2013) expresan:

...entendemos que a pesar de que la Ley no lo contemple de un modo expreso, también cabrá la homologación del acuerdo de mediación por parte de un árbitro, en el supuesto de que el acuerdo se hubiese alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciado un arbitraje (Art. 27 en relación al Art. 36 de la Ley 60/2003, de Arbitraje) por haberse pactado la sumisión a mediación y a arbitraje. Ese laudo de homologación del acuerdo de mediación alcanzado por las partes “tendrá la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio” (Art. 36.2 Ley 60/2003, de Arbitraje). (pp. 153-154)

Retomando el punto relacionado al acuerdo de mediación logrado extrajudicialmente, el mismo tiene eficacia contractual, por lo que su contenido impone obligaciones y derechos a las partes que lo concertaron, aunque no afecte ni beneficie a terceros (Barona Vilar, 2013, p. 439 y 452; Fernández Ballesteros, 2013, p. 284).²¹ Incluso, “los causahabientes, ya sean herederos mortis causa o sucesores intervivos por cesión de derechos (Arts. 1257 y 1278 CC) [quedarán también vinculados al mismo], siempre que el acuerdo de mediación verse sobre derechos o deberes transmisibles” (Munné Catarina y Vidal Teixidó, 2013, p. 151).²² En ese sentido, la eficacia contractual conferida a los acuerdos de mediación está coherentemente relacionada con la esencia misma de la institución, es decir, el principio informador de la voluntariedad. Se respeta el acuerdo concertado y no se le impone otro tipo de instrumentación, forma o nivel de eficacia porque tal actuación

desnaturalizaría el elemento caracterizador de la institución. Fundada en estas premisas, Barona Vilar (2013) expone:

Esa vinculación a la idea de contrato se fundamenta en la misma esencia de lo que es la mediación, tantas veces reiterado y repetido a lo largo de la Ley 5/2012. Y vincula con la idea de contrato y la obligatoriedad de lo derivado en el contrato, que, como apunta DIEZ-PICAZO, **encuentra su fundamento en la misma idea de persona y en el respeto de la dignidad que a la persona le es debida**, lo que, a la postre, comporta un poder de autogobierno, en palabras de este autor, de los propios fines e intereses o un poder de autorreglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas al que se ha venido denominado no solo doctrinalmente sino también en nuestras leyes como **“autonomía de la voluntad”**. Lo que necesariamente se encuentra, en todo caso, vinculado al Artículo 10 CE y al Artículo 38 CE, que **vienen a consagrar el principio de dignidad de la persona y de libre desarrollo de la personalidad**, junto al derecho de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, lo que abre un ámbito de expansión a la libertad de la iniciativa privada en el campo económico y, a la postre, permite que los ciudadanos se conviertan en potenciales agentes económicos. **Todo ello casa perfectamente con la institución de mediación civil y mercantil...** (pp. 438-439) (Énfasis suplido)

Ante este contexto, el profesor Fernández Ballesteros (2013, p. 295) destaca que: “[l]a creación del título ejecutivo no forma parte del procedimiento de la mediación, [puesto que] [e]n ella no interviene el mediador y es una actividad extraordinaria y posterior...”. Incluso, muy acertadamente, éste comenta y enfatiza en lo siguiente:

...el modo en que se formalice o instrumente el acuerdo que se obtenga en mediación no forma parte de la mediación misma. La mediación termina, siempre, con el acta final (22.3

LM). A partir de ese momento el mediador queda *functus officio* y **lo que a continuación hagan las partes depende exclusivamente del resultado de la mediación y de su libre voluntad conjunta. Pueden no hacer nada y conformarse con lo que diga el acta final** o pueden emprender nuevas y distintas actuaciones tendentes a reforzar la eficacia del acuerdo obtenido en mediación y su fuerza de título ejecutivo (pero más allá de la mediación y sin la intervención del mediador) ... **Y tampoco es inherente a la mediación que, si se alcanza el acuerdo, ese acuerdo se instrumente de una determinada manera. La autonomía de las partes – que sí es inherente a la mediación – les permite un amplio abanico...** (Fernández Ballesteros, 2013, p. 285 y nota 7) (Énfasis suplido)

Justamente, y volviendo al principio de la voluntad, los que apoyan la mediación entienden que como el acuerdo es el resultado del protagonismo de las partes en el procedimiento, éstas se responsabilizarán por el efectivo cumplimiento del mismo. Es decir, en la medida en que sea un buen acuerdo, equitativo para ambas partes, desde la perspectiva de éstas, éste se ejecutará por sí solo. García Villaluenga y Vázquez De Castro (2013) coinciden con este planteamiento al manifestar que:

