

FACULTAD
DE CIENCIAS
JURÍDICAS



ZIENTZIA
JURIDIKOEN
FAKULTATEA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS / IKASGAIEN AMIERAKO LANA
MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA

**MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL Y SU RELACIÓN CON EL PROCESO
JUDICIAL**

Carmen Bobo Guardamino

DIRECTOR / ZUZENDARIA

Teresa Hualde Manso

Pamplona / Iruñea

16/01/2017

RESUMEN

En el siguiente trabajo se realiza un análisis acerca de la mediación civil y mercantil en el ámbito español, tratando principalmente de dar al lector una visión sobre el procedimiento de mediación y su relación dinámica con el proceso judicial, haciendo hincapié en la ejecutividad de los acuerdos en los distintos casos, y describiendo el futuro y los retos de la mediación así como de sus ventajas respecto a otros procedimientos.

Palabras clave: Mediación, Acuerdo, Ejecutividad, Obligatoriedad, Declinatoria.

ABSTRACT

The following essay is a performance about civil and mercantile mediation in Spanish context, mainly trying to give the reader a clear vision of mediation procedure and its dynamic relationship with the judicial process, with an emphasis on executive in different cases, and a description of the future and challenges of the mediation subject, as well as its advantages over other procedures.

Keywords: Mediation, Agreement, Execution, Obligation, Declinatory.

ABREVIATURAS

ADR	Alternative Dispute Resolution
Art./Arts.	Artículo/ artículos
CE	Comunidad Europea
Cit.	Citado
Dir.	Director
EM	Estados Miembros
LECivil	Ley de Enjuiciamiento Civil
LM	Ley de mediación civil y mercantil (Ley 5/2012)
Pág./págs.	Página/páginas
PLM	Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles
RDM	Real Decreto de la ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles
UE	Unión Europea

Índice

I.	INTRODUCCIÓN	6
II.	CONCEPTO DE MEDIACIÓN	7
III.	INFORME DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO Y AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO	9
	1. Introducción	9
	2. Evaluación del informe con carácter general	10
	3. Legislación nacional que someta a incentivos o sanciones la mediación y su obligatoriedad	11
	4. Algunas conclusiones	12
IV.	PANORAMA DE LA LEY 5/2012 DE 6 DE JULIO	13
	1. Historia de la Ley	13
	2. Principales ejes de la Ley	14
	3. Exclusiones de la Ley	15
V.	NOTAS SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN	17
	1. Introducción	17
	2. Solicitud de inicio	17
	3. Sesión informativa	18
	4. Sesión constitutiva	19
	5. Desarrollo de las actuaciones	20
	6. Terminación del procedimiento	21
	6.1 Terminación mediante acuerdo	21
	6.2 Terminación sin acuerdo	21
VI.	RELACIÓN DINÁMICA ENTRE MEDIACIÓN Y PROCESO JUDICIAL	23
	1. La cláusula de mediación en el posterior planteamiento judicial	24
	1.1 Obligación de intentar una mediación	24
	1.2 Prohibición de plantear un proceso judicial si se ha iniciado la mediación y no ha finalizado	25
	1.3 La excepción declinatoria	27
	2. Mediación frustrada: confidencialidad y costas	28
	2.1 Confidencialidad	28

2.2	Costas.....	30
3.	¿Iniciar la mediación tras haber iniciado un proceso judicial?: la mediación intrajudicial.....	32
3.1	La obligación de informar sobre la mediación	32
3.2	Invitación por el juez.....	32
3.3	Suspensión del procedimiento	33
4.	El proceso de ejecución del acuerdo alcanzado por las partes.....	34
4.1	Necesidad, o no, del título ejecutivo.....	35
4.2	Vías para alcanzar la ejecutividad.....	36
4.3	Diferencias entre la elevación de los acuerdos a escritura pública y la homologación judicial	40
4.4	La oposición de ejecución por inexistencia de acción	42
4.4.1	El pago o cumplimiento	43
4.4.2	Caducidad de la acción ejecutiva	44
4.4.3	Pactos y transacciones convenidos para evitar la ejecución	46
4.5	Oposición por defectos procesales	47
VII.	SITUACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN ESPAÑA Y EXPECTATIVAS DE FUTURO	48
VIII.	CONCLUSIONES	51
IX.	BIBLIOGRAFÍA	54
1.	Libros.....	54
2.	Revistas	55
3.	Documentos	56
4.	Páginas web.....	56
	ANEXOS	57

I. INTRODUCCIÓN

La figura de la mediación llegó a Europa en los años 70 y desde entonces, se viene utilizando en mayor o menor medida, de una forma u otra en distintos Estados Miembros. A meros efectos dialécticos, el primer ejemplo de mediación en España, llegó a través de la implantación de la mediación familiar en Europa que se llevó a cabo a partir de la Recomendación 1/1998 del Comité de Ministros del Consejo de Europa¹ en la que se recomendó a los Gobiernos de los Estados Miembros introducir la mediación familiar, promoverla o, en su caso reforzarla, adoptando y fortaleciendo las medidas necesarias.

Desde el año 2001, las Comunidades Autónomas fueron pioneras en la promulgación de legislación referente la mediación, no siendo hasta el año 2012, cuando finalmente, y por presión de la Unión Europea mediante la Directiva 2008/52/CE, cuando el Gobierno español se vio en la necesidad de legislar sobre esta materia. De esta forma surgió la Ley 5/2012 sobre mediación civil y mercantil sobre la cual versará este trabajo.

La elección del tema de este trabajo es debido a la gran reticencia existente en la actualidad en nuestro país de acudir a la mediación posiblemente por el desconocimiento que impera en la gran mayoría de la población respecto a los medios alternativos de resolución de conflictos. En la mayoría de los casos, cuando un ciudadano medio se ve inmerso en cualquier tipo de conflicto jurídico ve como único medio posible para solucionarlo acudir a los tribunales de justicia, cuando en realidad desconoce que el acudir a un sobrecargado sistema judicial le reportará mayores gastos, mayor dilatación temporal y una gran incertidumbre durante el procedimiento hacia el resultado.

No obstante, como veremos a lo largo de este Trabajo de Fin de Máster, para la mayoría de cuestiones menores, en ámbito civil o mercantil es mucho más aconsejable acudir a un servicio de mediación gestionado por profesionales.

En cuanto a la estructura del trabajo se divide en dos grandes bloques, en el primero se trata de ofrecer al lector una visión completa sobre el concepto mediación y

¹ Recomendación N° R (98) 1 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre le mediación familiar (Aprobada por el Consejo de Ministros el 21 de enero de 1998, a partir de la 616 reunión de Delegados de los Ministros).

de cómo gracias a la Directiva 2008/52/CE se llegó a legislar nuestra Ley 5/2012 sobre mediación civil y mercantil. Sobre esta, se dará una visión general del procedimiento, de su puesta en marcha así como su finalización por distintas causas.

El segundo bloque se basa en las distintas relaciones que pueden surgir entre el proceso de mediación y el proceso judicial, respondiendo a cuatro grandes preguntas:

- ¿Cómo influye una cláusula de sometimiento a mediación en un planteamiento judicial?
- ¿Qué consecuencias tiene una mediación frustrada en el posterior proceso judicial?
- Iniciado *prima facie* un proceso judicial ¿cómo se acude a mediación?
- ¿Cómo se ejecutan los acuerdos llevados a cabo en el proceso de mediación?

De esta manera se hará ver al lector como el proceso judicial y el de mediación están en continua relación pese a que sean dos cauces de resolución de conflictos diferentes.

II. CONCEPTO DE MEDIACIÓN

La mediación surgió como parte de las Alternative Dispute Resolution² (ADR) que nacen como consecuencia de tres tipos de causas: el colapso que se produce en los órganos jurisdiccionales civiles y penales; el sentimiento creciente de que faltan mecanismos privados de resolución de controversias, sobre todo entre particulares; y la incapacidad del sistema para facilitar el acceso de todos a la justicia.

Podemos definir los ADR como aquellos métodos alternativos o complementarios diferentes al judicial, y por tanto extrajudiciales, que tratan de dar una solución rápida y satisfactoria para ambas partes, tratando que sientan que han salido vencedoras y con poco coste económico, en el que se utilizan unas determinadas habilidades, técnicas y/o instrumentos determinados que lleven a las partes a encontrar una salida al problema planteado³.

Dentro de estos ADR, PARDO IRANZO realiza una distinción entre los métodos heterocompositivos definidos como “aquellos mecanismos de solución de conflictos en los que es un tercero imparcial, situado por encima de las partes, quien pone fin al litigio imponiendo la solución” con los métodos autocompositivos en los

² Alternative Dispute Resolution, traducción: Resolución Alternativa de Conflictos.

³ Página web oficial de ADR: Resolución Alternativa de Conflictos en España <http://asgeco.org/adr/>

cuales “la solución no viene impuesta por una persona ajena al conflicto, sino que es alcanzada por las propias partes, ya sea con ayuda de un tercero o sin ella”⁴. De esta forma, la mediación forma parte de los ADR autocompositivos.

Una de las primeras definiciones de mediación, y que nos sirve de forma aproximativa, fue la establecida por FOLBERG y TAYLOR en la década de los ochenta, quienes precisaban su significado como el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a las necesidades⁵.

La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y Consejo, de 21 de mayo de 2008 define la mediación civil y mercantil, como un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por si mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador.

Una definición más reciente fue la dada en la Ley 5/2012 de 6 de julio de asuntos civiles y mercantiles en su artículo 1, la cual hace una definición prácticamente igual a la dada anteriormente por la Directiva “medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por si mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”.

A continuación, y de forma esquemática se muestra una tabla con las diferencias entre los dos ADR principales, el arbitraje y la mediación, con el proceso judicial⁶.

Sistemas	Función	Proceso	Características	Resultado para las partes
Judicial	Tercero con función decisoria vinculante	Rígido y formal	Tercero imparcial pero no neutral	Ganar/Perder
Arbitraje	Tercero con función decisoria vinculante	Rígido y formal	Tercero imparcial pero no neutral	Ganar/Perder
Mediación	Tercero que asiste y guía a las partes en la búsqueda de la solución sin capacidad de decisión	Flexible y adaptable a las necesidades de las partes	Tercero absolutamente imparcial y neutral.	Ganar/Ganar Mejora la comunicación y la relación entre las partes, la satisfacción y un mayor grado de cumplimiento de los acuerdos.

⁴ PARDO IRANZO, V., La ejecución del acuerdo de mediación, Thompson, Navarra, 2014, págs. 19-21.

⁵ FOLBERG, J., y TAYLOR, A., *Mediación, resolución de conflictos sin litigio*, Limusa, México, 1996, pág. 27.

⁶ ZAERA NAVARRETE, J.I. *Guía práctica de mediación. 100 preguntas y respuestas para abogados*, en Tirant o Blanch, Madrid 2013, pág. 419.

III. INFORME DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO Y AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO

1. Introducción

Antes de llevar a cabo un análisis sobre este informe emitido por el Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles del 26 de agosto de 2016, hemos de tener en cuenta que en mayo de 2008, estas instituciones europeas aprobaron la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Esta Directiva obligó a los Estados Miembros (en adelante EM) a regular la mediación con el objetivo de asegurar un mejor acceso a la justicia, en el marco de la política de la Unión Europea intentando facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos (ADR), fomentando su resolución amistosa y garantizando que las partes que recurrieran a ella pudieran contar con un marco jurídico predecible.

Esta Directiva se limitó a establecer unas normas mínimas para fomentar la mediación en los litigios transfronterizos facilitando así el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentando la resolución amistosa de litigios promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial (art.1).

En el año 2013, tanto el Parlamento Europeo como el Consejo pidieron realizar un estudio sobre la aplicación de esta Directiva en los distintos EM. Los resultados del estudio y las experiencias de los distintos países en la aplicación de la Directiva se debatieron en la reunión de la red judicial europea en materia civil y mercantil celebrada en julio de 2015. Por último, se realizó una consulta pública entre ciudadanos interesados, mediadores, jueces, abogados y otros profesionales de la justicia, personal académico, organizaciones, administraciones públicas y Estados miembros aportando 562 respuestas en las cuales se basa este informe. Este análisis concluyó en el “informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité económico y social europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles” el cual voy a analizar a continuación.

2. Evaluación del informe con carácter general

La evaluación pone de manifiesto que, en general, la Directiva ha aportado valor añadido a la UE. Gracias a la concienciación de los legisladores nacionales sobre las ventajas de la mediación, la aplicación de la Directiva correspondiente ha tenido un efecto considerable en la legislación de muchos EM. En los casos en que la transposición de la Directiva ha dado lugar a la adopción de cambios sustanciales en el marco de mediación vigente o la introducción de un amplio sistema de mediación, se ha dado un importante paso adelante en el fomento del acceso a la resolución alternativa de litigios y en la consecución de una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial.

No obstante, se han detectado algunas dificultades en aquellos países en los que existe una falta de “cultura” de la mediación, es decir, no existe el suficiente conocimiento sobre esta materia, siendo necesario un “cambio cultural” para asegurar que los ciudadanos confíen en la mediación⁷.

El estudio y la consulta pública indican que es muy difícil obtener datos estadísticos completos sobre la mediación, por ejemplo, sobre el número de casos de mediación, la duración media y las tasas de éxito de los procesos, con especial atención a la mediación en el ámbito transfronterizo sin una base de datos fidedigna. De este modo se complica la defensa de la conveniencia de la mediación siendo más difícil convencer de la eficacia de este sistema. No obstante, para intentar cambiar esta situación, muchos mediadores facilitaron información en la consulta sobre su propia actividad, sobre el número de mediaciones realizadas, y los porcentajes de éxito obtenidos, siendo a menudo impresionantes. Otros declararon que los porcentajes de éxito dependían del número de partes, del asunto en cuestión y de la situación individual, factores que consideraron que incidían también en la duración de los procedimientos. Pese a ello, sin datos concretos de una base de datos fidedigna, muchos mediadores consideran casi imposible convencer a la opinión pública de la conveniencia de este sistema alternativo de resolución de conflictos.

⁷ INFORME DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO Y AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, pág.4. http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2013/part1_es.pdf

3. Legislación nacional que someta a incentivos o sanciones la mediación y su obligatoriedad

Muchos Estados miembros fomentan el recurso a la mediación mediante el ofrecimiento de incentivos financieros mediante la reducción o el reembolso total de las tasas y costes de los procesos judiciales si se alcanza un acuerdo gracias a la mediación durante procesos judiciales suspendidos. Por ejemplo, en Eslovaquia se reembolsan un 30 %, un 50 % o un 90 % de las tasas judiciales, dependiendo de la fase del proceso en que se alcance un acuerdo por mediación.

También existen incentivos financieros en forma de asistencia jurídica gratuita o bajo coste como en Alemania, Luxemburgo o incluso en el caso de Italia donde otorgan asistencia jurídica gratuita cuando la mediación es obligatoria.

Algunos Estados Miembros imponen sanciones como medio para fomentar el recurso a la mediación. En Hungría, se han previsto sanciones a las partes que, tras haber celebrado un acuerdo de mediación, acudan de todos modos a los tribunales o no cumplan las obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo de mediación o por ejemplo, en Irlanda, donde se aplican sanciones por una negativa injustificada a considerar la mediación. También existen sanciones en los supuestos en que la mediación sea obligatoria y las partes no recurran a ella, sino que acudan a los tribunales. En Polonia o Eslovenia se sanciona a la parte se niegue a participar en ella sin un motivo justificado.

Uno de los puntos más controvertidos en los Estados Miembros que quieren potenciar la mediación es si se debería dar una obligatoriedad a este proceso o, si por el contrario, hacer esto sería contraproducente para las partes. Muchas veces se considera que, por su propia naturaleza, la mediación solo puede ser voluntaria para poder funcionar correctamente y que perdería su atractivo frente a los procesos judiciales si adquiriera carácter obligatorio. Es importante recalcar que el procedimiento de mediación obligatorio afecta al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁸. Por lo que más que convertir la mediación a un proceso obligatorio, el estudio

⁸ Art. 47 Carta de los Derechos Fundamentales: Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída

determinó que una mejor solución sería incentivar a las partes para que recurrieran a la mediación. Para ello se podrían rebajar las tasas judiciales a las partes que hubieran intentado la mediación antes de presentar su demanda, deducciones fiscales eficaces y atractivas, mediación gratuita o, al menos, ayuda financiera del Estado a los servicios de mediación, haciendo así que la mediación resulte económicamente más atractiva a las partes.

4. Algunas conclusiones

La Directiva sobre mediación se introdujo para facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos, fomentar su resolución amistosa y garantizar que las partes que recurrieran a ella pudieran contar con un marco jurídico predecible. La mediación puede contribuir a evitar litigios innecesarios a costa de los contribuyentes y a reducir la pérdida de tiempo y dinero asociados a los pleitos judiciales. A más largo plazo, puede crear una cultura no contenciosa en la que no haya vencedores ni vencidos, sino socios.

Esta Directiva sobre la mediación ha tenido una incidencia considerable en la legislación de muchos Estados miembros además de fijar algunos requisitos clave para el uso de la mediación en los litigios transfronterizos en materia civil y mercantil así como asimilar la mediación en toda la UE.

Las dificultades en el funcionamiento de los sistemas nacionales de mediación en la práctica se refieren principalmente a la tradición de procedimientos judiciales contradictorios en muchos Estados miembros, al frecuente conocimiento escaso de la mediación y al funcionamiento de mecanismos de control de calidad de los mediadores.

La evaluación concluye que no es necesario, por el momento, revisar la Directiva, pero que su aplicación puede mejorarse de las siguientes maneras:

- Cuando proceda y resulte necesario, los Estados miembros deben intensificar sus esfuerzos por fomentar y alentar el recurso a la mediación por los diferentes medios y mecanismos previstos en la Directiva y que se abordan en el presente informe. En particular, deben redoblarse los esfuerzos nacionales por aumentar el número de asuntos en los que los

equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

órganos jurisdiccionales proponen a las partes que recurran a la mediación para resolver su litigio.

- La Comisión seguirá cofinanciando proyectos de mediación con cargo a su «Programa de Justicia». También está dispuesta en principio a proporcionar financiación al establecimiento por parte de las partes interesadas de normas de calidad paneuropeas en materia de prestación de servicios de mediación. Además, la Comisión seguirá consultando a la red judicial europea en materia civil y mercantil para seguir fomentando la aceptación de la mediación, por ejemplo, con el fin de conseguir una base de datos más sólida sobre el uso de la mediación y de ampliar el conocimiento de la mediación entre la población”.

IV. PANORAMA DE LA LEY 5/2012 DE 6 DE JULIO

1. Historia de la Ley

Hasta la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (a continuación LM), la legislación en esta materia se había limitado a normas sectoriales en materia de consumo y de mediación familiar.

La actual Ley tiene su origen en un doble mandato, nacional y comunitario ya que incorpora al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, la cual se limita a establecer unas normas mínimas para fomentar la mediación en los litigios transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles. Pero tal y como señala la norma española en su preámbulo, “su regulación va más allá del contenido de la norma de la Unión Europea”.

Esta norma europea, obligaba al Gobierno a remitir a las Cortes Generales un Proyecto de Ley sobre la mediación que estuviese basada en *los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados en las Comunidades Autónomas*. El incumplimiento de dicho mandato por parte del Gobierno, provocó que la Comisión Europea abriese un expediente en julio de 2011 a España por no haber realizado la trasposición de la Directiva.

Este hecho hizo que el Gobierno presentara apresuradamente ese mismo año un Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante PLM), pero la disolución anticipada de las Cámaras provocó su caducidad. Para evitar cualquier acción en contra de España por no haber cumplido con los objetivos, el nuevo Gobierno entrante optó por tramitar la transposición a través de la vía de urgencia, dando lugar a la aprobación del Real Decreto 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante RDM)⁹. El 6 de julio se aprobó la LM sin apenas variaciones respecto del RDM, pero si distanciándose del primero proyecto el PLM, sobre todo en los puntos de voluntariedad y ejecutividad.

A pesar del impulso que en los últimos años ha experimentado la mediación en España, hasta la aprobación del RDM se carecía de una ordenación general de la mediación aplicable a los diversos asuntos civiles y mercantiles.

2. Principales ejes de la Ley

La Ley 5/2012 se erige, como dice su Preámbulo, en tres ejes íntimamente relacionados entre sí: la desjudicialización, deslegalización y desjuridificación:

- Desjudicialización: Son las partes quienes tienen en su mano la solución a su conflicto, y no el juez o árbitro. Tan sólo será necesaria la intervención de un tercero, el mediador, quien se sitúa y actúa inter partes y no supra partes. De esta manera, las partes tendrán una solución más adaptada a sus necesidades e intereses, con un carácter más pacífico, y que, además, les permitirá mantener las relaciones en adelante. No obstante, la correcta desjudicialización exige un sistema en el que los ciudadanos puedan efectivamente confiar, lo cual requerirá un desarrollo de medios materiales y personales, que garanticen la profesionalidad de este método alternativo¹⁰.
- Deslegalización: Como reflejo de este eje, se encuentra el reconocimiento de la voluntariedad y libre decisión de las partes como principios inspiradores del procedimiento de mediación. La respuesta al litigio ya no vendrá determinada por la disposición legal pertinente aplicada por el órgano jurisdiccional, sino por

⁹ HUALDE MANSO, T., “Del proyecto Caamaño al proyecto Gallardón sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, Mayo 2012, Vol. 2, Nº 2.

¹⁰ MARTÍ MINGARRO, L., “La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 29, 2013, pág. 13.

unos criterios de justicia consensuados por las partes. Lo que busca la Ley de mediación es *que prevalezca lo que hayan dispuesto las partes en el contrato frente al régimen general y coercitivo previsto por la ley.*

- Desjuridificación: o flexibilidad del contenido del acuerdo resultante de la mediación, lo que permite alcanzar soluciones menos traumáticas que en los procesos judiciales, en los que opera la dialéctica vencedor-vencido. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la mediación, y lo ha hecho destacando sus bondades y ventajas a la hora de resolver determinados conflictos. Por todas, se puede citar la STS de 19 enero de 2012 [RJ 2012\307]¹¹, según la cual *debe partirse del entramado familiar que ha dado origen a la presente litis, ya que se trata de una polémica que, como en otros casos de que ha conocido esta Sala, se advierte que tan útil hubiera sido la mediación [...]. La 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.*

Hay que recordar que la mediación pretende ser un procedimiento de fácil tramitación, poco costoso y de corta duración en el tiempo. Tiene un carácter voluntario y autocompositivo, que confiere a las partes todo el poder de decisión, aunque el mediador tiene una intervención fundamental tratando de que los sujetos puedan aproximar sus intereses y, si lo desean, lleguen a un acuerdo.

3. Exclusiones de la Ley

Las exclusiones previstas en la presente norma no lo son para limitar la mediación en los ámbitos a que se refieren sino para reservar su regulación a las normas sectoriales correspondientes. Dichas exclusiones, además de en materia penal y administrativa, también abarcan la mediación laboral y la mediación en materia de consumo.

¹¹ STS de 19 de enero de 2012, núm. 11/2012 de 19 enero. (RJ 2012\307), Aranzadi.

El campo de actuación de la mediación es el del Derecho privado, pues es en este ámbito en el que las partes, libres y en plano de igualdad, pueden disponer de sus derechos subjetivos y llegar a un acuerdo, con la ayuda de un tercero (un mediador), cuya función es aproximar las posiciones de los interesados. Prueba de ello es que la única regulación que existe en España actualmente sobre esta materia excluye expresamente de su ámbito de aplicación tanto a la llamada mediación penal como a la mediación con las Administraciones públicas (artículo 2.2. LM). Ello es debido a que, técnicamente, la mediación supone, por definición, disponibilidad de las partes respecto a sus derechos y obligaciones, mientras que en los ámbitos penal y administrativo (Derecho público), por exigencia del principio de legalidad, ni las partes ni la Administración pueden disponer del objeto de la controversia¹².

Por este mismo motivo y tal y como establece el Considerando 10 de la Directiva 2008/58, la mediación civil y mercantil no debe aplicarse a los derechos y obligaciones que las partes no sean libres de decidir por sí mismas en virtud de la legislación aplicable pertinente. Estos derechos y obligaciones son especialmente frecuentes en el ámbito del derecho laboral, cosa que explica su exclusión de la norma.

Por otro lado, la exclusión en materia de consumo está prevista en el Considerando 18 de la Directiva que establece que *en el ámbito de la protección del consumidor, la Comisión adoptó una Recomendación que establece los criterios mínimos de calidad que los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo deben ofrecer a sus usuarios. Se debe alentar a todos los mediadores u organizaciones que entran en el ámbito de aplicación de dicha Recomendación a que respeten sus principios. Para facilitar la difusión de la información relativa a tales órganos, la Comisión debe crear una base de datos de los sistemas extrajudiciales que, a juicio de los Estados miembros, respetan los principios de la Recomendación.*

¹² MANUEL CHOZAS ALONSO, J., “El ámbito de la mediación, como mecanismo de autocomposición de las partes en la resolución de conflictos, en la universidad complutense de Madrid” en *Revista Española de Derecho Administrativo* 170, Abril - Junio 2015, pág.6.

V. NOTAS SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

1. Introducción

La LM en su Título IV hace referencia al procedimiento en el proceso de mediación estableciendo unas normas básicas al efecto, pues este método de resolución de conflictos, tal y como se señala el Preámbulo de la Ley, se caracteriza por ser un *procedimiento sencillo y flexible que permite que sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus fases fundamentales*. Este principio de flexibilidad posibilitará que cada procedimiento sea al mismo tiempo diferente e igual a cualquier otro. Diferente, porque dependerá siempre de las características de las partes e igual, porque seguirá unas pautas previamente establecidas para su total efectividad¹³.

El procedimiento se puede esquematizar en los siguientes pasos: 1) solicitud de inicio (art. 16 LM); 2) sesión informativa (art. 17 LM); 3) sesión constitutiva (art.19 LM); 4) desarrollo de actuaciones (art.21 LM); 5) terminación del procedimiento (art.22 LM). Este procedimiento se caracteriza por su celeridad, por lo que algunas fases pueden concentrarse o, incluso, suprimirse.

2. Solicitud de inicio

Conforme al art. 16.1 de la LM, el procedimiento podrá iniciarse de común acuerdo o unilateralmente por una de las partes. Al usar el término “podrá” el legislador quiere resaltar que el procedimiento de mediación solo se inicia cuando las partes así lo decidan debido al principio de voluntariedad que rige en ese proceso.

La solicitud ha de presentarse ante la institución o mediador designado, el cual deberá indicar el lugar en que se desarrollarán las sesiones y el idioma de las actuaciones, incluso podrán incluirse otros aspectos en los que haya consenso como la duración máxima del procedimiento o número de sesiones.

Bastará con que esta solicitud para empezar el procedimiento la interponga una de las partes *en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre aquellas* (art. 16.1.b LM) pero siempre siendo necesario que exista un previo compromiso entre las partes.

¹³ MORCILLO JIMÉNEZ, J. J., *El proceso de mediación*, Dykinson, Barcelona, 2013, pág.158.

Hemos de tener en cuenta que cuando de manera voluntaria se inicie una mediación estando en curso un proceso judicial, las partes de común acuerdo podrán solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal (art.16.3 LM). No podrá ser declarado de oficio, siendo el demandado el que deberá hacerlo valer a través de la interposición de la declinatoria¹⁴. Respecto a este punto incidiremos más adelante.