Buena parte del éxito de la mediación radica en el elevado nivel de satisfacción y acatamiento voluntario de los acuerdos que se alcanzan tras el proceso (Moore, 1995:397). **Los acuerdos así adoptados** tienen la garantía de ser más ajustados a la realidad y viables, ya que **son el resultado del proceso de toma de decisiones de las partes, fruto de su comunicación y de sus propias necesidades**; por esta razón, estos acuerdos resultan duraderos y efectivos, ya que no son impuestos por una figura externa, sino que emanan de ellos mismos. **Las soluciones adoptadas a través de la mediación están diseñadas a la medida**

de las partes, asumiéndose por convicción.
(pp. 85-86) (Énfasis suplido)

Igual parecer tiene Castillejo Manzanares al mencionar que "...la mediación sobre el ejercicio de la responsabilidad parental supone el mejor antídoto contra los incumplimientos de los regímenes de visitas, producidos habitualmente por la inadecuación de las medidas adoptadas por el juez a las circunstancias del caso concreto, esto es los incumplimientos se producen por causas que en una crisis bien gestionada, que es lo que se garantiza con la mediación, no se suele producir, puesto que, además, genera una práctica de negociación que permite ir adaptando las normas a la realidad cambiante" (Castillejo Manzanares, 2013d, p. 488).

Otro elemento que consideran contribuye a la eficacia del acuerdo de mediación es que éste se alcanza en un contexto en el cual se requiere mantener relaciones a futuro, como, por ejemplo, vecinales o familiares, en beneficio de los hijos. Según los defensores de la mediación, en la justa ponderación de todos estos factores mencionados, el Juzgado de Primera Instancia de Málaga expuso lo siguiente:

...los acuerdos alcanzados en mediación y documentados en lo que la Ley 5/2012... llama acta final (Artículo 22-3) o acuerdo de mediación (Artículo 23) deben ser equiparados, en el ámbito de los procesos de familia, a los convenios reguladores no ratificados o no aprobados judicialmente, siéndoles de aplicación la abundante jurisprudencia sobre la materia (STS S^a 1^a 19-12-1997 (RJ 1997, 9110) y 15-2-2002 (RJ 2002, 1619) por todas). **No obstante, ha de tenerse presente que los acuerdos alcanzados en un proceso de mediación, como el que nos ocupa, tienen un "plus" de obligatoriedad.** En efecto y aunque no sea de aplicación a este proceso, ha de recordarse que el Artículo 23.3 de la precitada Ley 5/2012 en su último párrafo habla del carácter vinculante del acuerdo alcanzado en mediación. **Pero sobre todo esa obligatoriedad "reforzada" vendría dada porque estaríamos ante negocios jurídicos de familia cuya elaboración se desarrolla**

en un entorno especialmente apto para que la expresión de la voluntad allí recogida lo haya sido sin vicio alguno, pues se desarrolla, por la intervención técnica del mediador, la voluntariedad de la participación, la igualdad en el desarrollo de los debates que llevan al consenso e incluso la posibilidad de contar con información y asesoramiento suficiente. Esa “pureza” negocial puesta en relación con las numerosas referencias del Código Civil al “acuerdo de las partes” a la hora de fijar las medidas del Artículo 91 y siguientes en los procesos de familia (Artículos 91, 92.5, 96 y 97 1ª), supone que los pactos alcanzados en un proceso de mediación técnicamente correcto pero no trasladados a un convenio regulador ratificado judicialmente, deben tener un alto peso en la adopción por el Juez de las medidas a que se refieren. O dicho de otra forma, que tenga que ser quien se aparta de lo convenido en mediación quien acredite, de forma rotunda, aquellas circunstancias coetáneas o posteriores al proceso mediacional que justifiquen el que lo pactado por las partes entonces no debe ser ahora ratificado judicialmente.²³

Antítesis: La Mediación no es Plenamente Eficaz

Toda tesis tiene su antítesis y ésta no es la excepción. Existe un grupo de estudiosos que arguyen que la mediación no es eficaz en sí misma. Uno de éstos es el Dr. Ángel Bonnet Navarro, quien expresamente ha manifestado que “... la mediación, pese a la afirmación de su carácter alternativo del proceso civil, no queda al margen de éste, ni, como si en otro caso fuera autónoma, puede obtener toda su eficacia por sí sola, sino que precisa del proceso posterior o del proceso ya existente” (2013, p. 77).