La presentación de la solicitud de mediación producirá la suspensión de los plazos de prescripción o de caducidad tal y como establece el art. 4 LM, suspensión que tiene lugar desde la recepción de dicha solicitud por el mediador o institución. No obstante, este efecto suspensivo se levantará en el caso de que en el plazo de 15 días no tenga lugar la sesión constitutiva. La configuración de la suspensión de estos plazos, se muestran en la LM como un efecto automático por lo que las partes no tienen necesidad de pedirlo. Se justifica como un apoyo fundamental para favorecer el desarrollo de los procedimientos de mediación¹⁵.

3. Sesión informativa

El apartado primero del precepto 17, pone de manifiesto la importancia que presenta esta sesión informativa al advertir que se entenderá como desistido el procedimiento de mediación en el caso de inasistencia injustificada de cualquiera de las partes no siendo confidencial la información de qué parte o partes no asistieron a ella¹⁶.

La LM prevé dos clases de sesión informativa: una de carácter concreto y determinado respecto del asunto en cuestión y la otra de carácter abierto y general. La primera se encuentra prevista en el apartado primero del art. 17 LM en la cual el mediador expondrá las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, además de informar de su profesión, formación y experiencia, así como de las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento, las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar y el plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva.

¹⁴ Noya Ferreiro, M^a L., *Comentarios a la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles*”, CASTILLEJO MANZANARES, R (Dir.) Tirant o blanc, Valencia 2012, pág. 190.

¹⁵ BONET NAVARRO, A., *Proceso civil y mediación, su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Aranzadi, Pamplona, 2013, pág. 105.

¹⁶ Torrado Tarrío C., *Comentarios a la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles*”, CASTILLEJO MANZANARES, R (Dir.) Tirant o blanc, Valencia 2012, pág. 198.

Por otro lado tal y como cita el mismo artículo en su apartado 2, las instituciones de mediación podrán organizar sesiones informativas abiertas para aquellas personas que pudieran estar interesadas en acudir a este sistema de resolución de controversias, que en ningún caso sustituirán a la información prevista en el apartado 1.

4. Sesión constitutiva

El art. 19 LM nos indica cómo la mediación comenzará mediante esta sesión constitutiva en la cual las partes expresarán su deseo de someterse libre y voluntariamente a la mediación, por lo que todos los pasos llevados a cabo hasta este momento podrán considerarse como la “pre-mediación”. La finalidad de esta sesión constitutiva será la de que las partes expresen su voluntad de desarrollar este procedimiento, el cual deberá quedar plasmado en el acta junto a una serie de aspectos esenciales para el desarrollo del procedimiento¹⁷. En el ANEXO I podemos ver un ejemplo de esta acta constitutiva de mediación.

Estos aspectos esenciales vienen enumerados en este artículo 19 y deben abordarse obligatoriamente en la sesión, lo que no impide que se pueda dejar constancia de otras cuestiones. La LM obliga a levantar acta de la sesión constitutiva (art. 19. 2 LM), que deberá indicar:

- a) *La identificación de las partes.*
- b) *La designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes.*
- c) *El objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación.*
- d) *El programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación.*
- e) *La información del coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos.*
- f) *La declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas.*
- g) *El lugar de celebración y la lengua del procedimiento.*

¹⁷ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 408.

El acta levantada en sesión constitutiva ha de ser rubricada, tanto por las partes, como por la persona o personas mediadores involucradas en el procedimiento. En el caso de que los sujetos no acuerden someter su controversia a mediación, el art. 19.2 LM establece que el acta se declarará que la misma ha sido intentada sin efecto.

5. Desarrollo de las actuaciones

El art. 21 LM indica brevemente cómo se desarrollará el procedimiento de mediación una vez celebrada la sesión constitutiva. Este precepto, aplicable tanto a las mediaciones extraprocerales como a las intraprocerales, se limita simplemente a facilitarnos unas directrices, pero sin detallar concretamente cómo se llevará a cabo el procedimiento ni cuáles serán sus distintas fases acorde con el principio de flexibilidad que caracteriza la mediación lo que impide encorsetarla en una estricta sucesión de actos y plazos como si de un proceso judicial se tratase¹⁸.

Así, el apartado primero del precepto recoge *que el mediador convocará a las partes para cada sesión con la antelación necesaria, dirigirá las sesiones y facilitará la exposición de sus posiciones y su comunicación de modo igual y equilibrado*. Por tanto, la norma contempla por un lado cuál es la labor del mediador y, por otro, reconoce un principio de igualdad de actuación, sin situarse en una posición supra partes¹⁹.

Compete al mediador dirigir las sesiones y facilitar a las partes la exposición de sus posiciones. Sin embargo, esta comunicación podrá verse bloqueada en casos de conflictos agudos, por lo que el mediador, dentro de sus facultades, identificará y ordenará los puntos clave de la controversia, de forma que si el procedimiento se estanca y no avanza, podrá valorar la conveniencia de trabajar la sesión mediante intervenciones privadas e individuales con cada una de las partes. La celebración de esta forma viene recogida en el art. 21.2 LM donde se señala que *las comunicaciones entre el mediador y las personas en conflicto podrán ser o no simultáneas*, aunque el mediador siempre deberá comunicar a todas las partes la celebración de las reuniones que tengan lugar por separado, sin perjuicio de la confidencialidad de lo tratado (art. 21.3 LM), y ello es así en virtud del principio de buena fe con el que deben actuar las

¹⁸ Rodríguez Álvarez, A., *Comentarios a la Ley 5/2012...* cit., CASTILLEJO MANZANARES, R (Dir.) pág. 220.

¹⁹ Gutiérrez Sanz, M^a. R., *El procedimiento de mediación: transposición de la Directiva 2008/52/CE por la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y en España*, Dir. HUALDE MANSO, T. (Dir.), MESTROT, M (Coord.) Editorial La Ley, Las Rozas, 2013, pág. 220.

partes. Asimismo, acorde al principio de igualdad entre partes e imparcialidad del mediador, cuando éste opte por mantener una reunión individual, deberá tener otras tantas como partes haya, aunque no versen exactamente sobre el mismo punto, ya que el tercero debe facilitar la comunicación de las partes *de modo igual y equilibrado* (art. 21. 1 LM).

El mediador deberá orientar en todo momento a las partes y tendrá que intentar lograr que el procedimiento sea lo más breve posible y sus actuaciones se concretaran en el mismo número de sesiones (art. 20 LM). Esta duración se determinará dependiendo de la complejidad del asunto, aunque será obligatorio fijar un plazo máximo que luego podrá llegar a modificarse²⁰.

6. Terminación del procedimiento

Tal y como establece el art. 22.1 LM son dos los modos de finalización del procedimiento de mediación. Por un lado, una terminación mediante acuerdo de las partes y, por otro, la conclusión del mismo sin que se haya podido llegar a un acuerdo.

6.1 Terminación mediante acuerdo

Esta situación es la deseable de toda la mediación y es la que cabría esperar al someternos a este proceso. Esta situación no tiene por qué ser integral, es decir, es posible que se haya llegado a un acuerdo parcial, no en todos los puntos discordantes (art. 23.1 LM). Este acuerdo podrá ser elevado a escritura pública para que tenga carácter ejecutivo tal y como se refiere el art. 25 LM. Este aspecto será explicado más adelante. La parcialidad del acuerdo que no solventa todos los aspectos del conflicto no es óbice para que dicho acuerdo sea elevado a escritura pública y alcance ejecutividad.

6.2 Terminación sin acuerdo

Por su parte, el art. 22 LM señala que el procedimiento podrá finalizar sin alcanzar dicho acuerdo por los siguientes motivos:

- a) *Porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándose al mediador.* Esta causa es la expresión de uno de los principios fundamentales que rigen el procedimiento

²⁰ MUNNÉ CATARINA, F. y VIDAL TEIXIDÓ, A., *La mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*, La Ley, Las Rozas, 2013, págs.141-142.

de mediación y que contribuyen a garantizar su éxito: El principio de voluntariedad. Es su virtud, tanto el inicio como el abandono del procedimiento de mediación, deberán responder única y exclusivamente a la voluntad, libremente manifestada, de las partes enfrentadas por el conflicto cuya resolución se pretenda. Además, este principio debe garantizar a los intervinientes que el abandono del procedimiento de mediación no podrá causar perjuicio a ninguna de las partes²¹.

- b) *Porque haya transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento*, sin perjuicio de que se atribuya a las partes la facultad de fijar los límites temporales del procedimiento. Esta facultad deberá ser respetuosa con la propia naturaleza de la mediación, pues es una de las mayores ventajas que de la misma se predicen en detrimento del cauce judicial reside en la mayor celeridad con la que esta transcurre²². Este plazo deberá ser lo más breve posible tal y como establece el art. 20²³.
- c) *Cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables*. A diferencia de las partes, el mediador sí debe justificar la razón que le lleva a dar por terminado el procedimiento. Consideramos que esta facultad del mediador implica un quebranto de los principios de voluntariedad de las partes e imparcialidad del mediador. Asimismo, si bien el precepto faculta al mediador para finalizar el procedimiento cuando medie justa causa, no explicita o define qué requisitos se precisan para apreciar la irreconciliabilidad, así como tampoco señala quién se responsabiliza de los gastos originados hasta el momento²⁴.
- d) Por último se establece una clausula abierta en la que quedarían encerradas cualesquiera *otras causas que determinen su conclusión*, como pudiera ser, la muerte o enfermedad de alguna de las partes o del propio mediador en el

²¹ Sende Mayo, M^a J., *Comentarios a la Ley 5/2012...* cit., CASTILLEJO MANZANARES, R., (Dir.) pág. 225.

²² Sende Mayo, M^a J., *Comentarios a la Ley 5/2012...* cit., CASTILLEJO MANZANARES, R., (Dir.) pág. 226 y Tamayo Haya, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles, comentarios a la ley 5/2012*. GARCIA VILLALUENGA L., y ROGEL VIDE, C. (Dir.), editorial Media, en Madrid, 2012, pág. 265.

²³ Art. 20 LM: La duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones.

²⁴ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...* cit., págs. 424-426.

caso de que no se nombre a otro profesional que lo sustituya. También podríamos incluir el caso en que las partes no hubieran pagado la provisión de fondos correspondiente, pues el art. 15 LM establece expresamente que *si las partes o alguna de ellas no realizaran en plazo la provisión de fondos solicitada, el mediador o la institución, podrán dar por concluida la mediación.*

Al margen de las causas de terminación del procedimiento al que se refiere este precepto, es preciso señalar que si la mediación finaliza sin éxito y se hubiera intentado, de conformidad con los artículos 19.4 y 415 LECivil, la previa suspensión del procedimiento judicial, las partes podrán instar para continuar con este proceso judicial²⁵.

El acta final determinará la conclusión del procedimiento y, en su caso, reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o su finalización por cualquier otra causa. El acta será firmada por las partes y el mediador, entregándose un ejemplar a cada una de ellas. Si una de las partes no quisiera firmar el acta, el mediador lo hará constar así, entregando un ejemplar a las partes que lo deseen (art. 22. 3 LM).

Tal y como establece el mismo artículo en su apartado 1, *una vez terminado el procedimiento, se devolverán a cada parte los documentos que hubiere aportado, mientras que aquéllos que no hayan de devolverse a las partes, se incorporarán a un expediente, el cual debe ser conservado y custodiado por el mediador o, en su caso, la institución de mediación, una vez terminado el procedimiento, por un plazo de cuatro meses; transcurrido dicho plazo, podrá procederse a la destrucción de los mismos*²⁶.

VI. RELACIÓN DINÁMICA ENTRE MEDIACIÓN Y PROCESO JUDICIAL

En este punto voy a analizar las cuestiones que pueden plantearse en la relación surgida entre el proceso judicial y la mediación según cuatro grandes áreas destacadas:

²⁵ Sande Mayo, M^aJ., *Comentarios a la Ley 5/2012...* cit., CASTILLEJO MANZANARES, R., (Dir.) págs. 227-228.

²⁶ Parra Jiménez, M^a. E., *Artículo 21. Desarrollo de las actuaciones, Comentarios a la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, MARÍN HITTA, L., (Dir.) Ed. ePraxis, Sevilla, 2013, pág. 149.

- ¿Cómo influye una cláusula de sometimiento a mediación en un planteamiento judicial?
- ¿Qué consecuencias tiene una mediación frustrada en el posterior proceso judicial?
- Iniciado prima facie un proceso judicial ¿cómo se acude a mediación?
- ¿Cómo se ejecutan los acuerdos llevados a cabo en el proceso de mediación?

1. La cláusula de mediación en el posterior planteamiento judicial

1.1 Obligación de intentar una mediación

Atendiendo a la voluntariedad en el inicio del proceso, en términos generales, podemos distinguir entre mediación voluntaria y mediación obligatoria o preceptiva. En el primer caso son las partes quienes eligen libremente someterse a mediación, mientras que en la segunda, las partes son derivadas a ella por mandato judicial o legal. La mediación voluntaria puede manifestarse con frecuencia a través de las llamadas “cláusulas de mediación”. Mediante dichas cláusulas las partes se comprometen a someter a mediación las eventuales controversias que puedan surgir de una determinada relación jurídica. En tal caso, conviene puntualizar que la pretendida “obligación de mediar” proviene, no ya de la ley, sino directamente de la voluntad de las partes²⁷.

Tal y como establece el art. 6.2 LM *cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste.*

En los casos en que alguna de las partes de un contrato o de un acuerdo no gocen de libertad de negociación contractual, parece evidente que tampoco podrá considerarse que esta parte tenga voluntad para una libre aceptación de la sumisión a mediación que se contenga en el clausulado de dicho pacto o contrato. Es decir, en aquellos supuestos en los que una de las partes implicadas deba aceptar el contenido del contrato

²⁷ GINEBRA MOLINS, M^ªE., y TARABAL BOSCH, J., “La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación”, en *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n^º de octubre 2013, pág. 8.

careciendo de capacidad negociadora, incluida la cláusula de sumisión a mediación, es evidente que tampoco podrá considerarse que al aceptar el contrato esté expresando una voluntad libre de sometimiento a mediación.