Este enfoque doctrinal se basa en el hecho de que el acuerdo de mediación, aunque vinculante para las partes, “no es [ni] definitivo ni ejecutivo” (Fernández Ballesteros, 2013, p. 284). En ese sentido, el acuerdo sólo tendría virtualidad y eficacia si las partes cumplen lo acordado o si el mismo se obtuvo como parte de un proceso judicial, una vez homologado.

Esto significa que el cumplimiento de lo acordado está sujeto intrínsecamente a la autonomía de la voluntad de las partes. Ante esta realidad, este grupo doctrinal se cuestiona: ¿qué ocurriría y qué implicaciones tendría el que alguna de las partes incumpliera el acuerdo de mediación? En respuesta a esta interrogante, Barona Vilar (2013) explica que:

...ante este supuesto de hecho “lo más común será acudir a los tribunales de justicia a reclamar por medio del proceso declarativo que corresponda, lo pactado en el acuerdo, o, en su caso, de existir un convenio arbitral, acudir a un proceso arbitral. Lo que no cabría... es instar la ejecución forzosa porque carecería de título ejecutivo y habría que generarlo a través de una resolución que así lo confirmare (laudo arbitral o sentencia judicial). (pp. 477-478; Munné Catarina y Vidal Teixidó, 2013, p. 152)

Esto, claro está, a menos que un juez decida no homologar el acuerdo debido a que el mismo es contrario a Derecho. De acuerdo a López Barba, otra situación que podría ocurrir por la falta de fuerza ejecutiva del acuerdo sería que “las partes – o una de ellas – [ignorara] lo acordado y [actuara] en la vía judicial como si el acuerdo nunca hubiese existido, por ejemplo, alegando las iniciales pretensiones y obviando la mediación”. Sin duda, ambas situaciones descritas resultarían en que “la mediación no evitaría el pronunciamiento judicial y serviría para dilatar y aumentar los costes y el tiempo empleado en la solución de la controversia” (López Barba, 2013, p. 245). A todo esto, se suma el hecho de que el contenido de un acuerdo con eficacia puramente contractual, no se somete a un filtro o control de legalidad.

Distintamente, se alcanzará una eficacia mayor, si las partes movidas por la autonomía de la voluntad, en el caso de tratarse de una mediación extrajudicial, acuerdan ir ante un notario para someterle copia del acta de la sesión constitutiva, del acta de la sesión final y del documento que contiene el acuerdo, de forma que éste eleve a escritura pública lo acordado.²⁴ Esto permitirá no sólo que se filtre la legalidad del acuerdo a través de la intervención del notario, sino que, además, convertirá el acuerdo en un título ejecutivo que posibilitará que ante un incumplimiento se pueda recurrir a la vía

de ejecución forzosa dispuesta en la LEC.²⁵ Igual fuerza ejecutiva tendría el acuerdo de mediación, si éste es homologado por el juez.²⁶ Siempre entendiendo que el título ejecutivo no es el acuerdo privado sino el auto judicial que le aprueba (Corvo López, 2009, p. 310).²⁷

De otra parte, se cuestiona la alegada referencia que se hace respecto a los métodos alternativos de resolución de conflictos, que incluye a la mediación, en cuanto a que son inherentemente más rápidos y menos costosos que la justicia estatal. Esto porque existen circunstancias particulares que hacen inviables tal cualidad identificadora. Sobre este particular, Fernández Ballesteros (2013) expone lo siguiente:

Lo que es origen de una conocida paradoja: la mediación, cuyo fin es evitar un pleito, puede ser ella misma – en su inicio, en su desarrollo o en su resultado – causa de la incoación de uno o varios litigios, que nunca se hubieran incoado si la mediación no hubiera existido. Conviene no olvidar que la mediación es solo una forma de intentar la avenencia, que no garantiza resultado alguno y que, incluso una vez finalizada con acuerdo, lo obtenido en ella puede ser origen directo de litigios posteriores, que devuelvan a las partes al punto de donde partieron. La invariabilidad y la cosa juzgada no son atributos de la mediación: quien desee obtener eso debe acudir a la litigación o al arbitraje. (p. 310)²⁸