En este caso de utilización de cláusulas generales de contratación, no sería válida la voluntad de sumisión que venga manifestada por la aceptación del contrato que realice la parte que se adhiere al contenido del contrato diseñado y fijado por la otra parte. Por lo que deben considerarse nulas todas aquellas cláusulas contractuales en las que se imponga a la parte adherente el deber de someterse a mediación civil y mercantil para la solución de los problemas derivados de la relación jurídica²⁸. Como hemos venido señalando a lo largo del trabajo, si por algo se caracteriza la mediación es por la voluntariedad que se requiere por las partes implicadas para comenzar este procedimiento, no pudiendo por ello obligar a nadie a someterse a él.

Por medio de esta cláusula las partes se comprometen a que una vez que surja el conflicto se solicitará la intervención de un mediador para alcanzar una solución. Como es lógico, las partes deben intentar de buena fe la mediación y procurar que el acuerdo sea posible, pero nada obsta a que una vez iniciada ésta se manifieste inviable o las partes puedan, en cualquier momento, separarse de ella y darla por finalizada. Esta cláusula será válida incluso en el supuesto en que lo que se discuta sea el propio contrato o acuerdo en el que aquella esté incorporada.

Si una de las partes se negara a acudir a mediación existiendo esta cláusula, será responsable frente al que, cumpliendo con la cláusula firmada, desee iniciar el procedimiento de mediación. Es decir, la existencia de esta cláusula obligará siempre a que se inicie el procedimiento de mediación y las partes deberán intentar de buena fe alcanzar un acuerdo. Pero, como en todos los casos de mediación, ninguno de los sujetos podrá ser obligado a mantenerse en ella²⁹.

1.2 Prohibición de plantear un proceso judicial si se ha iniciado la mediación y no ha finalizado

²⁸ Colomer Hernández, I., *Comentarios a la Ley 5/2012...* cit., CASTILLEJO MANZANARES, R., (Dir.) págs. 96-97.

²⁹ Serrano Gómez, E., M., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...* cit., GARCIA VILLALUENGA L., y ROGEL VIDE, C. (Dir.), págs.107-108.

El art. 10.2.2º LM señala que *durante el tiempo en que se desarrolle la mediación, las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos. El compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.*

De acuerdo con este artículo las partes deben actuar conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo. De esta manera, consideramos que un desistimiento unilateral injustificado, promovido únicamente por el carácter veleidoso y caprichoso del renunciante, no debería perjudicar en absoluto a la otra parte. Sobre todo, teniendo en cuenta que previamente se habrá firmado un acta de la sesión constitutiva, en la que constará que las partes asumen las obligaciones que del procedimiento se derivan.

El respeto al compromiso de someterse a la mediación es lo que se garantiza en este art.10.2, de manera que durante el tiempo en que se desarrolle la mediación, las partes no pondrán interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con el objeto de su asunto³⁰.

Pese a no poder interponer ninguna acción judicial mientras dura el procedimiento el precepto introduce una excepción; la solicitud de medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida de bienes o derechos.

La decisión del órgano jurisdiccional sobre la medida cautelar puede influir en el desarrollo del procedimiento de mediación. El Tribunal debe apreciar *prima facie* la fundamentación de la solicitud de medidas cautelares, lo que implica que deba decidir y conocer sobre el fondo de la pretensión sin prejuzgar sobre el fondo del asunto, tal y como prevé el art. 728.2 LECivil³¹. La problemática se puede plantear porque los parámetros de decisión del órgano jurisdiccional son distintos a los propios de la

³⁰ Varela Gómez, B., *Comentarios a la Ley 5/2012...* cit., CASTILLEJO MANZANARES, R., (Dir.) págs.135-146.

³¹ Art. 728.2 LECivil: El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar con su solicitud los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios de prueba, que deberá proponer en forma en el mismo escrito.

mediación, y la adopción o no de la medida implicará una modificación de la situación existente. Al margen de ello el Tribunal deberá decidir sobre la medida cautelar analizando la concurrencia de este presupuesto.

Se puede considerar que al solicitar la adopción de una medida cautelar la finalidad del procedimiento de mediación se pierde íntegramente ya que uno de los elementos esenciales de la misma es el cumplimiento voluntario del acuerdo y la adopción de una medida cautelar implica precisamente la concurrencia del *periculum in mora* o el peligro para la efectividad del proceso, en este caso del acuerdo de mediación³².

1.3 La excepción declinatoria

Puede ocurrir que una de las partes interponga una demanda que tenga por objeto una pretensión incluida en el ámbito del pacto de sometimiento a mediación. En este caso, y en virtud al art. 39 LECivil³³ en su nueva redacción dada por la Disposición Final Tercera de la LM, corresponderá al demandado su denuncia por medio de la declinatoria.

El art. 63 LECivil relativo a la excepción declinatoria tiene la siguiente redacción: *mediante la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional, a árbitros o a mediadores.*

La declinatoria es la vía para denunciar la falta de jurisdicción y no porque el juez no sea competente en el asunto, sino porque el juez tiene que abstenerse ya que las partes habrían pactado intentar solucionar su controversia por un vía distinta. Mediante la declinatoria, la parte demandada tendrá que mostrar ante el juez la existencia de dicha cláusula de sometimiento a mediación según prevé el art. 6.2 LM.

³² PÉREZ DAUDÍ, V., “La mediación y las medidas cautelares” en *InDret, revista para el análisis del derecho* (www.indret.com), nº 3/2012, Barcelona 2012, págs. 9-11.

³³ Art. 39 LECivil: El demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje o mediación la controversia.

El demandado, por tanto, al interponer la declinatoria, deberá pedir que el tribunal se abstenga de conocer del asunto por haber pactado con la otra parte (o partes) someter la controversia a mediación³⁴.

Esta excepción declinatoria en ningún caso puede sustituir el juicio, es decir, el juez sigue siendo competente para conocer el litigio si alguna de las partes desea acudir a la jurisdicción. La excepción de mediación planteada ante el juez lo único que impediría sería conocer el proceso durante el tiempo que dure el proceso de mediación, pero una vez concluido éste podrá conocer el conflicto si alguna de las partes así lo desea. En otro caso se estaría vulnerando el Derecho Fundamental recogido en el artículo 24 CE relativa a la tutela judicial efectiva³⁵, según recoge expresamente la Directiva 2008/52 sobre mediación en asuntos civil y mercantil en su art.5.2³⁶.

2. Mediación frustrada: confidencialidad y costas

En el caso en que las partes no hayan conseguido llegar a un acuerdo en la mediación deberán realizar un escrito de acta de finalización del procedimiento. En el ANEXO II se contiene un formulario tipo del acta de finalización.

2.1 Confidencialidad

El art. 14 LM establece que *la aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren. El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores. La responsabilidad de la institución de mediación derivará de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben.*

³⁴ BONET NAVARRO, A., *Proceso civil y mediación, su análisis en la Ley 5/2012, de mediación...* cit., editorial Aranzadi, Pamplona, 2013, págs. 35-38, 42-43.

³⁵ Blanco Carrasco, M., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...* cit., GARCIA VILLALUENGA L., y ROGEL VIDE, C. (Dir.), págs.145-148.

³⁶ Art. 5.2. Directiva: La presente Directiva no afectará a la legislación nacional que estipule la obligatoriedad de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial.

El art. 9.2.a) LM³⁷ confiere un protagonismo notable a las partes a la hora de regular el papel que va a jugar el mediador una vez finalizado el procedimiento de mediación sin éxito y acudiendo al procedimiento judicial. Este artículo recoge cómo las partes pueden de manera expresa y por escrito dispensar al mediador del deber de confidencialidad. Con esto entendemos que las partes, si ese es su interés común, pueden renunciar entre ellas a este principio esencial del mediador, de este modo, las partes se autorizarían recíprocamente para citar al mediador en el proceso judicial como testigo o perito, compeliéndose a someterse a dicha voluntad. Así pues, la confidencialidad del mediador debería quedar sustraída a la voluntad de las partes, al menos, no como imposición, si no como facultad siempre que el mediador acepte.

Este mismo artículo, en su apartado b)³⁸, también recoge la posibilidad de que no sean solo las partes quienes puedan quebrar este principio de confidencialidad, sino también el juez del orden jurisdiccional penal mediante resolución judicial motivada.

Por otro lado, el art. 9.1 LM establece que *el procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.*

Como observamos en este artículo, se califica como confidencial *el procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo*, lo que supone incluir todo lo que ha acontecido y se ha debatido en las sesiones de mediación; no solo la información transmitida oralmente, sino aquello que las partes han aportado para la exposición y explicación de sus intereses.

Tal y como entienden MERINO ORTIZ y LASHERAS HERRERO³⁹, deben considerarse documentación amparada, a su vez, por la confidencialidad, tanto los soportes de escritura aportados en la mediación por las partes como todos aquellos medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y aquellos instrumentos que permiten archivar y conocer datos relevantes para el proceso, como ha previsto la

³⁷ Art. 9.1.a) LM: Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad.

³⁸ Art.9.2.b) LM: Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

³⁹ Merino Ortiz,C., y Lasheras Herrero, P., *Comentarios a la Ley 5/2012...* cit., CASTILLEJO MANZANARES, R (Dir.) pág.116.

LECivil en sus artículos 382 al 384, para el proceso jurisdiccional, entre otros, videos, documentos electrónicos o material fotográfico diverso.

Hay que mencionar como la confidencialidad de los mediadores comenzará en la sesión constitutiva ya que, tal y como recoge el art. 17 LM⁴⁰, en la sesión informativa, en caso de inasistencia injustificada de cualquiera de las partes se entenderá que desisten de la mediación solicitada teniendo la información de qué parte o partes no asistieron a la sesión carácter no confidencial. De esta forma, el legislador ha optado por no considerar confidencial este primer contacto, se reconoce así que la sesión informativa no forma parte del procedimiento de mediación porque las partes no han manifestado todavía, su decisión de iniciar este medio para resolver sus conflictos ni tampoco han firmado compromiso alguno con las normas de funcionamiento ni de respeto a sus principios⁴¹. A este momento, tal y como se mencionado con anterioridad, se le denomina “pre-mediación”.

2.2 Costas

La mediación frustrada tiene influencia en el régimen de costas establecido en la LECivil.

La LM, en su disposición final tercera, ha modificado el segundo párrafo del apartado 1º del artículo 395 LECivil, por el que señala que *si el demandado se allanare a la demanda antes de contestarla, no procederá la imposición de costas salvo que el tribunal, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en el demandado.*

Se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él solicitud de conciliación.

La presunción establecida en este precepto consiste en considerar que todos los allanamientos que se produzcan después de que se haya iniciado un proceso de

⁴⁰ Art. 17 LM: Recibida la solicitud y salvo pacto en contrario de las partes, el mediador o la institución de mediación citará a las partes para la celebración de la sesión informativa. En caso de inasistencia injustificada de cualquiera de las partes a la sesión informativa se entenderá que desisten de la mediación solicitada. La información de qué parte o partes no asistieron a la sesión no será confidencial.

⁴¹ Merino Ortiz, C., y Lasheras Herrero, P., *Comentarios a la Ley 5/2012...* cit., CASTILLEJO MANZANARES, R (Dir.) pág. 117.

mediación se presumirán de mala fe a los efectos de la determinación de la condena en costas.

La consecuencia de esta presunción de mala fe, para estos allanamientos acaecidos con posterioridad al inicio de un previo procedimiento de mediación y antes de contestar a la demanda, es permitir que se le puedan imponer las costas del proceso a la parte que se allana.

De esta forma, el legislador establece un mecanismo indirecto encaminado a favorecer el uso de la mediación y sobretodo destinado a que los procedimientos que empiezan por este método alternativo de resolución de conflictos terminen con acuerdos entre las partes ya que de esta forma las partes que acuden a este procedimiento tienen el riesgo de si no se someten al procedimiento de buena fe, de acarrear con todas las costas del procedimiento pese no haber llegado a un acuerdo, además de tener que acudir a la vía judicial, empezar el proceso de nuevo y pagar los gastos que esto supone.

Lo que se pretende es inducir en la parte demandada una clara voluntad de concluir la mediación con acuerdo, so pena en caso de no hacerlo, de que el ulterior allanamiento que se formule antes de la contestación a la demanda, se podría ver penalizado con la imposición en costas por ser considerado de mala fe⁴².

Analizando este precepto puede resultar contradictorio con el art. 6.3 LM el cual establece que *nadie está obligado a mantenerse en el proceso de mediación ni a concluir con un acuerdo*. Pese a ello, este art. 395 LECivil resulta totalmente congruente con la voluntariedad de la mediación ya que si una de las partes abandona el proceso sin llegar a un acuerdo, la otra parte se vería obligada a acudir al proceso judicial. Con el mecanismo que nos ofrece este artículo, el sujeto obligado a acudir al proceso judicial tendrá la seguridad de que la otra parte no podrá allanarse antes de la contestación a la demanda ya que podría incurrir en mala fe y verse obligada a pagar las costas del procedimiento. Es decir, de esta forma se intenta potenciar la finalización del proceso a través de la mediación.

Si no existiera mala fe por ninguna de las partes, las costas se interpondrían en partes iguales.

⁴² Sande Mayo, M^a J., *Comentarios a la Ley 5/2012...* cit., CASTILLEJO MANZANARES, R., (Dir.) págs. 355-356.