Este autor amplía su planteamiento al añadir que “el resultado más frecuente de una mediación es terminar sin avenencia [lo que] significa que el conflicto está donde estaba, más el tiempo y coste de la mediación y tal vez unas aún más deterioradas relaciones entre las partes” (Fernández Ballesteros, 2013, p. 133, nota 7). Un ejemplo concreto donde se evidencia que la mediación puede resultar un mero ejercicio proforma que implica la inversión de mayores costos y de tiempo para resolver la controversia, son aquellos conflictos que requieren la conformación de acuerdos que afectarán a menores o incapacitados. Al respecto, Castillejo Manzanares (2013d) expresa lo siguiente:

Resulta obvio que el mayor problema de los acuerdos a los que pueden llegar los cónyuges los provoca la existencia de hijos menores o incapacitados, pues en este caso el Tribunal habrá de recabar informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oír a éstos si tuvieren suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años – Artículo 770.5 -. No obstante, en la práctica considero que el órgano jurisdiccional debería atender a lo que del proceso de mediación resulte con relación a los hijos, pues es el mecanismo más apto para modificar en una crisis de pareja la actitud ante los hijos de los progenitores que tienen la responsabilidad de velar por los mismos. (pp. 487-488)

Conclusión

Todo lo previamente expuesto obliga a reflexionar sobre varias consideraciones. De entrada, es necesario prescindir del enfrentamiento mediación-derecho como pauta para actuar. No cabe duda de que el Derecho es el marco de toda la vida social, lo que obligatoriamente incluye a la mediación. Es, precisamente, el Derecho el que establece las pautas de qué se puede mediar, qué no se puede mediar, qué tipo de eficacia tendrá el acuerdo de mediación, qué requisitos se deben cumplir para que el mismo tenga fuerza ejecutiva, qué principios deben fundamentar esta institución jurídica, entre otros.

No obstante, tampoco, hay que perder de perspectiva que la mediación trae al Derecho algo más allá del derecho estricto. Trae la posibilidad de resolver conflictos con criterios más amplios que las limitadas obligaciones y derechos contenidas en la normativa, según la relación jurídica que se haya conformado. En otras palabras, es la resolución de los conflictos enfocando todo el contexto, con libertad y flexibilidad procesal, y no limitándose a la controversia, es decir, a lo que es visible. Es lograr la transición de un gestor que se acerca al conflicto buscando la propia solución a uno que se enfoca en la búsqueda de la solución particularizada al caso concreto.

En cuanto a la legislación de Mediación, sin duda, ésta debe ser mejorada en varios aspectos. Uno de éstos quizás

podiera ser el referente a establecer como obligatoria el referido a mediación para efectos de orientación. De esta forma, los ciudadanos podrían estar más informados en cuanto a la existencia de otros métodos, provistos por el Poder Judicial, mediante los cuales se puede acceder a la justicia en un ambiente de cooperación y no confrontación. Un ambiente donde las partes son las protagonistas en la gestión de su conflicto y donde prima el principio de convencer en vez de vencer. Este proceder no desnaturalizaría la esencia de la mediación, puesto que las partes serían las que optarían o no, una vez informadas de lo que trata esta institución, de continuar en esta vía de resolución o dirigir su controversia a otro método, que incluye a los tribunales.

Sin duda, este cambio, dirigido a promocionar la mediación entre la ciudadanía, sería incompleto si el legislador no le confiere mayor eficacia al acuerdo de mediación facilitando su ejecutividad. Es cierto que el acuerdo de mediación tiene eficacia contractual. También, podría argüirse que el mismo es eficaz en la medida que es el resultado de la solución del conflicto o de la crisis gestionada adecuadamente, al considerar tanto el problema suscitado como las opiniones y la voluntad de las partes. Incluso, podría ser válido el planteamiento de que un acuerdo diseñado por las partes, de manera equitativa, en respuestas a sus intereses y necesidades particulares, es más fácil de cumplir que uno impuesto por un ente externo y ajeno al conflicto.

No obstante, es meritorio y altamente recomendable reforzar la fase de cumplimiento del acuerdo, otorgándole a éste una mayor fuerza ejecutiva. En ese sentido, quizás una opción sería que una sola de las partes pueda elevar a escritura pública el acuerdo privado, presentándole al notario, como documentos complementarios, el acta de la sesión constitutiva, el acta final del procedimiento y una certificación del mediador en cuanto a la autenticidad de lo acordado. Tal actuación no afectaría el principio informador de la mediación, es decir, el de voluntariedad, puesto que ésta concluye con el acta final del procedimiento. Por lo cual, ante la política pública del Estado de hacer viable la aplicación de métodos alternativos o complementarios de resolución de conflictos, como la mediación, es perfectamente coherente que el gobierno limite la autonomía de la voluntad en la fase del cumplimiento del acuerdo.

Por otro lado, en el marco de las relaciones obrero patronales, la mediación ha evitado miles de conflictos y ha propiciado acuerdos afortunados que le han ahorrado a los protagonistas y a los gobiernos de sus países muchas horas en conflictos innecesarios. Ante tal realidad, nadie opone o enfrenta la mediación a los tribunales en este contexto. Entonces, porqué lo que ha funcionado en este ámbito no va a funcionar en la gestión o resolución de conflictos familiares que afecten derechos subjetivos disponibles. Los conflictos son conflictos y es necesario juntar todas las alternativas viables y posibles para eliminarlos o minimizarlos.

Claro está, siempre hay que tener presente que la mediación no puede ser utilizada como una panacea para solucionar todo tipo de conflicto. Esto porque no todo conflicto es susceptible de ser resuelto a través del procedimiento de mediación. Es necesario hacer un análisis ponderado de todos los elementos de la controversia para determinar y definir qué método de resolución de conflicto, lo que incluye a los tribunales, es el más adecuado para atender el caso concreto.

De todas formas, ante todas estas consideraciones, resta que el tiempo sea el que defina si la mediación tendrá raíces profundas en el ordenamiento jurídico español o, por el contrario, será una cuestión momentánea que pasará conforme cambie la moda. Será, en definitiva, la comunidad jurídica, académica y la sociedad española las que establezcan el norte de esta institución jurídica. Es decir, las que decidirán si la mediación se convertirá en una vía relevante y eficaz de solución de conflictos o en un ave de paso que desaparecerá con el tiempo.

Notas

1. Dedicado a los amigables componedores, quienes a través de la historia y de forma ágil, justa y eficiente han propiciado acuerdos entre las partes.

2. Candidata a Doctora en Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid, Directora del Estudio Legal de Servicios Integrales y ex oficial jurídico de la pasada Jueza Presidenta del Tribunal Supremo de Puerto Rico.

3. Este autor utiliza el término avenencia en referencia a los métodos alternativos de resolución de conflictos, que en el ámbito anglosajón se conocen como "Alternative Dispute

Resolution” (ADR). Dentro de este grupo, Fernández Ballesteros ubica a la mediación, la negociación, la transacción, el pacto y el peritaje.

4. Véase, además, (Morales Fernández, 2014, p. 76 citando a (Blanco Carrasco, 2009, p. 9), donde se establece que “[l]os A.D.R. en Europa se introducen desde Norteamérica y el área del Common Law, fruto de la evolución del concepto de justicia en los países europeos.”

5. Centro de Investigación Sociológica, Barómetro de Febrero 2011, pregunta #11, www.cis.es/cis/export/sites/default/Archivos/Marginales/2860_2879/2861/Es2861.pdf, bajado de la internet el 19 de abril del 2014. Las restantes 147 personas, 5.9%, no sabían que opción seleccionar. Mientras, 19 de los encuestados, 0.8%, no contestaron la interrogante.

6. Así, también, lo entiende la Dra. María Gracia Morales Fernández cuando, al aludir a unas expresiones de la doctora García Villaluenga, manifiesta “que plantear la elección entre proceso judicial y métodos alternativos, en términos disyuntivos, es excesivamente lineal, porque estos modelos deben fomentarse pero no sustituir al proceso jurisdiccional por un medio alternativo no jurisdiccional: debe respetarse el acceso al proceso, pero permitir cauces de mayor participación de los implicados en un conflicto que son entendidos como vías previas, coetáneas o post-procesales.” (Morales Fernández, 2014, p. 77-78, citando a García Villaluenga, 2006, p. 180).

7. Castillejo Manzanares, 2013b, p. 533, citando el Artículo 117.3 de la Constitución de España de 1978, BOE Núm. 311 de 29 de diciembre de 1978, última modificación el 27 de septiembre de 2011.

8. Real Decreto de 24 de julio de 1889, BOE Núm. 206 de 25 de julio de 1889, última modificación el 6 de octubre de 2015.

9. Ley 1/2000 de 7 de enero, BOE Núm. 7 de 8 de enero de 2000, última modificación el 28 de octubre del 2015.

10. De igual forma, el apartado 2 del Artículo 777 de la LEC se modificó para permitir que se pudiera someter el acuerdo logrado en el procedimiento de mediación como parte de los documentos a incluirse con la demanda de separación o divorcio por consentimiento mutuo.