3. ¿Iniciar la mediación tras haber iniciado un proceso judicial?: la mediación intrajudicial

La mediación intrajudicial se suscita y comienza después de que el litigio ya esté en sede de un órgano judicial⁴³; se desarrolla conectada con el proceso y con origen en el mismo, bien por una derivación del propio juez, bien por propia iniciativa de las partes⁴⁴. La LECivil prevé la conexión entre proceso y mediación en varios preceptos mediante el establecimiento tanto de un mandato, como de una facultad.

3.1 La obligación de informar sobre la mediación

Por un lado, el Secretario judicial tiene la obligación de informar a las partes de la posibilidad de recurrir a la mediación para solventar la controversia existente entre ellas; de esta forma, el art. 414.1 LECivil, prevé que, en los juicios ordinarios, la convocatoria de la audiencia previa, el Secretario judicial *informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a la mediación*, si ello no se hubiera realizado antes. En igual sentido se expresa el art. 440.1 LECivil⁴⁵ para los juicios verbales.

3.2 Invitación por el juez

La LECivil faculta al órgano jurisdiccional a invitar a las partes a que lleguen a un acuerdo mediante un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa siempre que así lo consideren apropiado en atención al objeto del proceso (arts. 414.1 para juicios ordinarios y 443.3 LECivil para juicio verbales). Las partes en la audiencia previa o en la vista del juicio verbal, deben explicar su decisión respecto a esa invitación, y en el caso de negativa las razones de la misma.

Bajo mi punto de vista, una mediación intrajudicial derivada por parte del juez puede ser contraproducente ya que como hemos reiterado a lo largo de este trabajo, en la mediación la voluntariedad es un requisito esencial, que de esta forma puede verse apartado. Por ello, pese a que el órgano jurisdiccional tan solo pueda invitar a las partes

⁴³ Ortuño Muñoz, P., *Estado del Arte de la Mediación*, GORJÓN GÓMEZ, F., y LÓPEZ PELAEZ, A. (Coords.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 286.

⁴⁴ MEJÍAS GÓMEZ, J. F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, El Derecho, Madrid 2010, pág. 33.

⁴⁵ Art. 440.1 LECivil: En la citación se fijará el día y hora en el que haya de celebrarse la vista, y se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la vista su decisión al respecto y las razones de la misma.

a informarse sobre esta mediación en algún momento del proceso judicial, las partes pueden sentirse rechazadas por el órgano jurisdiccional, sintiendo que su asunto es uno más entre tantos, y un mero trámite más para el juez. Es por esto que entiendo que sería mucho más productivo si son las partes las que deciden someterse a este sistema alternativo de resolución de conflictos bajo su propia voluntad, siendo para ello necesario hacer una labor pedagógica previa a la población sobre los beneficios y ventajas de la mediación viéndolo como un método tan eficaz como el judicial y no como un medio de resolución de conflictos solo en caso de no poder acudir a los tribunales.

3.3 Suspensión del procedimiento

La Ley 5/2012 ha introducido la expresa previsión de que las partes podrán solicitar de mutuo acuerdo la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el art. 19.4 LECivil⁴⁶ para someterse a mediación siempre y cuando no perjudiquen al interés general o a tercero (arts. 415. 1 y 443. 3 LECivil, para juicios ordinarios y verbales respectivamente).

Según esto, inmediatamente después de declararse abierto el procedimiento, el tribunal debe interrogar a las partes sobre la subsistencia del litigio entre ellas, invitándolas a alcanzar un acuerdo. Las partes, como respuesta, pueden, bien desistir del proceso o solicitar del tribunal que homologue lo acordado, cuando hubiesen llegado a un acuerdo o se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, o bien solicitar de mutuo acuerdo la suspensión del procedimiento para someterlo a mediación. También cabe que las partes no soliciten nada de lo anterior, lo que determinará la continuación del procedimiento judicial.

Si las partes aceptan la invitación a asistir a una sesión informativa o incluso llegan a iniciarse en el proceso de mediación, si no se pide la suspensión del proceso de común acuerdo por las partes, el proceso judicial deberá seguir adelante. Este hecho no impedirá que la mediación se desarrolle con normalidad ni que, si tiene éxito, ésta produzca sus efectos en el proceso.

⁴⁶ Art. 19.4 LECivil: Asimismo, las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada por el Secretario judicial mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días.

Aunque el art. 415.1 LECivil contempla la solicitud de suspensión al comienzo de la audiencia, hay que entender que no se excluye que se pueda solicitar en cualquier otro momento posterior. Un momento particularmente idóneo podría ser, en la propia audiencia previa, inmediatamente después de la fijación de los hechos controvertidos, por iniciativa de las partes o en respuesta a la exhortación del tribunal prevista en el art. 428.2 LECivil⁴⁷.

Solicitada la suspensión de común acuerdo por las partes, el tribunal, tras comprobar la concurrencia de los requisitos de capacidad, poder de disposición y, en su caso, representación de los solicitantes, debe poner fin de inmediato a la audiencia previa. Así se desprende el nuevo párrafo segundo del artículo 415.3 LECivil, que prevé que *cuando se hubiera suspendido el proceso para acudir a mediación, terminada la misma, cualquiera de las partes podrá solicitar que se alce la suspensión y se señale fecha para la continuación de la audiencia.*

En cuanto a la duración de la suspensión, una vez acordada, hay que estar, en principio, al régimen general: sesenta días, inicialmente, transcurridos los cuales sin que ninguna de las partes haya solicitado la reanudación del proceso, ni lo haga en los cinco días siguientes, se acordaría el archivo provisional de los autos, hasta que se solicite la continuación del proceso o se produzca la caducidad de instancia (arts.19.4 y 179.2 LECivil)⁴⁸.

4. El proceso de ejecución del acuerdo alcanzado por las partes

MONTERO AROCA, define el proceso ejecutivo como “aquél en el que, partiendo de la pretensión del ejecutante, se realiza por el órgano jurisdiccional una conducta física productora de un cambio real en el mundo exterior para acomodarlo a los establecido en el título que sirve de fundamento a la pretensión de la parte y a la actividad jurisdiccional⁴⁹”.

⁴⁷ Art. 428.2 LECivil: 2. A la vista del objeto de la controversia, el tribunal podrá exhortar a las partes o a sus representantes y a sus abogados para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio. En su caso, será de aplicación al acuerdo lo dispuesto en el artículo 415 de esta Ley.

⁴⁸ Vega Torres, J., *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española* (Directiva 2008/52/CE, Ley 5%2012 y RD 980/2013), LÓPEZ SIMÓ, F., y GARAU SOBRINO, F. (Coords), Tirant o blanch, Valencia, 2014, págs. 377- 382.

⁴⁹ MONTERO AROCA, J., *Tratado de proceso de ejecución civil*, Tomo I, editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 2004, pág.35.

Trasladando esta noción a la ejecución de un acuerdo alcanzado en mediación podría decirse que consiste en transformar la realidad jurídica para hacerla coincidir con lo establecido en el acuerdo alcanzado de mediación. Es decir, no estamos ante un proceso declarativo donde lo que se hace es otorgar derechos a las partes, sino que lo que se hará es ejecutar el acuerdo⁵⁰.

La ejecución del acuerdo de mediación, en principio, no debería suponer problema alguno puesto que el origen negocial de este proceso supone por sí mismo la voluntariedad, es decir, las partes no están obligadas a llegar a acuerdo alguno. Pero no debe obviarse la posibilidad de que en algunas ocasiones este acto voluntario no se produzca.

4.1 Necesidad, o no, del título ejecutivo

Para poder obtener y solicitar la ejecución del acuerdo de mediación, es necesario contar con un documento, el título ejecutivo, que tenga un grado de “fiabilidad” elevado respecto de la obligación en el contenida, de manera que permita legítimamente la realización forzosa de la prestación. Este título ejecutivo da derecho a solicitar y obtener el despacho de la ejecución y ello aunque la prestación contenida en él ya se haya satisfecho.

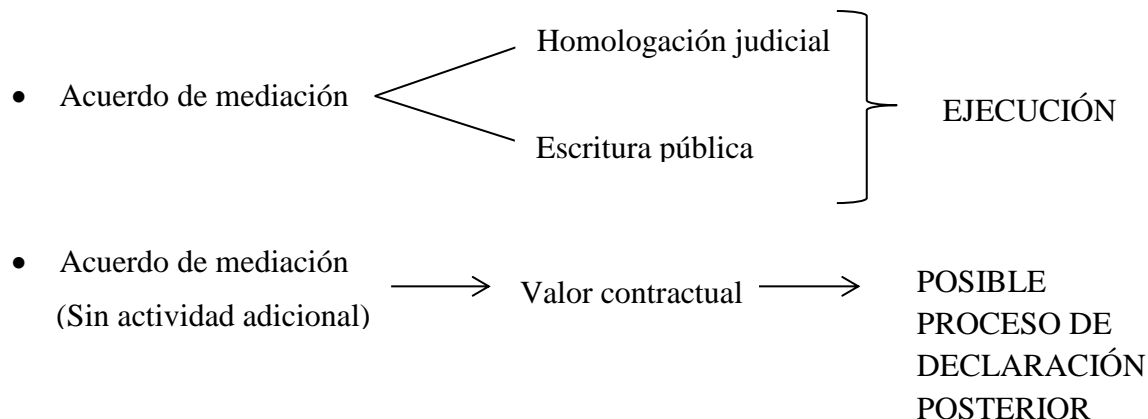
Tal y como establece en el artículo 25 LM y 517 LECivil, es necesario que el acuerdo se haya elevado a escritura pública o bien que se haya homologado judicialmente si la mediación se inició una vez que ya existía un proceso judicial para que de esta forma adquiriera carácter de título ejecutivo. (arts. 25.4 LM y 206.1.2º LECivil).

El acuerdo de mediación no es en sí mismo título que de derecho a solicitar y obtener el despacho de la ejecución. Pese a ello, esto no significa que el acuerdo de mediación por sí mismo carezca de valor alguno y deba necesariamente homologarse o elevarse a escritura pública para otorgarle algún tipo de eficacia. Si las partes no realizan las actividades anteriores el acuerdo de mediación obtenido tendrá tan solo valor contractual entre ellas, (*inter partes*). Esta eficacia contractual viene recogida en el artículo 23.4 LM y establece que *contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos*. De

⁵⁰ PARDO IRANZO, V., *La ejecución del acuerdo...* cit., pág. 38.

esta forma sí que será posible, al no existir cosa juzgada, que la parte que sí cumplió el acuerdo de mediación inicie el proceso judicial que corresponda⁵¹.

Por lo que las posibilidades de forma esquemática serían las siguientes:



4.2 Vías para alcanzar la ejecutividad

La ejecución del acuerdo alcanzado en mediación viene recogida en la LM entre sus artículos 25 y 27:

- El artículo 25 LM: 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.

- Artículo 26 LM: Órgano competente para la ejecución.

⁵¹ PARDO IRANZO, V., *La ejecución del acuerdo...* cit., pág. 106

La ejecución de los acuerdos resultado de una mediación iniciada estando en curso un proceso se instará ante el tribunal que homologó el acuerdo.

Si se tratase de acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Este precepto nos indica cual es el tribunal competente para la ejecución de los acuerdos de mediación realizando una doble previsión, distinguiendo los casos en los que la mediación ha tenido lugar en el proceso judicial (mediación intrajudicial), de aquellos otros que se llevaron a cabo extrajudicialmente y, con posterioridad, fueron elevados a escritura pública.

De esta forma, los supuestos en los que el acuerdo de mediación haya sido homologado por un juez *ex artículo 19 LECivil*⁵², será ese mismo el encargado de ejecutarlo⁵³ ya que era él que estaba conociendo del asunto previamente.

En los casos extrajudiciales la competencia objetiva y territorial corresponderá al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545⁵⁴ de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En todo caso, ya se trate de mediación intra o extrajudicial el Juzgado antes de despachar la ejecución examinará de oficio su propia competencia territorial. En caso de que estime su incompetencia, dictará resolución en forma de auto indicando el órgano jurisdiccional al que hay que presentar la demanda⁵⁵.

⁵² Art. 19 LECivil: 1. Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.

2. Si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin.

⁵³ Esta solución legislativa viene a corroborar un criterio general ya enunciado en el artículo 545.1 LECivil conforme el cual *si el título ejecutivo consistiera en resoluciones judiciales, resoluciones dictadas por Secretarios Judiciales a las que esta ley reconozca carácter de título ejecutivo o transacciones y acuerdos judicialmente homologados o aprobados, será competente para dictar el auto que contenga la orden general de ejecución y despacho de la misma el Tribunal que conoció del asunto en primera instancia o en el que se homologó o aprobó la transacción o acuerdo.*

⁵⁴ Art. 545.2 LECivil: Cuando el título sea un laudo arbitral o un acuerdo de mediación, será competente para denegar o autorizar la ejecución y el correspondiente despacho el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado el laudo o se hubiera firmado el acuerdo de mediación.

⁵⁵ Rodríguez Álvarez, A., Comentarios a la Ley 5/2012... cit, CASTILLEJO MANZANARES,R., (Dir.) págs. 271-274.

- Artículo 27 LM: Ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos

1. Sin perjuicio de lo que dispongan la normativa de la Unión Europea y los convenios internacionales vigentes en España, el reconocimiento y ejecución de un acuerdo de mediación se producirá en la forma prevista en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil.

2. Un acuerdo de mediación que no haya sido declarado ejecutable por una autoridad extranjera sólo podrá ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás.

3. El documento extranjero no podrá ser ejecutado cuando resulte contrario al orden público español

Cuando un acuerdo sea de naturaleza transfronteriza y por tanto, deba ser ejecutado en un Estado diferente al de su emisión, nos encontramos con unos mecanismos internacionales muy eficaces que permiten que se lleven a cabo los acuerdos de mediación con gran éxito.