11. Refiérase a Considerando 8 y al Artículo 1, apartado 2.

12. Véase: Artículo 12, apartado 1.

13. Un dato importante es que, a pesar de que el legislador estatal tardó tanto tiempo en aprobar una legislación de mediación, esta materia no sólo se estaba aplicando como negocio atípico, sino que diversas Comunidades Autónomas ya tenían desarrollada su propia normativa alusiva a la misma, principalmente en el ámbito de familia. Aunque, en el caso concreto de la Comunidad de Cataluña se amplió el marco al derecho privado y, por su parte, la Comunidad de Cantabria elaboró una ley integrada de mediación, incluyendo los ámbitos civil, mercantil, social, administrativo y penal. Sobre el particular, baste mencionar las siguientes leyes autonómicas de mediación elaboradas por las distintas Comunidades:

- (1) Ley de la Comunidad de Cataluña 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado;
- (2) Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria;
- (3) Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía (Decreto 37/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2009);
- (4) Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar de Aragón;
- (5) Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar;
- (6) Ley de Canaria 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar (modificada por la ley 3/2005, de 23 de junio);
- (7) Ley de Castilla-La Mancha 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado en Mediación Familiar;
- (8) Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León;
- (9 (a)) Ley de la Comunidad Valenciana, Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los Hijos e Hijas cuyos progenitores no conviven,
- (9 (b)) Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar de Valencia;
- (10) Ley de la Comunidad de Galicia 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar;
- (11) Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar de las Islas Baleares;
- (12) Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid;
- (13) Ley de la Comunidad del País Vasco 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar.

14. Específicamente, los Artículos en los cuales se evidencia esta modalidad de eficacia son los siguientes:

Artículo 23. El acuerdo de mediación

3.

...

El mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como título ejecutivo.

4. Contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.

Artículo 25. Formalización del título ejecutivo

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

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

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

3. Cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea.

4. Cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

15. Coincide con esta visión la profesora Barona Vilar al manifestar lo siguiente:

La respuesta que se dé a este tema va a venir estrechamente vinculada a la concepción de la mediación, como institución, de manera que la idea de proyectar la mediación más allá de la existencia de un cauce más de solución de los conflictos, de incorporarla al modelo de la justicia del siglo XXI y finalmente producir una suerte de vía que permita economizar al Estado, favorecer la cultura del pacto, y diríamos que incluso convertir la Justicia en un servicio público, todo ello está directamente implicado en la atribución de una u otra eficacia jurídica al acuerdo final que se alcance al finalizar el procedimiento de mediación. No en vano una u otra solución, más o menos directa, más o menos incisiva, conlleva una mayor o menor fortaleza de la mediación como institución en el seno de los cauces de la tutela que se ofrecen por el ordenamiento jurídico al ciudadano. ...Las variaciones en los textos legales y la atribución de una u otra eficacia jurídica al mismo ofrecen una interesante polémica que se justifica en el equilibrio entre la consideración del acuerdo y su encuadre en la autonomía de la voluntad, pero, a la vez, la intrínseca vinculación de la mediación precisamente en el marco no solo de los ADR sino en la estrecha relación con el acceso a la Justicia. Si lo que se pretende al final es evitar procesos, es importante otorgar una eficacia jurídica elevada a este acuerdo de las partes, y decimos elevada respecto de la mera relación contractual. De nuevo planea la importancia que tiene el atribuir una u otra naturaleza jurídica a la mediación, por cuanto desde ésta se podrá justificar el valor jurídico que se otorgue al acuerdo que se alcanza en mediación. (Barona Vilar, 2013, p. 453 y 460)

16. También al definir el concepto de mediación se destaca el criterio de la voluntariedad del procedimiento. A tales efectos, en el Artículo 1 de la Ley 5/2012 la mediación se conceptúa como "... aquel medio de solución de controversias,

cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan **voluntariamente** alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”. (Énfasis suplido). Hay otras partes del contenido de la normativa donde se hace mención al principio de la voluntariedad, pero los destacados resultan ser los ejemplos más concretos de la importancia que se le confiere al mismo dentro del procedimiento de mediación.

17. Considerandos 6 y 13 de la Directiva 2008/52/CE.

18. STS 11/2012 de 19 de enero, Sala de lo Civil, Sección 1ª, (RJ 2012/307); Véase, además, STS 324/2010 de 20 de mayo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, (RJ 2010/3707); STS 537/2009 de 3 de julio, Sala de lo Civil, Sección 1ª, (RJ 2009/5491).

19. Artículos 23, apartados 1 al 3, y 25.4 de la Ley 5/2012; Artículos 19.1, 19.2 y 517.2, apartado 3, de la LEC.

20. Artículos 19.1 y 517.2, apartado 2, de la LEC.

21. Véase, además, el Artículo 23.3 de la Ley 5/2012. Al definir el término vinculante, Fernández Ballesteros clarifica que “significa sólo – y no es poco – que obliga a las partes a dar, hacer, o no hacer de un determinado modo, en la misma medida en que quedan obligados (no sujetos) todos aquellos que pactan, acuerdan o contratan válidamente (1091 CC). Y es esa vinculación que, por esencia y vocación, despliega todos sus efectos en la esfera privada”.

22. Precisamente, por tal motivo, el Artículo 23.4 de la Ley 5/2012 contempla que “[c]ontra lo convenido... sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos”.

23. Juzgado de Primera Instancia de Málaga, Sentencia Núm. 661/2012 de 27 de septiembre, (AC/2012/1920).

24. Artículo 25, apartados 1 y 2, de la Ley 5/2012.

25. Artículo 517.2.2 de la Ley 1/2000.

26. Artículos 517.2.3 y 19, apartados 1 y 2, de la Ley 1/2000.

27. La autora plantea que “... la homologación judicial será, por otra parte, imprescindible cuando los acuerdos adoptados en mediación afecten a menores o incapacitados, una vez convertidos en propuesta de convenio regulador si nos encontramos ante un supuesto de separación o divorcio.”

28. Para fundamentar su postura de que la mediación, en ocasiones, puede no ser rápida e incluso ser el detonante de nuevos litigios, este autor comenta el siguiente caso: “Kallipetis relata una sentencia de la High Court of England and Wales

(Brown v. Patel [2007] EWHC 625 (Ch).) en la que un litigio sobre el modo que se condujo la mediación duró tres años, costó tres veces más de la cuantía de la controversia y dejó a las partes en la misma situación en que estaban al iniciar la mediación. Fernández Ballesteros, 2013, p. 310, nota 3, citando a Kallipetis *Mediation Privilege and Confidentiality and the EU Directive*; en INGEN-HOUSZ; *ADR in Business. Practice and Issues across Countries and Cultures Vol. II*, (2011), p. 186.

Referencias

- Alemán Monterreal, A. (2011). La Autonomía de la Voluntad y la Eficacia de los Acuerdos Mediados en el Anteproyecto y en el Proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. En López San Luis, R. (Ed.), *Aportaciones de la Mediación en el Marco de la Prevención, Gestión y Solución de Conflictos Familiares*. Granada, España: Comares.
- Aristóteles. (2004). *Ética Nicomaquea*. Libro V, Capítulo V, versión española e introducción de Antonio Gómez Robledo, (Vigésima ed). México: Porrúa.
- Barona Vilar, S. (2013). *Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles en España: Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Blanco Carrasco, M. (2009). *Mediación y Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos: Una visión jurídica*, (1ra ed). Madrid, España: Reus.
- Bonet Navarro, Á. (Director). (2013). *Proceso Civil y Mediación: Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Navarra, España: Aranzadi, S.A.
- Carretero Morales, E. (2013). La Necesidad de Cambios en los Modelos de Solución de Conflictos: Ventajas de la Mediación. En Soletto, H. (Directora), *Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y Ámbitos*, (2da ed). Madrid, España: Tecnos (Grupo Anaya, S.A.).
- Castillejo Manzanares, R. (2013a). La Mediación Intrajudicial en Asuntos Civiles y Mercantiles. *Revista Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*. Madrid, España: Reus, S.A.
- Castillejo Manzanares, R. (2013b). *La Mediación: Nuevas Realidades, Nuevos Retos: Análisis en los Ámbitos Civil y*

- Mercantil, Penal y de Menores, Violencia de género, Hipotecario y Sanitario*. Madrid, España: La Ley.
- Castillejo Manzanares, R. (Directora). (2013c). *Comentarios a la Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Castillejo Manzanares, R. (2013d) Capítulo 27: Mediación en el Ámbito Familiar. En Soletto, H. (Directora), *Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y Ámbitos*, (2da ed). Madrid, España: Tecnos (Grupo Anaya, S.A.).
- Castro-Girona Martínez, J. I. (2010). La seguridad jurídica en el tráfico de bienes y derechos con especial énfasis en el tema del control de legalidad y el uso de las nuevas tecnologías en el ámbito notarial. *Revista Jurídica del Notariado*, (10), pp. 9-107.
- Centro de Investigación Sociológica. (Febrero, 2011). Barómetro (pregunta #11). Recuperado de www.cis.es/cis/export/sites/default/Archivos/Marginales/2860_2879/2861/Es2861.pdf
- Corvo López, F. M. (2009). La Mediación como Forma de Solución de Conflicto Familiar. En Llamas Pombo, E. (Coord.), *Nuevos Conflictos del Derecho de Familia*. Madrid, España: La Ley.
- Exposición de Motivos, Apartado 1, del Proyecto de Ley Núm. 122-1, 29 de abril, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, IX Legislatura.
- Fernández Ballesteros, M. Á. (2013). *Avenencia o ADR: Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones*. Madrid, España: Iurium.
- García Villaluenga, L. (2006). *Mediación en Conflictos Familiares: Una Construcción desde el Derecho de Familia*. Madrid, España: Reus.
- García Villaluenga, L., y Bolaños Cartujo, I. (2007). *Situación de la Mediación Familiar en España: Detección de Necesidades, Desafíos Pendientes*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, España.
- García Villaluenga L., y Rogel Vide, C. (Directores). (2012). *Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles: Comentarios a la Ley 5/2012*. Madrid, España: Reus, S.A.

- García Villaluenga, L., y Vázquez De Castro, E. (2013). La Mediación Civil en España: Luces y Sombras de un Marco Normativo. *Revista Política y Sociedad*, 50(1).
- López Barba, E. (Enero-Abril, 2013). La Eficacia Ejecutiva del Acuerdo Alcanzado tras un Procedimiento de Mediación según la Ley 5/2012. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, (30). Editorial Aranzadi, S.A.
- Merino Ortiz, C. (2013). *La Mediación Familiar en Situaciones Asimétricas: Procesos de Gestión de Conflictos con Episodios de Violencia, Drogodependencias, Enfermedad Mental y Desequilibrio de Poder*. Madrid, España: Reus, S.A.
- Munné Catarina, F., y Vidal Teixidó, A. (2013). *La Mediación: Resolución Pacífica de Conflictos, Régimen Jurídico y Eficacia Procesal*. Madrid, España: La Ley.
- Morales Fernández, M. G. (2014). *Los Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos: La Mediación, Sistemas Complementarios al Proceso, Nuevo Enfoque Constitucional del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva*. Sevilla, España: Hispalex, S.C.
- Pardo Iranzo, V. (2013). Y ante el Incumplimiento del Acuerdo de Mediación ¿qué normas aplicamos? *Actualidad Jurídica Aranzadi*, (856). Pamplona, España: Aranzadi, S.A.
- Polaino Lorente, A. (2013). *Guía para la Mediación Familiar*. Madrid, España: CEU.
- Ripol Millet, A. (2011). *Estrategias de Mediación en Asuntos Familiares*. Madrid, España: Reus, S.A.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J., y de Prada Rodríguez, M. (Directores). (2010). *La Mediación: Presente, Pasado y Futuro de una Institución Jurídica*. La Coruña, España: NETBIBLO, S.L.
- Santos Vijande, J. M. (2013). Tratamiento Procesal de la Mediación y Eficacia Ejecutiva del Acuerdo de Mediación en la Ley 5/2012. *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, (1).
- Serrano, G. (Marzo, 2008). *Eficacia y Mediación Familiar*. Boletín de Psicología, (92).

Soletó, H. (2013). Capítulo 1: Presente y Futuro de la Resolución de Conflictos. En *Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y Ámbitos*, (2da ed). Madrid, España: Tecnos (Grupo Anaya, S.A.).

Vallejo De Diego, R., y Guillén Gestoso, C. (2013). *Mediación: Procesos, Tácticas y Técnicas*, Madrid, España: Pirámide.

Estatutos y Directivas

Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo de 2008.

Ley 5/2012 de 6 de julio, conocida como Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

Ley 1/2000 de 7 de enero, BOE Núm. 7 de 8 de enero de 2000, última modificación el 28 de octubre del 2015.

Proyecto de Ley Estatal 121/000122 de 8 de abril de 2011, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 29 de abril de 2011.

Real Decreto-Ley 5/2012 de 5 de marzo de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

Real Decreto de 24 de julio de 1889, BOE Núm. 206 de 25 de julio de 1889, última modificación el 6 de octubre de 2015.