Esquemáticamente la ejecución de las resoluciones de mediación transfronterizas se despliega en dos posibilidades, que se exponen respectivamente en los apartados 1 y 2 del precepto que ahora analizamos:

- a. Si dicho acuerdo goza de fuerza ejecutiva en su país de origen, los demás países le darán reconocimiento y ejecución.

Conforme al artículo 517.2 LECivil los acuerdos de mediación llevan aparejada la ejecución. Pese a que esa referencia ha desaparecido en la Ley de mediación, la exigencia para activar la ejecución del acuerdo persigue –a salvo lo dispuesto en la normativa de la UE y convenios internacionales suscritos por España- que la autoridad extranjera que le otorgó tal fuerza tenga equivalencia funcional a la desempeñada por las autoridades españolas. En consecuencia, el documento extranjero debe haber sido autorizado por una autoridad extranjera que ejerza una función equivalente a la que corresponde a la autoridad española competente⁵⁶.

En el caso de los acuerdos de mediación transfronterizos, cuando no sea aplicable el Derecho de la UE o un convenio internacional en nuestro país, además requerirán ser investidos de fuerza ejecutiva por medio del procedimiento del *exequatur* prevista en la Ley 29/2015, de 30 de julio de Cooperación Jurídica Internacional en

⁵⁶ Iglesias Burigues J.L, Palao Moreno G., y Espinosa Calabuig, R., *Comentarios a la Ley 5/2012...* cit., CASTILLEJO MANZANARES, R., (Dir) págs. 285-290.

materia civil. Esta ley define el exequatur en su art. 42 como el *procedimiento para declarar a título principal el reconocimiento de una resolución judicial extranjera y, en su caso, para autorizar su ejecución.*

Según el art. 46 de esta Ley se denegará el reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras cuando:

- a) *Cuando fueran contrarias al orden público.*
- b) *Cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes. Si la resolución se hubiera dictado en rebeldía, se entiende que concurre una manifiesta infracción de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse.*
- c) *Cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obedeciere a una conexión razonable. Se presumirá la existencia de una conexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española.*
- d) *Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España.*
- e) *Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, cuando esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en España.*
- f) *Cuando existiera un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero.*

Las transacciones judiciales extranjeras no se reconocerán cuando fueran contrarias al orden público.

- b. Si carece de fuerza ejecutiva en el país de emisión, la ejecución sólo tendrá lugar en España tras la intervención de un notario y siempre previa solicitud del interesado⁵⁷.

4.3 Diferencias entre la elevación de los acuerdos a escritura pública y la homologación judicial

a. Los acuerdos elevados a escritura pública:

El artículo 25 LM establece como para que el acuerdo alcanzado en mediación se transforme en título ejecutivo deberá ser elevado a escritura pública. Para que esto ocurra, la legislación vigente exige que éste sea presentado ante notario. Por ello, cuando las partes desean que el acuerdo alcanzado tome fuerza ejecutiva, deberán presentarlo ante un fedatario público, sin necesidad de que acuda el mediador que ha dirigido el proceso.

Las partes tienen que aportar una copia del acta de sesión constitutiva y del acta de sesión final, así como de determinados documentos el notario deberá verificar. Las actividades a realizar por parte del notario son las siguientes:

- Comprobar que el acuerdo de mediación cumpla con los requisitos exigidos por el art. 23 LM⁵⁸.
- Cotejar que el contenido del mismo no sea contrario a Derecho estando, tanto su contenido como sus efectos, conformes con el ordenamiento jurídico.
- Verificar la voluntad de las partes con la mediación y el acuerdo.
- Confirmar que el mediador que ha intervenido en el proceso tenga tanto la formación como los conocimientos necesarios para poder actuar como tal.
- Demostrar la identidad de las partes que, a su entender, deberán tener la capacidad suficiente para poder enfrentarse al proceso.

⁵⁷ Gómez Campelo, E., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...* cit., GARCIA VILLALUENGA L., y ROGEL VIDE, C. (Dir.), págs. 369-373.

⁵⁸ Art. 23 LM: 1. El acuerdo de mediación puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a la mediación. En el acuerdo de mediación deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta Ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento. 2. El acuerdo de mediación deberá firmarse por las partes o sus representantes. 3. Del acuerdo de mediación se entregará un ejemplar a cada una de las partes, reservándose otro el mediador para su conservación. El mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto.

- Verificar que el procedimiento se encuentre ajustado a los requisitos exigidos en la LM⁵⁹.

Una vez que el fedatario público compruebe que el acuerdo cumple con todos los requisitos formales y materiales exigidos por ley, procederá a su elevación a escritura pública. En caso de que no cumpliera con ellos, deberá informárselo a las partes, no pudiendo llevarse a cabo la elevación a escritura pública.

Para que el acuerdo logre eficacia ejecutiva es necesaria la voluntad concorde de las partes en el otorgamiento de escritura pública, de tal manera que la negativa de una de ellas a acudir al notario frustra *ab initio* la deseable conversión en título ejecutivo de lo efectivamente acordado. Ante esa negativa, la efectividad de lo convenido –a falta de cumplimiento voluntario- pasará por el ejercicio de la correspondiente acción judicial solicitando el cumplimiento de lo pactado⁶⁰. La elevación o formalización convierte al acuerdo en un título ejecutivo junto con los laudos y las resoluciones judiciales firmes (art. 517.2 LECivil).

b. Los acuerdos homologados judicialmente:

El art. 25.4 LM establece que para que el acuerdo al que han llegado las partes se transforme en título ejecutivo habrá que acudir a la homologación judicial siempre y cuando exista un procedimiento judicial abierto respecto a las cuestiones abordadas en mediación y resueltas en el acuerdo. Por otro lado, también se deberá homologar el acuerdo judicialmente cuando una de las partes se oponga a elevar el acuerdo a escritura pública, viéndose en la necesidad de acudir a los tribunales para elevar así el acuerdo de mediación a escritura pública.

Para poder realizar esta homologación judicial, basta con que una de las partes lo solicite, para lo cual deberá aportar el documento con los pactos alcanzados con la otra parte (o partes) ante el juez o tribunal que conozca del litigio para que éste valore si se cumplen ciertos requisitos, tanto formales como materiales recogidos en el art. 19

⁵⁹ GISBERT POMATA, M. Y DÍEZ RIAZA, S. *El contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*, editorial, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 251.

⁶⁰ SANTOS VIJANDE, J., “Tratamiento procesal de la mediación y eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación en la Ley 5/2012” *Revista Riedpa.com*, nº1, 2013, pág. 24 y GISBERT POMATA, M, *el contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2014, págs. 251-252.

LECivil⁶¹: que el acuerdo no infrinja ninguna ley o establezca limitaciones por razones de interés general, que no perjudique a terceros, que no aborde materias no disponibles por las partes y que no abarque más materias que las que se llevaron a mediación.

c. A modo de conclusión

Es importante matizar que la “conversión” del acuerdo en un título ejecutivo deriva de la voluntad de las partes. Es decir, si no quieren no es necesario elevarlo a escritura pública u homologarlo para que tenga efecto entre ellos. Es más en el primer supuesto, elevación a escritura pública, depende de la simple voluntad en contra de una de ellas para que el acuerdo no llegue a convertirse en título ejecutivo, y ello porque el artículo 25 LM señala que las partes -en plural- podrán elevar a escritura pública el acuerdo, siendo preceptivo que acudan a un notario para su homologación. En cambio, en la homologación judicial basta con que una de ellas pida al órgano jurisdiccional la homologación para que esta se lleve a cabo⁶². Es decir, pese a la negativa de una de las partes a elevar el acuerdo a escritura pública, siempre quedará la posibilidad de acudir a los tribunales para homologar judicialmente el acuerdo de mediación alcanzado.

4.4 La oposición de ejecución por inexistencia de acción

El artículo 556 LECivil, al que la Disposición Final Tercera de la LM le dio una nueva redacción, equipara los acuerdos de mediación con las resoluciones procesales o arbitrales, estableciendo que *si el título ejecutivo fuera una resolución procesal o arbitral de condena o un acuerdo de mediación, el ejecutado, dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que se despache ejecución, podrá oponerse a ella por escrito alegando el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, laudo o acuerdo, que habrá de justificar documentalmente.*

⁶¹ Art. 19 LECivil: 1. Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.

2. Si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin.

3. Los actos a que se refieren los apartados anteriores podrán realizarse, según su naturaleza, en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia.

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

⁶² DALLA BERNARDINA DE PINHO, H., y LOSS DE ANDRADE, J., *Contemporary Tendencies in Mediation*, editorial dykinson, Madrid 2015, págs. 181-182.

También se podrá oponer la caducidad de la acción ejecutiva, y los pactos y transacciones que se hubiesen convenido para evitar la ejecución, siempre que dichos pactos y transacciones consten en documento público.

La LM no ha introducido ninguna novedad en cuanto a los motivos de fondo de la oposición a la ejecución, son los generales para la ejecución de cualquier título jurisdiccional. Resulta difícilmente concebible la hipótesis de que el ejecutado pueda oponer otras excepciones materiales distintas a las que se establecen en el artículo 556 LECivil las cuales voy a analizar a continuación⁶³:

- Pago o cumplimiento
- Caducidad de la acción ejecutiva
- Pactos y transacciones que se hubieran convenido convenidos para evitar la ejecución.

4.4.1 El pago o cumplimiento

Lo primero que hay que tener en cuenta respecto al pago o cumplimiento de lo convenido en el acuerdo de mediación, es que dicho cumplimiento debe justificarse documentalmente, sin que sean posibles otros medios de prueba. Para que el pago pueda considerarse extintivo de la ejecución debe:

- a. Ajustarse a las normas reguladoras de la extinción de las obligaciones por pago o cumplimiento, en particular a los artículos 1157 y 1170 CC.
- b. Ha de ser posterior a la firma de la escritura pública o a la homologación del acuerdo. Este requisito presenta una particularidad en relación con los acuerdos de mediación, porque si bien el acuerdo se alcanza y documenta en la sesión final del procedimiento de mediación, su elevación a escritura pública se puede producir en un momento posterior y será en ese momento cuando se cree el título ejecutivo. Esta circunstancia no se dará si el acuerdo se sometió a homologación judicial ya que esta homologación requerirá la ratificación de las partes en el acuerdo y los términos del mismo lógicamente variarían en el caso de que una de las partes en el acuerdo ya hubiesen

⁶³ BONET NAVARRO, A., *Proceso civil y mediación, su análisis en la Ley 5/2012, de mediación...* cit., págs. 297-301.

cumplido alguna de las prestaciones contraídas en el acuerdo alcanzado fuera del proceso. Este requisito perseguirá la terminación del proceso.

- c. Si la demanda se interpuso sin atender al plazo de 20 días del artículo 548 LECivil⁶⁴, el deudor podrá también oponer el pago realizado en ese plazo, pues el juez deberá abstenerse de despachar la ejecución en tanto aquel no expire⁶⁵.

Si el pago se hace ante el tribunal que conoce de la ejecución una vez que se ha efectuado la demanda, o con posterioridad, en tal caso la extinción de la ejecución no corresponde a la noción de satisfacción extraprocesal sino que se producirá por el cauce del 583 LECivil:

1. Si el ejecutado pagase en el acto del requerimiento o antes del despacho de la ejecución, el Secretario judicial pondrá la suma de dinero correspondiente a disposición del ejecutante, y entregará al ejecutado justificante del pago realizado.

2. Aunque pague el deudor en el acto del requerimiento, serán de su cargo todas las costas causadas, salvo que justifique que, por causa que no le sea imputable, no pudo efectuar el pago antes de que el acreedor promoviera la ejecución.

3. Satisfechos intereses y costas, de haberse devengado, el Secretario judicial dictará decreto dando por terminada la ejecución.

Hay que mencionar que la ejecución no finaliza hasta que el ejecutante ha sido totalmente resarcido, es decir, cuando se ha satisfecho la prestación originaria, intereses y costas. Solo entonces se entenderá satisfecha la acción ejecutiva ejercitada. Siendo esto así, es importante precisar que el plazo de caducidad de 5 años del 518 LECivil se refiere al inicio de la ejecución, no a la ejecución en su conjunto o una vez iniciada esta; es decir, despachada la misma no caduca nunca, terminaría con la total satisfacción del ejecutado.

4.4.2 Caducidad de la acción ejecutiva

⁶⁴ Art. 548 LECivil: No se despachará ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o de acuerdos de mediación, dentro de los veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena sea firme, o la resolución de aprobación del convenio o de firma del acuerdo haya sido notificada al ejecutado.

⁶⁵ BONET NAVARRO, A., Proceso civil y mediación, su análisis en la Ley 5/2012... cit., págs. 300-304.

La LM en su Disposición Final Tercera, modificó el artículo 518 de la LECivil, referido a la caducidad de la acción ejecutiva fundada en sentencia judicial o resolución arbitral o acuerdo de mediación. Esta nueva redacción supone que la acción ejecutiva para exigir el cumplimiento de lo establecido en el título ejecutivo caducará, si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva, dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la resolución

Para concretar el comienzo del plazo de caducidad de la acción ejecutiva deberemos distinguir entre mediación extrajudicial y la mediación intrajudicial:

- Mediación intrajudicial. El plazo de caducidad comenzará a contar desde la firmeza de la resolución judicial por la que se homologa el acuerdo alcanzado en mediación, convirtiéndolo en título ejecutivo.

- Mediación extrajudicial. Respecto a la mediación extrajudicial, se manifiesta una especial problemática en cuanto al comienzo del plazo de caducidad de la acción ejecutiva, pues se presenta la cuestión de si éste comienza en el momento en el cuál las partes firman el acuerdo y se entrega una copia del documento a cada una de ellas y al mediador (art. 23 LM), o desde el momento en que se eleva a escritura pública. Desde el punto de vista de PARDO IRANZO⁶⁶, la respuesta correcta sería la segunda opción ya que es en ese momento cuando el acuerdo de mediación adquiere la condición de título ejecutivo. Si para el supuesto de sentencias, laudos y otro tipo de resoluciones del tribunal o del Secretario, el cómputo comienza desde la firmeza y ello porque desde ese momento son título ejecutivo parece entonces que, en caso de acuerdo de mediación extrajudicial, también será necesario para que empiece a contar el plazo de caducidad, que aquél haya adquirido la condición de título ejecutivo.

En el caso en el que el propio acuerdo de mediación establezca los plazos de vencimiento de las obligaciones alcanzadas u obligación de tracto sucesivo, el cómputo del plazo deberá iniciarse a partir de tales vencimientos⁶⁷. Este ha sido el criterio admitido por la doctrina y seguido por la audiencia provincial⁶⁸ en los casos de ejecución de sentencias que imponían condenas al pago de prestaciones de devengo

⁶⁶ PARDO IRANZO, V., *La ejecución del acuerdo...cit.*, págs. 139-140.

⁶⁷ BONET NAVARRO, A., *Proceso civil y mediación*, ... cit., págs. 304-311.

⁶⁸ Autos de Madrid (Secc.22ª) de 19 de abril de 2002 (JUR 2002,197296); AP de Barcelona (secc.12ª) de 26 de marzo (JUR 2008, 142160); AP de Santa Cruz de Tenerife (secc 1ª) de 16 de marzo de 1009 (AC 2009, 1350).

periódico. Lo que sucede en estos casos es que, aunque la sentencia haya ganado firmeza, no existe acción ejecutiva pues el deudor no ha infringido el deber jurídico que proclama la sentencia y que es presupuesto sobre el que la acción ejecutiva se asienta. En definitiva, únicamente con el vencimiento de la prestación nace la acción ejecutiva.

En el caso en que el acuerdo de mediación tenga distintas fechas de vencimiento para cada una de las partes, el plazo de caducidad siempre deberá llevarse a cabo de forma individualizada respecto a cada una de las prestaciones establecidas, pudiendo iniciarse cada una en distintas fechas.

El cumplimiento de este plazo supondrá la extinción del derecho sujeto a caducidad que no es otro que la propia acción ejecutiva. Esta circunstancia explica que el legislador haya situado la alegación de caducidad entre las causas de oposición que puedan poner de manifiesto la extinción de la acción ejecutiva⁶⁹.

Se considera, con carácter general, que la caducidad puede ser apreciada de oficio por los tribunales y, por tanto, también la caducidad de la acción en el proceso de ejecución.

4.4.3 Pactos y transacciones convenidos para evitar la ejecución

El carácter vinculante del artículo 23 LM⁷⁰ no impide que las partes alcancen un nuevo acuerdo de carácter novatorio ya que existe la posibilidad de que las partes realicen un pacto posterior al acuerdo de mediación que ya había sido elevado a escritura pública.

⁶⁹ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, editorial Civitas, Madrid 2001, págs. 119-120.

⁷⁰ Art. 23 LM: 1. El acuerdo de mediación puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a la mediación.

En el acuerdo de mediación deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta Ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento.

2. El acuerdo de mediación deberá firmarse por las partes o sus representantes.

3. Del acuerdo de mediación se entregará un ejemplar a cada una de las partes, reservándose otro el mediador para su conservación.

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

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

Ahora bien, la eficacia ejecutiva de la escritura pública que hubiera recogido un anterior acuerdo de mediación o de la resolución judicial que lo hubiera homologado sigue produciéndose sobre la mera base de su regularidad formal, por lo que el intento de hacerla valer reclama, de quien apareciera en el título como obligado, la formulación de la pertinente oposición aduciendo la existencia de un posterior pacto de naturaleza novatoria. Para que este pacto pudiera poner término a la ejecución o limitarlo es necesario que aparezca recogido de un documento de carácter público. Además la oposición sólo resultaría estimada si el pacto fue anterior a la fecha de la transacción de la demanda o del despacho de la ejecución, pues en otro caso nos encontraremos ante una transacción alcanzada pendiente el proceso de ejecución cuya eficacia requerirá de su homologación en el proceso de ejecución para que pueda poner término al mismo⁷¹.

4.5 Oposición por defectos procesales

El planteamiento, sustanciación y decisión de la oposición se acomodará a las reglas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 559-561 LECivil). En particular, el auto que estime la oposición por defectos procesales dejará sin efecto la ejecución despachada, pero el juez no podrá declarar la nulidad o ineficacia del acuerdo en este trámite incidental.

Según el art. 559 LECivil, los motivos para alegar la oposición por defectos procesales son los siguientes:

1. El ejecutado podrá también oponerse a la ejecución alegando los defectos siguientes:

- 1. Carecer el ejecutado del carácter o representación con que se le demanda.*
- 2. Falta de capacidad o de representación del ejecutante o no acreditar el carácter o representación con que demanda.*
- 3. Nulidad radical del despacho de la ejecución por no contener la sentencia o el laudo arbitral pronunciamientos de condena, o por no cumplir el documento presentado, el laudo o el acuerdo de mediación los*

⁷¹ Castillejo Manzanares R., *Comentarios a la Ley 5/2012...* cit., CASTILLEJO MANZANARES, R., (Dir.) págs. 234-245.

requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución, o por infracción, al despacharse ejecución, de lo dispuesto en el artículo 520.

Si el documento presentado no reúne todos los requisitos establecidos en el art.23 LM, no podrá ser considerado título ejecutivo y, en consecuencia, no podrá dar lugar al despacho de a ejecución. Este motivo incluye también las irregularidades relativas a la escritura pública y debe abarcar, a pesar de su naturaleza jurídico-material, el control del acuerdo por escapar a la libre disposición de las partes⁷².

VII. SITUACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN ESPAÑA Y EXPECTATIVAS DE FUTURO

En Europa, a excepción de Reino Unido, no se hace uso de los métodos alternativos de resolución de conflictos que supongan una modificación al sistema tradicional de acceso a la justicia. Se podría decir incluso que existe una gran resistencia hacia ellos. En cambio, en países como Estados Unidos estos métodos han pasado a ser parte del propio sistema judicial incorporándose a las instituciones públicas con carácter previo al proceso judicial.

Para incentivar esta mediación como un sistema alternativo a la resolución de conflictos, algunos EM con sistemas jurídicos colapsados han incentivado la mediación de forma que resulte más atractiva que acudir directamente al proceso judicial como ya he mencionado en el punto de análisis del informe de la UE. De esta forma, parece posible afirmar que los países cuyas legislaciones van más allá de los requisitos básicos de la Directiva Europea parecen haber logrado resultados importantes en la promoción de la mediación civil y mercantil, no así España donde no se ha previsto ningún incentivo para fomentar el uso de la mediación⁷³.

Su incorporación a nuestro sistema de gestión de conflictos puede contar con determinadas oposiciones y razones de su lento avanzar:

⁷² PARDO IRANZO, V., *La ejecución del acuerdo...cit.*, págs. 160-161.

⁷³ TRIGO SIERRA E., Y MOYA FERNÁNDEZ A.J., “La mediación civil y mercantil en España y en el Derecho comparado: a propósito del Real Decreto-ley 5/2012” *En actualidad Jurídica Uría Menéndez / 32-2012*, pág.102.

- a. La de amplios sectores profesionales que, al desconocer el funcionamiento de la metodología la temen por la competencia que les puede representar y la rechazan.
- b. La del sistema tradicional de resolución de controversias que estaba construido sobre el monopolio de su gestión por la administración pública. Hay que tener en cuenta que el desarrollo de la mediación no depende tanto de las leyes, como del fomento de la cultura mediadora, siendo esta labor de las instituciones tanto públicas como privadas⁷⁴.
- c. Por la inexistencia de mediadores cualificados que pudieran prestigiar la metodología⁷⁵. Este aspecto empieza a cambiar debido al interés de algunos Colegios de Abogados en realizar cursos para instruir en la materia.
- d. La amenaza que representa el monopolio judicial a la hora de resolver los conflictos⁷⁶.

No obstante, se ha venido observando un incremento exponencial del ejercicio de la actividad mediadora en todo el territorio del Estado. Asimismo, profesionales de formación diversa se han interesado por esta institución al objeto de introducir la mediación como herramienta útil y eficaz en la resolución extrajudicial de conflictos y poder descubrir toda su virtualidad práctica. Las Universidades españolas y algunos Colegios Profesionales se han ido adelantando a la regulación formal de la actividad ofreciendo formación y apoyo a quienes pretenden capacitarse y ofrecer servicios de mediación bajo los principios de la autonomía de la voluntad, el diálogo y el consenso.

De esta forma, la mediación se ha ido introduciendo tímidamente en España como sistema que asiste a las partes en las tareas de comprender su disputa, mejorar su comunicación, ayudar a transformarla y tratar de hallar un acuerdo que promueva la convivencia respetuosa y pacífica entre ellas. En estos momentos, el avance, expansión y reconocimiento de la mediación como actividad técnica y profesional es incuestionable, buena prueba de ello es la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles que ha venido a consagrar esta realidad, dando

⁷⁴ IBORRA GRAU, C., *La mediación civil y mercantil: Luces y sombras*, en *el derecho.com*, 2014, núm. 20.

⁷⁵ ORTUÑO MUÑOZ, P., "El futuro de la mediación: expectativas". I Congreso Internacional de Mediación y Conflictología. Cambios Sociales y Perspectivas para el Siglo XXI. Sevilla. UNIA 2011, pág.118.

⁷⁶ MONTERROSO CASADO, C, *Mediación civil y mercantil*, editorial CEF, Madrid, 2015, pág.20.

homogeneidad, ofreciendo seguridad jurídica y respaldando la institución mediadora institucionalmente⁷⁷.

En España se aprecia especialmente la utilidad de la mediación, y particularmente de la mediación familiar, puesto que las estadísticas demuestran la enorme litigiosidad que se ha generado en los últimos años en materia de familia y en concreto sobre crisis matrimoniales o de pareja. Esta litigiosidad se agrava con la reincidencia, habida cuenta del incremento de los pleitos posteriores a la sentencia de separación o divorcio en las que se solicita la modificación de las medidas adoptadas en las mismas (normalmente cambio en la pensión compensatoria, régimen de custodia o visita de hijos y régimen de uso de la vivienda familiar)⁷⁸.

De cara al futuro el fomento de la mediación debería tener en cuenta las siguientes líneas de actuación⁷⁹:

1.- La primera línea de actuación es la de incidir en la necesidad de incrementar las acciones de formación. Es cierto que son ya muchos los Colegios de Abogados que imparten cursos de mediación, pero se constata que la formación va dirigida a un núcleo reducido de profesionales interesados por la misma, la mayor parte de las veces, con la voluntad decidida de dedicarse profesionalmente a la mediación, pero la gran masa de abogados únicamente tiene una vaga noción de su significado que, generalmente, es errónea. Las acciones formativas se deberían incluir en los planes de estudio en Universidad (Grado y Máster). Con ello se cumplirían dos objetivos: el primero, la adquisición de competencias en materia de negociación, y el segundo, dar a conocer lo que la mediación puede ofrecer a la Abogacía, como herramienta de gran utilidad en los casos en los que las relaciones entre los litigantes se hayan de mantener en el futuro.

En cuanto al trabajo de los mediadores es necesario que se implanten mecanismos eficaces de control de calidad. Si queremos que la actividad profesional sea reconocida

⁷⁷ GARCÍA VILLALUENGA, L., y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo”, en *Política y Sociedad*, 2013, 50, núm.1, págs. 75-77.

⁷⁸ Hay que ser conscientes que la introducción del divorcio en España en el año 1981 produjo un incremento necesario de la litigiosidad y la más reciente reforma en la que se facilita el acceso al divorcio, sin necesidad de separación previa, sin alegar causa legal y acortando los plazos, mediante la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, también ha producido un notable incremento de la litigiosidad en esta materia.

⁷⁹ ORTUÑO MUÑOZ, P., “El futuro de la mediación: expectativas”. I Congreso Internacional de Mediación y Conflictología. Cambios Sociales y Perspectivas para el Siglo XXI. Sevilla. UNIA 2011, págs.120-122.

científicamente no podemos vivir del voluntarismo de lo que sabemos hacer, sino que hay que documentar cada caso, someterlo a la crítica de los compañeros, descubrir las necesidades de formación de mediadores, y habituarnos a la supervisión de nuestro trabajo, y a la necesidad del reciclaje metodológico.

2.- La segunda línea de actuación es la generación de cultura de mediación. Es necesario idear acciones de difusión que lleguen a los ciudadanos, usuarios de los servicios, que son los que van a demandar el uso de los mismos en los diversos ámbitos en los que potencialmente puedan desarrollarse⁸⁰. Para ello podrían ofrecerse por ejemplo folletos informativos promovidos y distribuidos desde las sedes de los distintos partidos judiciales o desde los propios anuncios y campañas del Ministerio de Justicia que no solo mediadores sino también los letrados informasen al cliente en primera instancia de los beneficios de este procedimiento. Es decir, poco a poco intentar acabar con el desconocimiento de este método de resolución de conflictos en la población española.

VIII. CONCLUSIONES

I. Gracias a la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que legislaba una base de mínimos que tenían que contener las leyes de mediación de los distintos Estados Miembros.

Uno de los puntos más controvertidos que surgió en los Estados Miembros que empezaron a legislar la mediación a raíz de esta Directiva fue el carácter de obligatoriedad que tenían que otorgar a la mediación. Muchas veces se considera que, por su propia naturaleza, la mediación solo puede ser voluntaria para poder funcionar correctamente y que perdería su atractivo frente a los procesos judiciales si adquiriera carácter obligatorio. Bajo mi punto de vista esta afirmación es completamente correcta ya que para que un proceso de mediación funcione correctamente las partes tienen que acudir de buena fe, dispuestas a solucionar sus controversias por este método de resolución de conflictos. Es decir, si no acuden con una gran disposición de arreglar sus

⁸⁰ ORTUÑO MUÑOZ, P., “El futuro de la mediación: expectativas”. I Congreso Internacional de Mediación y Conflictología. Cambios Sociales y Perspectivas para el Siglo XXI. Sevilla. UNIA 2011, pág.123.

disputas con la otra parte, es imposible que este sistema funcione ya que precisamente lo que se intenta lograr en la mediación es que las partes lleguen a un acuerdo con ayuda del mediador. Por lo que si una parte ha sido obligada a someterse a este procedimiento y no estaba dispuesta a ello, sería muy improbable que este sistema acabara con un acuerdo de las partes.

II. España, por medio de esta Directiva, se vió en la necesidad de legislar la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil. Con esta ley fue más allá de los mínimos ofrecidos por la UE, impulsando este método de resolución de conflictos alternativo en todo el ámbito estatal permitiendo un mayor desarrollo del procedimiento.

Esta Ley reguló este proceso que no solo es más rápido que acudir al procedimiento judicial, sino que también es más barato, produciendo además un alivio para los tribunales, a causa de la saturación que hay en ellos.

III. Sin embargo, a mi juicio, la mediación tiene una gran inconveniente y es la necesidad de acudir a los tribunales o al notario para que el acuerdo tenga eficacia ejecutiva entre las partes más allá de la mera obligación contractual. Es decir, una vez que las partes llegan al acuerdo de mediación deseado, lo más recomendable es acudir o bien al notario si todas las partes están de acuerdo en elevar el acuerdo a escritura pública, o bien al juez si ya había un proceso judicial en marcha o bien una de las partes no quiere elevar el acuerdo a escritura pública.

Bajo mi punto de vista, este hecho hace perder “fuerza” del proceso de mediación frente a otros sistemas alternativos de conflicto, ya que el proceso no acaba cuando las partes llegan a un acuerdo sino que tendrán que invertir más tiempo y dinero en acudir al notario o al juez.

El Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles (PLM), derogado debido a la disolución anticipada de las Cámaras en 2011, preveía que al acuerdo de mediación alcanzado por las partes tuviera una ejecutividad directa, a merced de la intervención del mediador, es decir, le atribuía al acuerdo el efecto de llevar aparejada la ejecución.

Entiendo que esta solución es mucho más favorable, y que la Ley 5/2012 debería haber seguido esta línea argumental, considerando que el sistema finalmente instaurado es menos eficaz que el proyectado en 2011.

IV. Si nos fijamos por ejemplo en los laudos arbitrales, estos sí que tienen ejecutividad directa, así como fuerza ejecutiva de cosa juzgada, lo que nos puede llevar a pensar que este sistema es más útil frente a la mediación. Pese a ello, la mediación tiene una ventaja que el arbitraje no, el mediador siempre intentará llegar a un acuerdo beneficioso para que ambas partes se sientan ganadoras y no haya ninguna parte vencida. De esta forma será mucho más fácil mantener relaciones en el futuro.

Bajo mi entender este último punto es fundamental y lo que hace distinguir la mediación de los demás ADR'S ya que pese a que las partes hayan podido tener una disputa no quiere decir que las relaciones entre ellas tengan que romperse, por lo que sometiendo a este método ambas pueden resultar ganadoras.

IX. BIBLIOGRAFÍA

1. Libros

BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

BONET NAVARRO, A., *Proceso civil y mediación, su análisis en la Ley 5/2012, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Aranzadi, Pamplona, 2013.

DALLA BERNARDINA DE PINHO, H., y LOSS DE ANDRADE, J., *Contemporary Tendencies in Mediation*, editorial dykinson, Madrid 2015.

DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, editorial Civitas, Madrid 2001.

FOLBERG, J., y TAYLOR, A., *Mediación, resolución de conflictos sin litigio*, Limusa, México, 1996.

GISBERT POMATA, M. Y DÍEZ RIAZA, S. *El contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*, editorial, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014.

Gutiérrez Sanz, M^a. R., *El procedimiento de mediación: transposición de la Directiva 2008/52/CE por la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y en España*, Dir. HUALDE MANSO, T. (Dir.), MESTROT, M (Coord.) Editorial La Ley, Las Rozas, 2013.

MEJÍAS GÓMEZ, J. F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, El Derecho, Madrid 2010.

MONTERO AROCA, J., *Tratado de proceso de ejecución civil*, Tomo I, editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 2004.

MONTERROSO CASADO, C, *Mediación civil y mercantil*, editorial CEF, Madrid, 2015.

MORCILLO JIMÉNEZ, J. J., *El proceso de mediación*, Dykinson, Barcelona, 2013.

MUNNÉ CATARINA, F. y VIDAL TEIXIDÓ, A., *La mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*, La Ley, Las Rozas, 2013.

Noya Ferreiro, M^a L., Torrado Tarrío, C., Rodríguez Álvarez, A., Sende Mayo, M^a J., Colomer Hernández I., Varela Gómez, B., Iglesias Burigues J.L, Palao Moreno G., Espinosa Calabuig, R, Castillejo Manzanares, R., Merino Ortiz, C., y Lasheras Herrero, P., *Comentarios a la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, CASTILLEJO MANZANARES, R (Dir.) Tirant o blanc, Valencia 2012.

Ortuño Muñoz, P., *Estado del Arte de la Mediación*, GORJÓN GÓMEZ, F., y LÓPEZ PELAEZ, A. (Coords.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

PARDO IRANZO, V., *La ejecución del acuerdo de mediación*, Thompson, Navarra, 2014.

Parra Jiménez, M^a. E., *Artículo 21. Desarrollo de las actuaciones, Comentarios a la Ley de mediación en asuntos Civiles y Mercantiles*, MARÍN HITTA, L., (Dir.) ePraxis, Sevilla, 2013.

Serrano Gómez, E., Blanco Carrasco, M., Gómez Campelo, E., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles, comentarios a la ley 5/2012*. GARCIA VILLALUENGA L., y ROGEL VIDE, C. (Dir.), editorial Media, en Madrid, 2012.

Vega Torres, J., *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*, LÓPEZ SIMÓ, F., y GARAU SOBRINO, F. (Coords), Tirant o blanch, Valencia, 2014.

ZAERA NAVARRETE, J.I. *Guía práctica de mediación. 100 preguntas y respuestas para abogados*, en Tirant o Blanch, Madrid 2013.

2. Revistas

GARCÍA VILLALUENGA, L., y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo”, en *Política y Sociedad* 2013, 50, núm.1.

GINEBRA MOLINS, M^aE., y TARABAL BOSCH, J., “La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación”, en *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, nº de octubre 2013.

HUALDE MANSO, T., “Del proyecto Caamaño al proyecto Gallardón sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, Mayo 2012, Vol. 2, Nº 2.

IBORRA GRAU, C., *La mediación civil y mercantil: Luces y sombras, en el derecho.com*, 2014, núm. 20.

MANUEL CHOZAS ALONSO, J., “El ámbito de la mediación, como mecanismo de autocomposición de las partes en la resolución de conflictos, en la universidad complutense de Madrid” en *Revista Española de Derecho Administrativo* 170, Abril - Junio 2015.

MARTÍ MINGARRO, L., “La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 29, 2013.

PÉREZ DAUDÍ, V., “La mediación y las medidas cautelares” en *InDret, revista para el análisis del derecho (www.indret.com)*, nº 3/2012, Barcelona 2012.

SANTOS VIJANDE, J., “Tratamiento procesal de la mediación y eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación en la Ley 5/2012” Revista Riedpa.com, nº1, 2013, pág. 24 y GIBBERT POMATA, M, *el contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2014.

TRIGO SIERRA, E. y MOYA FERNÁNDEZ, A. J., “La mediación civil y mercantil en España y en el Derecho comparado: a propósito del Real Decreto-ley 5/2012”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 32, 2012.

3. Documentos

INFORME DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO Y AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

ORTUÑO MUÑOZ, P., “El futuro de la mediación: expectativas”. I Congreso Internacional de Mediación y Conflictología. Cambios sociales y perspectivas para el siglo XXI. Sevilla: UNIA, 2011.

Mediación y Conflictología. Cambios Sociales y Perspectivas para el Siglo XXI. Sevilla. UNIA 2011.

4. Páginas web

http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2013/part1_es.pdf

<https://signon.thomsonreuters.com/>

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/dir2008-52-ce.html

<http://asgeco.org/adr/>

<https://dialnet.unirioja.es/>

www.indret.com

<http://tirant.com/index.php/bases-de-datos>

ANEXOS

ANEXO I: en base de datos Tirant

ACTA DE SESIÓN CONSTITUTIVA

Ena de de.....

COMPARECEN

D./D.^a con DNI por sí misma (o en nombre y representación de) y

D./D.^a con DNI por sí misma (o en nombre y representación de), ambos como partes de la MEDIACIÓN; y como MEDIADOR/A, D./D.^a

MANIFIESTAN

Las partes comparecidas manifiestan su voluntad de someterse a la mediación de D./D.^a... (mediador antes referido) con el fin de aproximar sus posturas sobre la controversia suscitada y llegar a un acuerdo, si ello resulta posible.

El objeto de dicha controversia tiene su base en

.....
.....
.....
.....

Las actuaciones se llevarán a cabo en un período de.....días y en las sesiones que a partir de este momento fijará el mediador, sin perjuicio de una posible prórroga (si la misma procediese) para llegar a un acuerdo.

Las sesiones tendrán lugar en y en horario de..... a

El coste de la mediación, teniendo en cuenta la cuantía del asunto, será aproximadamente de euros, dentro de los cuales, la cantidad que percibirá el mediador en concepto de honorarios será de euros. Dicho coste se dividirá por igual entre las partes, haya o no concluido la misma con acuerdo (o en su caso, expresar aquí el acuerdo al que hayan llegado las partes sobre este particular)¹.

El idioma en el que se desarrollarán las sesiones del presente procedimiento de mediación será el..... (castellano/gallego/otras lenguas oficiales).

Las partes aceptan voluntariamente las condiciones de la mediación, sometiéndose al cumplimiento de las normas legales y de los principios reguladores de la misma, y particularmente, del principio de buena fe.

Las partes se comprometen, en el caso de que se logre alcanzar un acuerdo, a protocolizar el mismo mediante su elevación a escritura pública. Asimismo, acuerdan hacer frente al coste de la protocolización de la siguiente manera²:

(Indicar aquí cómo sufragarán los costes de la protocolización)

El mediador comunica a las partes que tiene suscrito un seguro de responsabilidad civil profesional de carácter obligatorio y cuya cuantía asciende a euros³.

Se levanta acta haciendo constar que con la misma se da inicio a la mediación (o en su caso, que no se ha logrado acuerdo de constitución y que la mediación se ha intentado sin efecto).

Por medio de la presente, se cita a las partes para que comparezcan a la siguiente sesión que se celebrará en el día de de a las horas.

En a de de

Fdo.: Fdo.: Fdo.:

1 Es preciso tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, según el cual "1. El coste de la mediación, haya concluido o no con el resultado de un acuerdo, se dividirá por igual entre las partes, salvo pacto en contrario. 2. Tanto los mediadores como la institución de mediación podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender el coste de la mediación. Si las partes o alguna de ellas no realizaran en plazo la provisión de fondos solicitada, el mediador o la institución, podrán dar por concluida la mediación. No obstante, si alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, el mediador o la institución, antes de acordar la conclusión, lo comunicará a las demás partes, por si tuvieren interés en suplirla dentro del plazo que hubiera sido fijado".

2 Incluir este punto es importante al objeto de evitar futuros problemas, para el caso de que se diera la eventualidad de que una de las partes no quiera protocolizar posteriormente el acuerdo, o no se muestre dispuesto a sufragar los costes de la protocolización ante Notario.

3 Pese a que la Ley 5/2012, de 6 de julio , de mediación en asuntos civiles y mercantiles, no recoge la necesidad de incluir este punto expresamente, es importante que el mediador comunique a las partes en la sesión constitutiva que tiene suscrito un seguro de responsabilidad civil profesional y cuál es la cuantía del mismo. Dicho seguro es de carácter obligatorio y se regula en los artículos 26 a 29 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio , de mediación en asuntos civiles y mercantiles .

ANEXO II: en base de datos Tirant

ACTA FINAL de mediación frustrada

En a de de

COMPARECEN

D./D.^a..... con DNI por sí misma (o en nombre y representación de....) y

D./D.^a con DNI por sí misma (o en nombre y representación de....), ambos como partes de la MEDIACIÓN; y como MEDIADOR/A, D./D.^a.....

DICEN

Que ha concluido el procedimiento de mediación que se inició con fecha entre las partes arriba referidas

MANIFIESTAN

PRIMERO. Que no ha sido posible alcanzar un acuerdo (señalando la causa concreta a la que se deba tal circunstancia *ex art. 22 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*):

- Porque la partes comparecientes han dado por terminada la mediación.
- Porque ha transcurrido el plazo que se acordó para desarrollar el proceso de mediación.
- Porque las posturas de ambas partes eran irreconciliables, siendo imposible llegar a un acuerdo.
- Porque el mediador ha renunciado a continuar en el procedimiento.
- Porque las partes han rechazado al mediador.
- Por cualquier otra causa que determine su conclusión (explicarla).

SEGUNDO. Que en este acto, se devuelven a las partes los documentos que han presentado, excepto los que sean necesarios a los efectos de elaborar el correspondiente expediente, el cual, deberá conservar y custodiar el mediador, una vez terminado el

procedimiento, por un plazo de cuatro meses, tal y como dispone el art. 22.1 párrafo segundo de la Ley 5/2012, de 6 de julio , de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Expirado este plazo, se devolverán a las partes los documentos que resten.

TERCERO. Que se entrega un ejemplar de la presente acta a cada una de las partes.

Fdo.: Fdo.: Fdo.: