



**Trabajo Fin de Grado**

**ACUERDO DE MEDIACIÓN Y CRISIS DE  
PAREJA. ESPECIAL REFERENCIA A SUS  
ANTECEDENTES EN EL DERECHO  
ROMANO**

*Presentado por:*

**Meriem El-maaloumi Louchefoune**

*Tutor/a:*

**M<sup>a</sup> Carmen Lázaro Guillamón**

**Grado en Derecho**

**Curso académico 2013/14**



# ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN .....	5
2. LA INSTITUCIÓN DE LA MEDIACIÓN SEGÚN LA LEY 5/2012 .....	7
2.1. Autocomposición, mediación y mediación familiar.....	7
2.1.1. Concepto de mediación.....	7
2.1.2. La mediación y el método autocompositivo de resolución de conflictos.....	8
2.1.3. Los principios esenciales que rigen en la mediación.....	9
2.2. Ejes fundamentales de la mediación .....	10
2.3. Ámbito de aplicación de la Ley 5/2012 .....	11
2.4. Características de la mediación.....	12
2.4.1. Características con respeto a los sujetos: las partes y la figura del mediador .....	12
2.4.2. Características del proceso: sus fases .....	13
2.5. Las crisis de pareja.....	14
2.5.1. La familia y el Derecho Civil .....	14
2.5.2. ¿Qué son las crisis matrimoniales o de pareja?.....	15
2.6. La gestión de las crisis de pareja por el ordenamiento jurídico .....	16
2.7. La mediación en el contexto de crisis de pareja .....	17
3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO ROMANO .....	19
3.1. Época arcaica: el <i>pactum</i> .....	19
3.2. Época clásica: pacto al que se le añadía una <i>stipulatio</i> .....	21
3.3. Época posclásica: <i>transactio</i> como contrato innominado .....	22
3.4. Época justiniana: delimitación conceptual de la <i>transactio</i> .....	23

4. LA CONCRETA REGULACION DE LA EFICACIA DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN EN EL DERECHO ACTUAL .....	25
4.1. Antecedentes inmediatos: la dispersa normativa autonómica, la Directiva 2008/52/CE y el Anteproyecto de la Ley de mediación de 2010 .....	26
4.2. Valor contractual del acuerdo y su consideración como título ejecutivo .....	27
4.3. Contrato de transacción en el ámbito familiar .....	28
4.4. Formalización del acuerdo para su conversión en título ejecutivo .....	31
4.5. Límites del acuerdo de mediación e impugnación .....	33
4.6. Incumplimiento del acuerdo y su ejecución forzosa.....	37
5. CONCLUSIONES .....	40
6. BIBLIOGRAFÍA .....	42
7. ABSTRACT:	
Mediation agreement and crisis of couple. Specific reference to its historical backgrounds On roman law .....	45

## LISTA DE ABREVIATURAS

---

BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil

## 1. INTRODUCCIÓN

Actualmente, es cuestión de opinión general que la Administración de Justicia está saturada por el elevado número de conflictos que buscan solución. Esto provoca consecuencias como la lentitud del proceso, el elevado coste pecuniario y emocional que supone la vía judicial, así como la creación de un clima de hostilidad entre las partes de la controversia. Por ello, surge la necesidad de buscar sistemas alternativos de resolución de conflictos, sobre todo, en materia de Derecho Privado.

A lo largo de los años setenta del pasado siglo, se han venido definiendo unos principios fundamentales para permitir el adecuado desarrollo y funcionamiento de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en asuntos civiles y mercantiles, de manera que se simplifique y mejore el acceso a la justicia.

Existen diversas modalidades de resolución de conflictos además de la vía judicial, como son la conciliación, el arbitraje y la mediación. En este trabajo nos centraremos en la institución de la mediación como complemento a la Administración de Justicia.

La mediación puede dar una solución extrajudicial, económica y rápida a conflictos, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente, pues son construidos por ambas partes, en lugar de impuestos por un tercero.

El pasado 6 de julio de 2012 se aprobó la ley 5/2012, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, la cual en su art. 26 regula el acuerdo de mediación. En el presente Trabajo se estudiará el ámbito de aplicación, la eficacia y eficiencia de dicho acuerdo en la mediación familiar y, más concretamente, en el contexto de las crisis de pareja.

Por lo tanto, el Derecho de Familia tiene un papel central, sobre todo, si tenemos en cuenta que la tendencia actual es la de reconocer la autonomía de la voluntad de las partes y su capacidad para la resolución de los conflictos. Se busca establecer el papel del Estado y del poder judicial como algo secundario, dotando de carácter preferente a los acuerdos entre los cónyuges o los miembros de la pareja de hecho respecto de la Ley.

La legislación sometida a examen será, esencialmente:

- Por ser Derecho general y contener los principios irrenunciables en materia familiar: el Código Civil.
- Por regular directamente la mediación:
  - la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles;
  - la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, que regula ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles;
  - el 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; y
  - el Protocolo para la implantación de la mediación familiar intrajudicial en los juzgados y tribunales que conocen de procesos de familia del Consejo General del Poder Judicial de mayo de 2008.
- Por haber experimentado modificaciones derivadas de la legislación de mediación: la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

También se ha analizado jurisprudencia relativa a la mediación y las cuestiones de Derecho Civil, pero en mayor medida de éstas últimas, dada la todavía escasa jurisprudencia sobre la Ley 5/2012.

Por lo que respecta a la doctrina, es abundante en ambos campos, tanto en el de la mediación y su vertiente psicológica, como en el ámbito del Derecho Civil.

Por lo que respecta al contenido del Trabajo, en primer lugar, se tratará la institución de la mediación según la Ley 5/2012, explicando el concepto de mediación como método autocompositivo de resolución de conflictos, así como los principios esenciales que rigen en la mediación. Seguidamente, de un lado, analizaremos los ejes fundamentales de la mediación expresados en el Preámbulo de la Ley 5/2012, su ámbito de aplicación, las características de la mediación, tanto con respecto a los sujetos, como las del proceso y sus fases; de otro lado, se abordará el Derecho Civil, en particular la definición de las crisis de pareja y la gestión de las crisis de pareja por el ordenamiento jurídico. Se concluirá este primer epígrafe con la afectación de la mediación en el contexto de crisis de pareja.

Dado que es punto esencial en el trabajo el acuerdo de mediación, el segundo epígrafe del Trabajo se centra principalmente en los antecedentes históricos de

dicho acuerdo, con especial referencia al Derecho Romano. Dicho epígrafe se ha redactado diacrónicamente, de forma que se expone la evolución del contrato de transacción –*transactio*– como antecedente plausible del acuerdo de mediación, empezando por la época arcaica, pasando por la clásica y la posclásica; para terminar con la época justiniana.

Como último epígrafe del Trabajo se estudiará la concreta regulación de la eficacia del acuerdo de mediación en el derecho actual. En esta parte del Trabajo se tratan los antecedentes inmediatos de la Ley 5/2012, que son la directiva 2008/52/ce y el Anteproyecto de la Ley de mediación de 2010; el valor contractual del acuerdo y su consideración como título ejecutivo. A continuación, se expondrá la situación del contrato de transacción en el ámbito familiar, teniendo en cuenta que la *transactio* es probablemente antecedente del acuerdo de mediación, así como la formalización del acuerdo para su conversión en título ejecutivo. Por último, se definirán las materias indisponibles en el contexto de la familia del acuerdo de mediación y su impugnación, además de las consecuencias del incumplimiento del acuerdo y su eventual ejecución forzosa.

Es esencial hacer notar que una parte sustancial del trabajo se dedica al estudio de la institución de la *transactio*, pues se llega a configurar como el antecedente histórico del acuerdo de mediación, concretamente en la época romana. Para ello, se ha procedido al estudio y exégesis del *Corpus Iuris Civilis*, y más concretamente del *Digesto*, libro 2, título 15, llamado *De transactionibus*, así como la Ley de las XII Tablas.

Por ello, el método de investigación utilizado es el que sigue y combina los principios del exegético<sup>1</sup> y del histórico-crítico<sup>2</sup>.

## **2. LA INSTITUCIÓN DE LA MEDIACIÓN**

### **2.1. Autocomposición, mediación y mediación familiar**

#### **2.1.1. Concepto de mediación**

---

<sup>1</sup> El método exegético es aquel que se centra en el análisis de los textos y las normas jurídicas sin tener en cuenta en dicho análisis ni la doctrina, ni la jurisprudencia. Las opiniones doctrinales y jurisprudenciales se incorporan a un análisis posterior.

<sup>2</sup> En virtud del método histórico-crítico se estudia y analiza la evolución histórica de una institución jurídica, analizando cada uno de los períodos que la conforman.



Actualmente, del término *mediación* no tenemos una definición legal unánime y uniforme debido a las diversas corrientes y modelos de mediación que han surgido a lo largo de las últimas décadas a nivel mundial. España tampoco es una excepción, pues dada la diversidad de leyes autonómicas, es difícil establecer una definición legal válida para todo el Estado. Sin embargo, esto fue así hasta hace poco, concretamente, hasta el 7 de julio de 2012, día que se publicó<sup>3</sup> la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, cuyo artículo 1 nos brinda el ansiado concepto legal de mediación.

En términos de dicho artículo, *se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador*. Por su parte, según CRESPO<sup>4</sup>, la mediación familiar se determina como el *proceso a través del cual un tercero va a ayudar a que los miembros de una pareja, que está inmersa en una ruptura, a que busquen soluciones satisfactorias para ambos, de forma pacífica no adversarial, sino cooperativa*. Puede ser adecuado destacar que mientras que la definición de la Ley se muestra más neutra en lo que respecta al proceso (elemento de mayor importancia en la mediación), la definición que nos ofrece CRESPO incide de forma más acertada y completa en el proceso de mediación al enunciar que la resolución de las desavenencias de la pareja se hará de una forma pacífica y no adversarial, basándose en la cooperación mutua de las partes.

### **2.1.2. La mediación y el método autocompositivo de resolución de conflictos**

Nótese que con los términos *“alcanzar por sí mismos un acuerdo”* en la primera definición y *“que busquen soluciones”* en la segunda, se hace una referencia al método autocompositivo de resolución de conflictos.

Incardinamos la mediación dentro de la autocomposición. En ésta son las propias partes las que, auxiliadas, ayudadas o motivadas o no por un tercero, las que protagonizan y realizan o no el acuerdo. Las partes solucionan sus diferencias, *autocomponiéndose ellas mismas a través de una solución más o menos consensuada*<sup>5</sup>, obtenida mediante cesiones recíprocas de ambos, siendo

---

<sup>3</sup> BOE 7 julio 2012, núm. 162, [pág. 49224].

<sup>4</sup> CRESPO, M<sup>a</sup> Teresa, *Conferencia sobre Mediación Familiar de 19 abril, 1999*.

<sup>5</sup> BARONA VILAR, Silvia, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 59.

la decisión de las partes, no del mediador (en el caso de que interviniese). Este método abarca también la conciliación y la negociación; y se sitúa como contraposición a la vía heterocomposición (caso del arbitraje), definiendo dicha vía como un *sistema de solución de conflictos, público o privado, en el que un tercero da la solución a las partes, las cuales se limitan a realizar las alegaciones que consideran oportunas y desarrollan los medios de prueba pertinentes para la defensa de sus respectivas posiciones*<sup>6</sup>.

### **2.1.3. Los principios esenciales que rigen en la mediación**

Junto a la definición de mediación y su situación dentro de la vía autocompositiva de resolución de conflictos, cabría hacer mención a los principios esenciales por los que se rige con el fin de aclarar y dar una idea general de lo que caracteriza esta figura. Pues bien, sus principios más importantes son la voluntariedad, la igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores, la neutralidad del mediador y la confidencialidad.

La voluntariedad aparece definida en el art. 6 de la Ley 5/2012, estableciendo de forma expresa que la mediación es voluntaria, es decir, nadie puede obligar a una persona a resolver sus conflictos a través de la mediación. El mismo artículo añade que *nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo*. Incluso cabe decir que al propio mediador se extiende dicha voluntariedad, de forma que si existiesen determinadas circunstancias (morales, éticas, ideológicas, etc) que puedan influir en el rendimiento y la profesionalidad del mediador, éste puede abandonarla cuando así lo crea conveniente.

Por lo que respecta a la igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores, el art. 7 de la misma Ley avala que las partes intervendrán *con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas*. De esta última frase se denota la imparcialidad del mediador, la cual se ve reforzada por el art. 13.4 de la Ley 5/2012, que establece la imposibilidad de que un mediador inicie la mediación, así como el deber de abstenerse de mediar, cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad.

---

<sup>6</sup> RODRÍGUEZ LLAMAS, Sonia, *La mediación familiar en España: fundamento, concepto y modelos jurídicos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 108.

En cuanto a la neutralidad del mediador, hace referencia, según el art. 8, a que el mediador debe actuar de forma que permita *a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo*, pues recordemos que se fundamenta en la vía autocompositiva de resolución de conflictos.

Por último, la confidencialidad, recogida en el art. 9 de la Ley 5/2012, significa que tanto el procedimiento de mediación, como la documentación utilizada en el mismo son confidenciales, extendiéndose dicha obligación al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes. De incumplirse, habrá responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico (art. 9.3 de la Ley 5/2012).

## **2.2. Ejes fundamentales de la mediación**

En el Preámbulo de la Ley 5/2012, observamos la designación de una serie de ejes fundamentales, que son: la desjudicialización, la deslegalización y la desjuridificación.

Con respecto al primer eje: la *desjudicialización de determinados asuntos*, la Ley lo define exponiendo que las partes en conflicto, a través de la mediación, *pueden tener una solución* (en determinados asuntos) *más adaptada a las necesidades e intereses de las partes en conflicto que la que podría derivarse de la previsión legal*. Esto es, se intenta recalcar la mediación como método autocompositivo, en el que se descarta la intervención de un tercero que impone la solución (órgano judicial) a las partes, sino que son ellas mismas las que la componen.

Pues bien, dado que la mediación se presenta como una fórmula autocompositiva, para que funcione debemos estar ante derechos subjetivos de carácter dispositivo, por lo que el Preámbulo de la Ley 5/2012 continúa indicando que *como institución* (la mediación) *ordenada a la paz jurídica (...) en ningún caso pretende esta norma encerrar toda la variedad y riqueza de la mediación, sino tan sólo sentar sus bases y favorecer esta alternativa frente a la solución judicial del conflicto*.

Seguidamente, introduce el segundo eje: la deslegalización o pérdida del papel central de la Ley para dar paso al principio dispositivo, que debe regir *en las relaciones que son objeto del conflicto*.

Por último, y como corolario de la mediación, el Preámbulo de la Ley 5/2012 adelanta lo que va a ser una de las grandes novedades de la Ley: *el*

*reconocimiento del acuerdo de mediación como título ejecutivo, lo que se producirá con su ulterior elevación a escritura pública, cuya ejecución podrá instarse directamente ante los tribunales.* Este reconocimiento es una consecuencia inmediata del tercer y último eje de la mediación: la *desjuridificación, consistente en no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio.* Con ello se establecen tan sólo las pautas y líneas generales del acuerdo, pero no entrando, en ningún caso, a determinar de forma concreta lo que se debe recoger dentro de éste, pues recordemos que rige el principio dispositivo y se pretende alejar la mediación de una estricta y detallada regulación legal.

### **2.3. Ámbito de aplicación de la Ley 5/2012**

Dado que a lo largo de este trabajo vamos a hacer referencia continua a la Ley 5/2012, sobre Mediación en asuntos civiles y mercantiles, es conveniente saber sobre qué áreas del Derecho va a desplegar sus efectos. Por ello, nos vamos a referir art. 2 de la Ley 5/2012, que delimita el ámbito de aplicación.

En primer lugar y de forma general, se establece que la Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos. Merecen destacarse los conflictos transfronterizos, sobre todo, en asuntos en que las partes sean de diferentes Estados miembros de la Unión Europea, pues recordemos, esta Ley es una transposición –tardía– de la Directiva 2008/52/CE.

En el apartado primero, inciso segundo, se implantan unas normas en el sentido de que en primer lugar, se estará a la legislación elegida por las partes para dirimir sus conflictos; y, de forma subsidiaria, se aplicará la Ley 5/2012 cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español

A continuación, el precepto excluye aquellos asuntos que afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable. Esto es de suma importancia, pues el objeto de este trabajo son las crisis de pareja, a las cuales se les aplica la legislación civil sobre Derecho de Familia, caracterizado en su conjunto por estar conformado por normas imperativas e indisponibles por las partes, sobre todo, si hay menores implicados, en cuyo caso es precisa la intervención del Ministerio Fiscal para velar por sus intereses.

En el apartado segundo del art. 2 de la Ley 5/2012, se excluyen expresamente la mediación penal, la mediación con las Administraciones públicas, la laboral y la mediación en materia de consumo.

## **2.4. Características de la mediación**

### **2.4.1. Características con respeto a los sujetos: las partes y la figura del mediador**

Por lo que respecta a las partes, la Ley 5/2012 en su art. 10 establece que éstas organizarán la mediación del modo que tengan por conveniente y siempre sujetas a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo. También deberán prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador.

Además, durante el transcurso de la mediación, ninguna parte podrá ejercitar contra la otra parte acción judicial o extrajudicial con el mismo objeto, exceptuándose las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos. Ahora bien, si una parte interpone demanda que verse sobre el mismo asunto tratado en mediación ante tribunal, la parte a quien interese deberá invocar mediante declinatoria que dicho asunto está sometido a mediación. Así, no se frustra la mediación y se evita que el conflicto pase a resolverse por la vía judicial. Por ello, se dice que el inicio de la mediación impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a ésta durante el tiempo en que se desarrolle.

En cuanto a la figura del mediador, se define como la persona que ayuda a las partes a gestionar o resolver sus disputas sin que sea este profesional el que les aporte la solución. Deberá ejercer un papel neutral con la finalidad de que las partes alcancen un acuerdo en que ambas ganen, es decir, que de entre las alternativas de las que dispongan, elijan la mejor y la que más se ajuste a sus circunstancias. Este papel que superficialmente parece simple, precisa de una gran capacitación. Es necesario haber adquirido una serie de habilidades y capacidades, todo ello ya debidamente regulado gracias al Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, concretamente, el de la formación necesaria.

Si bien en la Ley 5/2012, en el Título III se regula el *Estatuto del mediador*, lo hace de forma genérica, lo cual aún suscitaba dudas con respecto a la formación requerida para ser mediador, pero con el Reglamento todas ellas han quedado disipadas. Según el art. 4 del Reglamento, la formación deberá proporcionar a

los mediadores conocimientos y habilidades suficientes para el ejercicio profesional de mediación, comprendiendo, tanto el marco jurídico, como los aspectos psicológicos, técnicas de comunicación, negociación y de resolución de conflictos. También se incide en la formación práctica, que deberá incluir ejercicios y simulación de casos y, de manera preferente, la participación asistida en mediaciones reales.

Un punto importante de la formación en el reglamento es el requisito de la duración de la formación, lo cual significa que si no se reúne la duración mínima expresamente prevista, no se podrá ejercer como mediador. Dicha duración mínima será de 100 horas de docencia efectiva, así como una formación continua, de carácter eminentemente práctico, al menos cada cinco años, cuya duración total mínima será de 20 horas.

#### **2.4.2. Características del proceso: sus fases**

Es difícil -y no recomendable- encuadrar en determinadas fases las sesiones que componen el procedimiento de mediación, pues varían según la técnica usada, según el tipo de mediación en el que estemos (familiar, laboral,...), etc. Sin embargo, aunque en realidad se varíe la denominación o se enumeren de una u otra forma, las fases o etapas esenciales de cualquier mediación coinciden en sentido general, de modo que consideramos oportuno y proponemos refundir las en tres siguientes fases<sup>7</sup>:

- 1. Fase de premediación:** se realizan los pasos tendentes a facilitar la posterior mediación propiamente dicha. Las partes aun no han entrado en contacto directo con el mediador. Básicamente, se utiliza para dar a conocer a las partes el funcionamiento y las características del proceso, sus principios esenciales, sus reglas y, sobretodo, para que las partes asuman los compromisos de colaboración y respeto hacia el mediador y hacia la otra parte.
- 2. Fase de mediación propiamente dicha:** es la más larga y, a su vez, se divide en 6 etapas:
  - a) *Presentación Inicial:* en una sola sesión. Se pretende crear confianza en el proceso, se realizan las presentaciones personales y se explica la técnica de perspectiva de futuro.

---

<sup>7</sup> PEREIRA PARDO, M<sup>a</sup> Carmen, «Aspectos jurídicos», en Souto Galván, E. (dir), *Mediación familiar*, ed. Dykinson, Madrid, 2012, pp. 61-67.

- b) *Cuéntame qué ha pasado*: suele durar varias sesiones. Su objetivo es que las partes expongan su versión del conflicto, expliquen sus sentimientos, se desahoguen y se sientan escuchadas.
- c) *Aclaración del problema*: se concretan los puntos clave del conflicto y se pretende que las partes empiecen a mirar hacia el futuro.
- d) *Propuesta de opciones*: se intenta que las partes busquen soluciones factibles, valoren cada una de ellas, teniendo en cuenta los recursos reales existentes.
- e) *Decisión y redacción del acuerdo*: a partir de las opciones presentadas, contrastadas y consensuadas por las partes, se confecciona un borrador, que una vez perfilado, se eleva a acuerdo definitivo con los puntos concretos y los compromisos adquiridos por cada parte. Luego será ratificado por cada una de las partes; la ratificación supone la confirmación expresa de querer ese acuerdo alcanzado tras el proceso de mediación.

Con la Ley 5/2012 se otorga la posibilidad de elevar a escritura pública dicho acuerdo con sus consiguientes efectos, que serán tratados en el último punto de este trabajo.

- f) *Etapa de ejecución*: consiste simplemente en el cumplimiento voluntario de lo acordado.

**3. Fase de seguimiento:** es optativa, pero se aconseja realizarla para comprobar si el acuerdo fue considerado justo y adecuado por las partes. También es importante realizarla porque un acuerdo no es útil indefinidamente, y a veces es necesario adaptarlo a la realidad del momento, sobre todo si ha habido un cambio en las circunstancias de las partes.

## **2.5. Las crisis de pareja**

### **2.5.1. La familia y el Derecho Civil**

La familia, según VIANA LÓPEZ<sup>8</sup>, como institución social, es un conjunto o agrupación de personas conectadas por vínculos conyugales, de parentesco u otras circunstancias (por ejemplo, adopción), dependientes de consideraciones

---

<sup>8</sup> VIANA LÓPEZ, César J., «Crisis de pareja: soluciones judiciales y extrajudiciales» en Souto Galván, E. (dir), *Mediación familiar*, ed. Dykinson, Madrid, 2012, pp. 157-170.

sociológicas, morales, éticas variables y cambiantes cada tiempo histórico. Ahora bien, la institución de la familia es muy amplia y, por tanto, el ámbito de uso de la mediación también, por lo que nos vamos a centrar en la mediación que se lleva a cabo en las crisis de pareja.

En primer lugar, conviene hacer una pequeña referencia al concepto de pareja enmarcándolo en nuestro ordenamiento jurídico. Es muy importante recordar que la naturaleza del Derecho de Familia gravita entre el Derecho Privado y el Derecho Público, pues hay instituciones como la patria potestad o el deber de alimentos que se rigen por reglas imperativas, dejando muy poca libertad de disposición. Esto contrasta con la idea de la mediación, cuya base, recordemos, es el principio dispositivo, que se ve ciertamente limitado por la indisponibilidad e irrenunciabilidad de algunos derechos de familia, dando incluso entrada al Ministerio Fiscal como garante de la legalidad. A pesar de esto, hay parcelas del Derecho de Familia relativas a las crisis de pareja (régimen de visitas, alimentos, pensión compensatoria, reparto del activo y pasivo, etc.) en las que sí se puede aplicar el principio de libre disposición y, por tanto, se puede acudir a la mediación.

### **2.5.2. ¿Qué son las crisis matrimoniales o de pareja?**

Se entiende por crisis matrimonial o de pareja la situación en que cesa o se interrumpe temporal o definitivamente el matrimonio o la unión de hecho. Pero estas crisis son algo más que una mera tramitación, a efectos legales, de un nuevo *status* civil. Abarcan los procesos de cambio que sufren, tanto a nivel individual como familiar, cada una de las partes constituyentes de la pareja/matrimonio, así como los hijos/os a cargo de dicha pareja en situación de separación o divorcio. Es un proceso de ruptura, de profundo cambio. Véase el caso del matrimonio, institución concebida en nuestra sociedad como indisoluble e inmutable, el cambio y la ruptura *no sólo provoca un intenso sentimiento de pérdida del ex cónyuge (...) sino también del matrimonio en sí mismo, de la identidad y de la posición social que proporcionaba el hecho de estar casado*<sup>9</sup>.

La ruptura de pareja es una de las experiencias más dolorosas que el ser humano puede sufrir. Se caracteriza por una situación de tensión y ansiedad que se produce al romperse las conexiones entrelazadas de ambos miembros de la pareja y que habían acomodado a lo largo de su vida de relación,

---

<sup>9</sup> GUTIÉRREZ HERNÁN y CORZÓN PEREIRA, «Aspectos psicosociales» en Souto Galván, E. (dir), *Mediación familiar*, ed. Dykinson, Madrid, 2012, p. 267.



desencadenándose un alto tono emocional que les hace experimentar un fuerte desequilibrio en diversos aspectos de su vida: sentimientos, pensamientos, conductas, relaciones familiares, sociales y laborales. Las parejas que rompen su relación dicen sentirse confusas y con dificultad para controlar la situación conflictiva en la que se encuentran<sup>10</sup>.

Las partes afectadas pasan por diferentes etapas psicológicas y relacionales en las que está patente un proceso de reubicación emocional. Comienzan por la etapa de la *pre-separación/divorcio*, en la que la atmósfera familiar se deteriora; hay muchas desavenencias, distanciamiento físico y emocional; la comunicación es menor, inusual e interrumpida; se pierden los vínculos; se abandonan los roles; y ante todo esto, los afectados recurren al refugio fuera del matrimonio (amigos, familia, etc.).

A continuación, en la etapa de *separación/divorcio* las partes reconocen “oficialmente” el fin de su vínculo. Se establecen compromisos económicos (reparto de bienes, propiedades, manutención de hijos/as, lugar de residencia) y los relativos a la custodia de los/as hijos/as y el régimen de visitas. En esta etapa prevalecen los sentimientos de fracaso, confusión, incluso llegando a las reacciones agresivas. En esta etapa es donde interviene la mediación, que *humaniza* este duro proceso, haciéndolo menos traumático y ayudando a las partes a transformar esos sentimientos negativos en sentimientos más positivos. De forma alternativa, aparece el sistema judicial, que como tal, está basado en un método adversarial, que acentúa los sentimientos negativos (rencores, frustraciones, manipulaciones, peleas, etc.). Desafortunadamente, coloca a una parte en contra de la otra, en la que una gana; y la otra pierde. El Juez falla a favor de una y en perjuicio de la otra, creando para ésta mayor frustración y rencor hacia su anterior pareja. Nos gustaría recordar que la mediación pretende esquivar toda adversidad, partiendo desde el principio de la igualdad entre las partes, que son personas más humanas con sentimientos y que deben cooperar juntas para dejar atrás los conflictos del pasado y mirar al futuro con mayor fortaleza.

## **2.6. La gestión de las crisis de pareja por el ordenamiento jurídico**

Recordemos que en la etapa de *separación/divorcio* las partes reconocen que su vínculo marital o de pareja terminó y comienzan a indagar en el modo con el que

---

<sup>10</sup> BERNAL SAMPER, Trinidad, «Pautas contextuales en la expresión emocional en la pareja», *Revista de Psicología General y Aplicada* n° 6, 1986, p. 1219.

plasmar ese fin. En este sentido, vamos a ver qué prevé el ordenamiento jurídico para estos casos.

Anotamos además que para los casos matrimoniales, para las uniones de hecho no existe una previsión legal, ni estatal, ni autonómica, por lo que se recurre a la aplicación analógica de los procedimientos matrimoniales. En el caso del matrimonio, el Derecho Civil prevé tres formas de ponerle fin. La primera de ellas es la nulidad, que implica la máxima ineficiencia de la relación matrimonial pues supone la existencia de una causa coetánea a la celebración del matrimonio que invalida el vínculo matrimonial, con eficacia retroactiva. Sus causas aparecen recogidas en el art. 73 del Código Civil. Otra solución es recurrir a la separación (arts. 81 a 84 CC), prevista para ser una situación transitoria en la que se suspende la comunidad de vida de los cónyuges, pero manteniéndose el vínculo matrimonial. La separación puede acabar en reconciliación o puede llevar a adoptar soluciones más definitivas como el divorcio. Éste último recurso (arts. 85 a 89 CC) se define como una causa de disolución que determina su ineficacia, desde el momento en que una sentencia judicial lo acuerda, a instancia de los cónyuges.

En ambos supuestos (uniones de hecho y matrimonio), deben distinguirse los casos en que las partes han alcanzado un acuerdo para regular sus relaciones económicas y con los hijos (vía de mutuo acuerdo); y los casos en que no haya acuerdo (vía contenciosa). En la primera vía, la pareja se muestra favorable a pactar soluciones que estipulen las condiciones de la ruptura, atenuando así el efecto psicológico negativo de la crisis, mientras que en la vía contenciosa, la pareja parte desde un inicio de posturas irreconciliables, se da una situación de confrontación, en la que una parte gana y la otra pierde.

## **2.7. La mediación en el contexto de crisis de pareja**

Pues bien, en los dos tipos de vías descritos (vía de mutuo acuerdo y vía contenciosa), se puede incardinar la mediación. En función del contexto en que se desarrolla, distinguimos, por un lado, la mediación *intrajudicial* como aquella que se realiza dentro de un proceso judicial ya iniciado. La propia Ley 15/2005 sobre separación y divorcio ya introducía la posibilidad de que las partes de un proceso judicial puedan solicitar la suspensión del mismo para someterse al proceso de mediación. Además, el Consejo General del Poder Judicial define en su Protocolo para la implantación de la mediación familiar intrajudicial en los juzgados y tribunales que conocen de procesos de familia de mayo de 2008, la

mediación como *aquella que se introduce en un proceso judicial ya abierto, bien en la fase declarativa o bien tras la presentación de una demanda ejecutiva por incumplimiento de la sentencia o convenio regulador (...)* y añade *la mediación judicial no es tanto una alternativa al proceso como una nueva forma de actuación en los Tribunales de Justicia*. En este caso, el acuerdo de mediación está homologado por la propia autoridad judicial, siendo innecesaria su elevación a escritura pública.

Por otro lado, la mediación *extrajudicial*, que se lleva a cabo al margen del proceso judicial, concibe la mediación como la vía que “*no excluye ni descarta el proceso judicial*”, sino que su objetivo es “*evitar el contencioso judicial antes del proceso, durante su desarrollo y después, en fase de ejecución*”<sup>11</sup>. Aquí sí que hace falta elevar el acuerdo resultante a escritura pública para que fuera título ejecutivo, sin perjuicio de su previa supervisión por un Juez, ya que como apuntábamos más arriba, nos movemos en el Derecho de Familia, Derecho que es indisponible, sobre todo, si hay menores implicados, en cuyo caso deberá intervenir el Ministerio Fiscal para velar por sus intereses.

Así pues, recuérdese que en la mediación el mediador actúa *inter partes*, que no *supra partes*, de manera que interviene para aproximar a las partes, *para convertir el lenguaje negativo en lenguaje positivo*, para que sean las mismas partes las que lleguen a un acuerdo tras cesiones recíprocas. Estamos ante un cauce autocompositivo sencillo, ágil, eficaz y económico, de gestión y/o resolución de conflictos por los propios sujetos en conflicto, y que finaliza mediante un posible acuerdo -o no- al que cada ordenamiento jurídico decide o no otorgar determinada naturaleza jurídica<sup>12</sup>.

Además, posibilita un menor deterioro relacional, ya que reduce el tiempo y el coste, sobre todo emocional, de la resolución del conflicto; protege las relaciones paterno/materno-filiales y, en consecuencia, repercute positivamente en el impacto de la crisis en los/as menores.

También asegura un mayor cumplimiento de lo acordado, pues estamos ante acuerdos pactados, no inculcados, entre las partes, éstas se sienten protagonistas de su propio proceso de cambio a través de los compromisos adoptados y pueden tomarse la separación sin el resentimiento propio del que es

---

<sup>11</sup> SERRANO CASTRO, Francisco, *Un divorcio sin traumas*, ed. Almuzara, Córdoba, 2009, pp. 135-136.

<sup>12</sup> BARONA VILAR, Silvia, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España...*, cit., p. 106.

forzado a una situación ajena a su voluntad. Por último, recalcar que la mediación podría ayudar a “descongestionar” el ya desbordado aparato judicial<sup>13</sup>, sin que llegue a ser justicia de segunda.

### **3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO ROMANO**

Desde tiempos inmemorables, en la sociedad han surgido conflictos entre las personas y no siempre se recurría a la vía judicial para solucionar dichos conflictos, pues se intentaba (al igual que ahora) buscar métodos alternativos, sobre todo, los autocompositivos. En concreto, la mediación se ha ido adaptando a lo largo del tiempo a las distintas culturas en función de sus características sociológicas<sup>14</sup>. El precedente romano podemos hallarlo en la *transactio*. En las siguientes líneas se desarrollará brevemente la evolución histórica de la institución de la transacción, desde sus orígenes en la Roma arcaica hasta tiempos del emperador Justiniano.

#### **3.1. Época arcaica: el *pactum***

En la antigua Roma, la organización de la *gens* se producía en torno a un jefe militar y religioso, el *pater gentis*, que solucionaba cualquier tipo de controversia que se suscitaba entre los miembros asistido del consejo de *patres familiae*. Cuando a una de las partes se le lesionaba un derecho, podía hacer uso de las acciones procesales ante los tribunales, pero en muchas ocasiones se evitaban éstos tratando de llegar a una solución amigable mediante concesiones recíprocas de sus derechos con el fin de no dañar la honra y reputación de la familia en un proceso judicial. Esta solución amigable, era la transacción, en virtud de la cual se interrumpía la fase *in iure*, sin que se llegara a concluir la *litis contestatio*, esto es, antes de que se hiciera posible y se materializara la redacción de la fórmula y precluyera el litigio.

En la época arcaica o preclásica, la principal fuente de Derecho era la Ley de las XII Tablas. En esta Ley se recogía la figura del *pactum* como antecedente de la

---

<sup>13</sup> GUTIÉRREZ HERNÁN y CORZÓN PEREIRA, Aspectos psicosociales..., cit., pp. 270-271.

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ RIQUELME, Sergio, «La mediación social: itinerario histórico de la resolución de conflictos sociales», *Contribuciones a las Ciencias sociales*, 2010.

transacción, que no llegará a delimitarse como tal hasta la época justiniana. Pues bien, los *pacti* eran acuerdos de composición pacíficos, amistosos, celebrados entre la víctima de un delito u ofendido y el culpable o delincuente, sobre todo en materia de robos o injurias<sup>15</sup>. Se sustituía así la autodefensa y la venganza privada (lícita en aquella época) por una oferta del ofensor, que muchas veces era una satisfacción pecuniaria dirigida a reparar la ofensa.

En cuanto a la eficacia de dicho pacto, es decir, la garantía de que el ofensor iba cumplir con el pago de la satisfacción a cambio de abstenerse el ofendido de ejercer su venganza privada, quedaba asegurada mediante el juramento. Recordemos que nos encontramos en un contexto histórico en el que el valor dado a las palabras tenía una importancia fundamental, hasta tal punto que se profesaba que su inobservancia provocaría la venganza divina. Era una época en la que los romanos creían firmemente en la participación directa de los Dioses en sus negocios.

En las XII Tablas, en concreto en la Tab. I, 6 y 7 se imponía al Magistrado *in iure* el deber de estimular a las partes en juicio a acomodarse, pero se discutía el momento procesal de realización del pacto y diversas fueron las opiniones de la doctrina. Por una parte, se situaban aquellos que lo admitían en cualquier momento del proceso (Manenti<sup>16</sup>, Wenger<sup>17</sup>). Otros (Perozzi<sup>18</sup>), en cambio, sólo lo consideraban plausible antes de la etapa *in iure* y entre su final y el comienzo, pasando por la fase *in iure* ante el Magistrado que concluiría con la *litiscontestatio*, por la cual los litigantes se obligaban a proseguir el proceso ante el Juez nombrado en una segunda fase, *apud iudicem*, que terminaría con la sentencia. Por su parte, Peterlongo<sup>19</sup>, admitía un pacto extraprocesal en cualquier momento, pero en el proceso solamente desde la *in ius vocatio* (citación a la otra parte) hasta la terminación de la fase *in iure*. Después de la *litiscontestatio*, la transacción no era posible, pues se consideraba éste como el acto formal en que las partes juraban someterse a las decisiones del Juez.

Si una vez concluido el pacto, bien de forma extrajudicial, bien por acomodación del Magistrado, el actor persistiera en el litigio, el demandado podría instar al

---

<sup>15</sup> TAMAYO HAYA, Silvia, «El contrato de transacción: principales líneas de su evolución histórica», *Anuario de Derecho Civil*, LVII-3, 2004, pp. 1106-1110.

<sup>16</sup> TAMAYO HAYA, Silvia, El contrato de transacción..., cit., p. 1110.

<sup>17</sup> TAMAYO HAYA, Silvia, El contrato de transacción..., cit., p. 1110.

<sup>18</sup> TAMAYO HAYA, Silvia, El contrato de transacción..., cit., p. 1110.

<sup>19</sup> TAMAYO HAYA, Silvia, El contrato de transacción..., cit., p. 1110.

Pretor a extinguir de forma automática las acciones ejercitadas mediante la alegación de una *exceptio (exceptio pacti)*. Obsérvese, pues, que en aquella época el pacto no producía acción alguna, sino que simplemente se podía oponer con el fin de conseguir evitar el juicio, es decir, tenía una eficacia procesal negativa, no siendo posible obligar a cumplir al ofensor con su promesa de pagar una satisfacción a modo de reparación del derecho lesionado al ofendido.

### **3.2. Época clásica: pacto al que se le añadía una *stipulatio***

La transacción aun no estaba recogida como uno de los negocios contractuales típicos, por lo que siguió funcionando como los pactos en general. Pero en esta época los pactos sufren una evolución, que consistió en la agregación de estipulaciones. Esto es, seguimos ante un simple pacto, pero cuando las partes querían una garantía de cumplimiento, le agregaban estipulaciones. Se recurre al contrato de estipulación debido a que en esta época el juramento había perdido toda su fuerza (en contraste con la anterior época). La transacción no podía ser asegurada más que por circunstancias puramente accidentales o por la buena voluntad del deudor porque, como hemos dicho anteriormente, el Derecho Romano no llegó a crear una “*actio transactionibus*”, es decir, de la propia necesidad de dotar de acción al acuerdo, surgió la idea de añadir estipulaciones a la transacción y así, en caso de incumplimiento la parte perjudicada hacía uso de la correspondiente acción, según qué tipo de estipulación hacían.

La estipulación (*stipulatio*) era un contrato verbal, unilateral y abstracto, en el que el futuro acreedor (estipulante) preguntaba al futuro deudor (prominente) si estaba dispuesto a prometer algo [p.ej. *centum mihi dari spondes?* (¿prometes darme cien?)], y el deudor contestaba prometiendo [*spondeo* (prometo)], quedaba obligado a entregar la cosa o realizar el servicio prometido.

Precisamente por su carácter abstracto, la estipulación se utilizaba para revestir toda clase de convenciones, dotarles de acción y proporcionarles la eficacia jurídica de la que carecían<sup>20</sup>. Las acciones que de ellas nacían son: la *condictio certae pecuniae* cuando se estipulaba una suma de dinero; la *condictio certae rei* cuando se estipulaba una cosa concreta o una cantidad determinada de otras

---

<sup>20</sup> PÉREZ BRAVO, Carlos, «La stipulatio. Características generales», *Ars Boni et Aequi*, nº 5, 2009, pp. 137-156.

cosas fungibles; la *actio ex stipulatu* cuando la estipulación tenía por objeto un *incertum*<sup>21</sup>.

### 3.3. Época posclásica: *transactio* como contrato innominado

En el período postclásico, se consiguió ampliar el campo de aplicación de la transacción gracias a que el Cristianismo logró su reconocimiento oficial e influyó profundamente en el Derecho Romano. La infiltración de sus principios conllevó un afán de evitar los litigios y una correlativa potenciación de las composiciones amigables.

Sin embargo, aunque se usasen con frecuencia las transacciones, no se apreció ningún cambio cuanto a la forma de conclusión respecto de la época clásica, siendo necesario, por tanto, la convención estipulada.

En lo que se centraron los juristas de esta época es en la generalización de la idea de contrato, puesto que en el Derecho Romano no existía el contrato como tal, es decir como categoría genérica, sino que únicamente existían determinados tipos de contratos que constituían un elenco cerrado porque a sólo aquellos convenios que se revestían de determinadas solemnidades, el Derecho les otorgaba su protección.

Se delimitó así la categoría de estos contratos atípicos (permuta, contrato estimatorio, precario, donación modal, la constitución de dote recepticia, el convenio de división) y se les llamó simplemente *innominados*. Su nombre derivaba de su exclusión de los tipos legales previamente establecidos (contratos *verbis* y *litteris*, consensuales, reales).

Una vez reconocida la importancia social de este negocio, surgió la necesidad de conceder una acción dirigida a exigir el cumplimiento de lo acordado previamente, por lo que se concedió la *actio praescriptis verbis* (acción de palabras prescritas). Dicha acción se concedía a la parte que ha cumplido con su prestación contra la otra parte del contrato para tutelar las obligaciones nacidas de los contratos innominados. Tenía como objeto reclamar la contraprestación debida o una indemnización<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, *Derecho Privado Romano*, ed. Promotora Cultural Malagueña, Málaga, 1999, pp. 257-259.

<sup>22</sup> BELDA MERCADO, Javier, «Reconocimiento jurídico de los contratos innominados», *Anuario da Faculta de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 12, 2008, pp. 69-86.

### 3.4. Época justiniana: delimitación conceptual de la *transactio*

Aquí se produce una diferenciación más acusada entre pacto y transacción que la sufrida en los tiempos posclásicos y se procedió ya a una delimitación conceptual de la *transactio*, convirtiéndose así en un contrato. Se incluye un título especial con entidad propia –*De transactionibus*– en el Digesto 2.15 y en el Códex 2.4. Ello se debió a que en tiempos de la Compilación el convenio transaccional ya había adquirido un contenido con sustantividad propia, transformándose en una auténtica figura obligacional clasificable entre los llamados contratos innominados. Conviene destacar que durante la Compilación, todo lo relativo a la transacción fue rescatado de diferentes lugares que trataban esta institución sólo incidentalmente por las interferencias en su regulación con otras instituciones. Esto se explica recurriendo a la propia esencia del Derecho Romano, que se caracteriza por su flexibilidad y practicidad. Ejemplo de esto es el Digesto, que no responde a la preexistencia de ninguna ley o compilación, sino que es un conjunto de casos prácticos y sentencias de los jurisconsultos clásicos (jurisprudencia romana).

Así las cosas, la transacción de simple acuerdo en un origen pasó posteriormente a convertirse en un contrato autónomo, en virtud del cual cada una de las partes, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa, ponen fin a un litigio o evitan que pueda surgir. Su presupuesto es una relación jurídica incierta o litigiosa, la cual se quiere sustituir por otra cierta e incontestable a través de recíprocas concesiones de las partes<sup>23</sup>. Es, pues, como dice Freixas<sup>24</sup>, un acuerdo entre dos o más personas en virtud del cual y mediante concesiones recíprocas entre ellas –atribuciones y renunciaciones– se pone fin a una situación de incertidumbre jurídica sobre un derecho discutible a fin de evitar un litigio futuro o bien para dar por terminado uno ya planteado entre los sujetos que transigen. Definición que puede deducirse de los textos clásicos y postclásicos.

Para finalizar este apartado, es interesante realizar una exégesis de D. 2. 15. 1 (Ver Anexo I, con el extracto de los casos que se van a desarrollar en las siguientes líneas).

---

<sup>23</sup> PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *Derecho Romano*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 658-660.

<sup>24</sup> FREIXAS PUJADAS, Juan, «Una nota sobre la *transactio*», *Anuario de historia del derecho español*, nº 49, 1979, p. 643.



Bien empieza diciendo Ulpiano que “El que transige –*Qui transigit*– (transinge) sobre una cosa dudosa y sobre un pleito incierto –*quasi de re dubia el lite incerta*– y no acabado –*neque finita*–<sup>25</sup>”. En estas líneas hallamos la definición de transacción, en la cual podemos observar que el significado del *transigere* y *transactio* vienen usadas indistintamente con el significado de “resolver”, “acabar”, “decidir”, o “concluir”. Por ello, no es extraño que Ulpiano use indistintamente como sinónimos el *pactum* y la *transactio*<sup>26</sup>.

Es de destacar la explicación del uso de la *exceptio* (mencionada más arriba) en lo relativo a la transacción. Dicha *exceptio* sólo puede ser ejercitada por quien hizo la transacción en un negocio de su interés<sup>27</sup>.

A modo de ejemplo, podemos exponer el caso del deber de alimentos y su relación con el contrato de transacción. En este sentido, el emperador Marco Aurelio determinó que debe intervenir el Pretor en cuanto a la conclusión de transacciones relativas al derecho de alimentos<sup>28</sup>, pues tal y como exponíamos más arriba, estamos moviéndonos en el campo de derechos irrenunciables e indisponibles, por los cuales hay que velar y, al igual que ocurre actualmente, los acuerdos que contengan disposiciones relativas a dichos derechos precisan de homologación por el Juez.

Así pues, cuando estamos ante derechos indisponibles, tanto la causa de la transacción, como el lugar y las personas que transigen están sometidas a la

---

<sup>25</sup> D. 2.15.1: *El que transige –Qui transigit– (transinge) sobre cosas dudosa y pleito incierto –quasi de re dubia el lite onctrta– y no acabado –neque finita (transigit)– pero el que pacta –qui vero paciscitur– por vía de donación –dotationis causa– concede por liberalidad una cosa cierta e indubitada –rem certam et indubitatum liberalitate remittit–. (...)*

<sup>26</sup> ALEMÁN MONTERREAL, Ana, «Reflexiones jurídico-romanas a propósito del contrato de mediación familiar», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 9, 2005, pp. 39-48.

<sup>27</sup> D.2.15.3.2: *Un deudor, cuya prenda vendió al acreedor, hizo una transacción por poco valor con Mevio, el cual pretendía ser heredero legítimo del acreedor; después, presentando el testamento, resultó que Septecio era el heredero. Se preguntó, en caso de que el deudor demande con la acción de la prenda contra Septecio, si podrá éste usar de la excepción de la transacción hecho con Mevio, que no era heredero en aquel tiempo, y si podrá Septecio reclamar mediante la condición el dinero que fue entregado a Mevio como heredero del deudor, como si hubiese hecho un cobro a cuenta de la herencia. Respondía que, conforme a Iso hechos expuestos, no puede, puesto que ni se hizo la transacción con él, ni Mevio cobró como gestor de un negocio de Septecio. (...)*

<sup>28</sup> D.2.15.8.pr: *Como unos legatarios de alimentos transigieran fácilmente contentándose con una módica compensación inmediata, el emperador Marco (Aurelio) en un discurso leído ante el Senado determinó que no se hubiese hecho con la autoridad del Pretor. Suele intervenir el Pretor, por lo tanto, para arbitrar entre las partes si debe admitirse la transacción (...).*

autoridad del Pretor<sup>29</sup>. Tan importante es el examen de este tipo de transacción por el Pretor, que incluso en el caso que se le solicite intervenir y éste permite la transacción sin entrar en la causa, dicha transacción será nula, *pues el Pretor tiene encomendado el examinar este asunto y no descuidarlo o cederlo, y si no hubiese examinado todo lo que el discurso imperial exige, es decir, la causa, valor y personas que transigen, ha de decirse que la transacción es nula, aunque hubiese investigado algo de ello*<sup>30</sup>.

En conclusión, como se desprende de este apartado, en los antecedentes históricos romanos, las personas trataban de mantener la paz y el orden a través de vías alternativas, que si bien al principio no gozaban de plena eficacia y autonomía, con el paso de los siglos llegaron a configurarse con una fisonomía y entidad propia al margen del simple pacto o acuerdo.

#### **4. LA CONCRETA REGULACIÓN DE LA EFICACIA DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN EN EL DERECHO ACTUAL**

Al principio de este trabajo, explicábamos el desarrollo del proceso de mediación y decíamos que en la fase de *mediación propiamente dicha* es donde podría darse la *decisión y redacción del acuerdo*, definido como documento que recoge la solución alcanzada por las partes e indicativo de que la mediación ha culminado con éxito. Pero, realmente, el éxito de la mediación no está sólo en acabar con un acuerdo. Es más, incluso podríamos decir que el proceso es lo más importante en la mediación, en el sentido de que si el mediador logra que las partes dejen atrás sus sentimientos negativos y que cooperen mutuamente, eso ya es un mérito. Obviamente, mucho más mérito es concluir con acuerdo; y ya en esta situación, es interesante que dicho acuerdo se cumpla. Por ello, es muy importante la labor del legislador en cuanto configurador de los medios para que dicho acuerdo tenga especial efectividad y, por tanto, las partes se vean obligadas a cumplir con lo acordado.

---

<sup>29</sup> D.2.15.8.8: *En efecto, el discurso imperial dispone que se trate de todo esto ante el Pretor: en primer lugar, de la causa de la transacción, luego, de la cantidad, y en tercer lugar, de las personas que transigen (...).*

<sup>30</sup> D.2.15.8.17: *Si solicitado el Pretor para intervenir en la transacción, hubiese permitido que se transigiese sin entrar en cognición de la causa, la transacción no tendrá valor, pues el Pretor tiene encomendado el examinar este asunto y no descuidarlo o cederlo, y si no hubiese examinado todo lo que el discurso imperial exige, es decir, la causa, valor y personas que transigen, ha de decirse que la transacción es nula, aunque hubiese investigado algo de ello.*

También adelantábamos al principio la existencia de dos tipos de mediación: *intrajudicial* y *extrajudicial*. La primera se incardina dentro de un proceso judicial ya abierto, y la segunda fuera de él. Decíamos que en la primera el acuerdo resultante era homologado por el Juez, no suponiendo esto mayor problema a la hora de su ejecución. El problema se ha presentado en la mediación extrajudicial, que sí que requiere de medios para convertir al acuerdo en título ejecutivo. Por ello, el estudio de este trabajo sobre la eficacia del acuerdo de mediación se centrará en el *acuerdo de mediación extrajudicial*, es decir, se va a reflexionar sobre los acuerdos no homologados judicialmente.

#### **4.1. Antecedentes inmediatos: la dispersa normativa autonómica, la Directiva 2008/52/CE y el Anteproyecto de Ley de mediación de 2010**

En la relación entre los poderes públicos y la mediación familiar, conviene resaltar que el sistema autonómico y la delegación de competencias hacen que dependiendo de la Comunidad Autónoma nos encontremos con diferentes desarrollos normativos<sup>31</sup>. Desafortunadamente, esta dispersión no se tratará en profundidad, dado que el objeto de este Trabajo se centra en la Ley 5/2012.

El legislador, a través de la Ley 5/2012, ha intentado dotar de ejecutividad al acuerdo de mediación y reconocerle una serie de efectos haciendo una serie de modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>32</sup> (en adelante LEC). Lamentablemente, no con mucho éxito porque como se va a plantear en las siguientes líneas existen varias incoherencias entre el novedoso acuerdo de mediación y el sistema normativo procesal civil.

Repasemos la Directiva 2008/52/CE<sup>33</sup> sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Como bien es sabido, nuestra actual Ley 5/2010 no es más que una transposición de dicha directiva (con cierto retraso), cumpliendo el Estado español con sus deberes europeos. Pues bien, en el Considerando (19) de la Directiva se dispone que los *Estados miembros deben asegurar que*

---

<sup>31</sup> Hay comunidades que tienen su propia Ley de Mediación Familiar y además la han desarrollado mediante reglamentos; hay otras que tienen su propia Ley de Mediación Familiar, pero que todavía no tiene más regulación normativa en esta materia; y aquellas comunidades en las que todavía no existe un marco legal específico que regule la mediación familiar, aunque ello no signifique que la actividad mediadora no se desarrolle.

<sup>32</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>33</sup> Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

*las partes en un acuerdo escrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva.* Obsérvese que el mayor objetivo de la regulación de la mediación es otorgar un plus de seguridad al acuerdo resultante. Queda más patente este anhelado objetivo en el art. 6 que fija las líneas generales del carácter ejecutivo del acuerdo, especificando en su apartado 2º que *éste podrá adquirir carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que se formule la solicitud.*

Ante estas líneas generales el legislador español, en el Anteproyecto de la Ley de Mediación de 2010, pretendió atribuir una especial naturaleza al acuerdo de mediación, consistente en que desde el momento que se dictaba dicho acuerdo, éste suponía un título ejecutivo con efectos de cosa juzgada, sin requerimiento de homologación judicial o notarial y que tan sólo podía ser impugnado a través de la acción de anulación del laudo. Sin embargo, con la aprobación de la Ley 5/2012, observamos que el legislador dio un giro a la naturaleza del acuerdo, cambiando por completo su eficacia ejecutiva en el sentido de que para dotarlo de ejecutividad se hace necesaria su elevación a escritura pública.

#### **4.2. Valor contractual del acuerdo y su consideración como título ejecutivo**

En el Título V, la Ley 5/2012 se regula el procedimiento de ejecución de los acuerdos derivados de un proceso de mediación, destacando el art. 23.3, párrafo 2º, que establece que *el mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo.* A continuación (art. 23.4 de la Ley 5/2012), el legislador otorga la acción de nulidad por la que se invalidan los contratos contra lo convenido en el acuerdo de mediación. Observemos que el legislador ya ha descartado la naturaleza de cosa juzgada planteada en el Anteproyecto, pues ha desaparecido de la nueva regulación la “supuesta semejanza” del acuerdo con las resoluciones judiciales o arbitrales, que se derivaba de los medios de ataque (acción de revisión para el caso de las sentencias y la de anulación para los laudos arbitrales); sino que ahora lo convenido en el acuerdo de mediación se ataca con la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.

Por ello y, tal y como sostiene BARONA VILAR<sup>34</sup>, nuestro legislador atribuye un valor contractual al resultado alcanzado en mediación, como se deriva del hecho de que el contenido de este acuerdo sólo podrá impugnarse a través de la acción judicial de nulidad por las causas que invalidan los contratos (art. 23.4 de la Ley 5/2012).

Esta vinculación del acuerdo de mediación a la idea de contrato se fundamenta en la propia naturaleza de los contratos. Díez Picazo<sup>35</sup> apunta que los contratos encuentran su fundamento en la misma idea de persona y en el respeto de la dignidad que a la persona le es debida, lo que comporta un poder de autogobierno de los propios fines e intereses o un poder de autorreglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas al que se ha venido denominando no sólo doctrinalmente, sino también en nuestras leyes como “principio de autonomía de la voluntad”. Recordemos que la propia esencia de la mediación es esta: que sean las partes las que solucionen su situación de crisis, que ellas mismas a través de recíprocas concesiones, autocompongan una solución. Esta solución no es otra que la manifestada en el acuerdo alcanzado.

Además, la eficacia de un contrato es *inter partes*, no afectando a la esfera jurídica de terceros, tal y como ocurre con el acuerdo de mediación. Y es que *la regla contractual solo puede vincular a sus autores*<sup>36</sup>, en el caso de la mediación: las partes del proceso.

### **4.3. Contrato de transacción en el ámbito familiar**

El que es, o supone ser, titular de un derecho subjetivo y otra persona le discute o le niega tal derecho, puede permanecer en la incertidumbre o buscar la certeza por medio de la acción judicial o por sometimiento a una decisión arbitral o bien, puede solventar la controversia con la otra parte, mediante recíprocas concesiones: éste es el contrato de transacción<sup>37</sup>.

Así, se puede definir como el *contrato por el que las partes solucionan una controversia jurídica mediante recíprocas concesiones*. El artículo 1809 CC lo

---

<sup>34</sup> BARONA VILAR, Silvia, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España...*, cit., p. 437.

<sup>35</sup> DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, I. Introducción, Teoría del contrato*, Tomo I, ed. Civitas, Madrid, 1933, pp. 126-127.

<sup>36</sup> DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial...*, cit., p. 394.

<sup>37</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de derecho civil, Tomo II, Derecho de obligaciones*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 622.

define: *la transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado*. El contrato de transacción es *consensual*, dado que se perfecciona por el consentimiento de las partes; *oneroso*, por cuanto cada parte obtiene una certeza jurídica a cambio de una propia concesión; y *bilateral, recíproco o sinalagmático*<sup>38</sup>, pues cada parte contrae obligaciones, pero en correlación con las de la contraria; la obligación de uno es la contrapartida de la del otro.

En cuanto al objeto de la transacción, puede serlo todo aquello sobre lo que tengan poder de disposición los sujetos. En consecuencia, por no ser disponibles, no pueden ser objeto de transacción los derechos de la personalidad ni los de familia<sup>39</sup>; ni, por expreso mandato legal, los alimentos futuros. Así lo establece el artículo 1814 CC<sup>40</sup>.

Sirva de ejemplo el auto núm. 31/2007 de la Audiencia Provincial de Cuenca de 3 septiembre, que en su fundamento jurídico primero establece:

*Tal eventual acuerdo no es admisible por cuanto, tal y como detalladamente pone de manifiesto la resolución recurrida, la doctrina jurisprudencial unánime en relación con el contenido de los artículos 151 y 1814 del Código Civil, refiere que no puede transigirse sobre los alimentos sin aprobación judicial, cuestión que no acontece en el presente procedimiento pues una cosa es que se pudiera haber alcanzado un acuerdo en el curso de un proceso judicial y cuestión distinta es que dicho acuerdo no haya sido objeto de homologación judicial a los efectos preteridos.*

Por lo que respecta al estado civil, su prohibición se funda en el principio de que el estado civil posee un interés general, es materia de orden público e indisponible por los particulares. Se discute si la prohibición del art. 1814 CC supone que no se puede transigir tampoco sobre las consecuencias patrimoniales derivadas del estado civil<sup>41</sup>. Al respecto se ha pronunciado el Tribunal Supremo, estableciendo que *“si bien no se puede transigir sobre el*

---

<sup>38</sup> Lo dice explícitamente la sentencia de 6 de noviembre de 1993 (Act. Civ. 259/94), también la de 15 de junio de 1998 (Act. Civ. 968/98).

<sup>39</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de derecho civil...*, cit., p. 627.

<sup>40</sup> *No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros.*

<sup>41</sup> Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Vol. II (Tomo 2)*, ed. Tecnos (Grupo Anaya, SA), edición 10ª, 2012, pp. 221-222.

*estado civil de una persona, el ámbito de aplicación del art. 1814 CC no se extiende a las consecuencias de naturaleza patrimonial que de tal estado puedan derivarse, que revisten carácter privado y que no afectan al orden, ni al interés público*<sup>42</sup>.

Otra prohibición expresa del art. 1814 CC, es la de los alimentos. El CC impone a ciertas personas (cónyuges y parientes en línea recta, al margen de los hermanos) el deber de prestarse alimentos, que conforme al art. 142 CC, entre otras cosas, comprende *todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica*. La prohibición de la transacción que tuviera a los alimentos por objeto se justifica por su finalidad (atender a la cobertura de las necesidades esenciales). Con todo, la norma contenida en el art. 1814 CC limita la prohibición a los alimentos futuros<sup>43</sup>. Tal es también el criterio jurisprudencial en la materia que (con fundamento en el art. 151, 2º CC) estima que los alimentos impagados ya vencidos se han de considerar como un crédito disponible pudiendo el alimentista transigir sobre los mismos<sup>44</sup>.

La última de las prohibiciones del art. 1814 CC es la relativa a las cuestiones matrimoniales. Según Díez-Picazo<sup>45</sup>, no se puede transigir *sobre el vínculo matrimonial considerado en su sustancia, es decir, sobre la existencia o subsistencia del matrimonio no se puede transigir*, pero si se transige sobre aspectos personales de la relación (p. ej: los cónyuges acuerdan separarse para no convivir) es válido y productor de efectos jurídicos. Por lo que respecta a las consecuencias patrimoniales, el Tribunal Supremo<sup>46</sup> declara con alcance general que el art. 1814 CC *“se refiere a las transacciones sobre el estado matrimonial, y no prohíbe transigir sobre las consecuencias de naturaleza puramente patrimonial que puedan derivarse de las cuestiones matrimoniales, porque al revestir carácter privado no afectan al orden social ni al interés público”*.

En conclusión, el objeto de la transacción va siempre ligado a un derecho sobre el que las partes tengan disponibilidad, es decir, que no afecte al orden público, ni a los intereses generales. En la misma línea, dentro del Libro IV, Título I de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a los procesos sobre capacidad, filiación,

---

<sup>42</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 13 octubre de 1996.

<sup>43</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*, ed. COLEX, Madrid, 2008, pp. 796-797.

<sup>44</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1987.

<sup>45</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil...*, cit., pp. 221-222.

<sup>46</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Supremo del 4 de diciembre de 1985.

matrimonio y menores, el art. 751 LEC establece que *en los procesos a que se refiere este Título no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción* (el subrayado es nuestro).

No obstante, este mismo artículo en su apartado 3 excepciona *las pretensiones que se formulen en los procesos a que se refiere este Título y que tengan por objeto materias sobre las que las partes puedan disponer libremente*. Sin embargo, DíEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN<sup>47</sup> creen que, si existe tal relación o dependencia entre aquellas pretensiones y las formuladas en los procesos enunciados que no pueden independizarse, la materia en su totalidad debe ser indisponible.

Así pues, de lo anterior podemos concluir que mayormente queda descartado del ámbito del Derecho de Familia el uso del contrato de transacción, siempre que estemos antes cuestiones indisponibles por las partes.

#### **4.4. Formalización del acuerdo para su conversión en título ejecutivo**

Llegados a este punto, es preciso recordar que, tal y como apuntaba el art. 23.3 de la Ley 5/2012, es potestativo para las partes elevar a escritura pública el acuerdo resultante y, por ende, su conversión en título ejecutivo. Es perfectamente factible que las partes se abstengan de elevarlo a escritura pública, quedando el acuerdo alcanzado relegado a mero “pacto”, a simple contrato entre las partes y, como contrato que es, poder ser exigido en el marco de las exigencias procesales derivadas de un incumplimiento contractual. En este caso, las partes deberán acudir a los tribunales de justicia a reclamar el cumplimiento por medio del proceso declarativo que corresponda.

Si por el contrario, nos encontramos en una situación de mediación extrajudicial y las partes quieren que el acuerdo devenga en título ejecutivo, tal y como apuntábamos, deberán elevarlo a escritura pública. El art. 25.1 de de la Ley 5/2012 establece: *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*.

Mediante este precepto, al notario se le dota de una importante responsabilidad, pues éste *verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho* (art. 25.2 de la Ley 5/2012). Se le está

---

<sup>47</sup> DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil...*, cit., pp. 221-222.



atribuyendo un control material, del fondo del acuerdo, es decir, tiene que vigilar que el contenido del acuerdo sea lícito para poder ser elevado a escritura pública, de modo que ante supuesto de ilicitud el notario debe impedir atribuir eficacia jurídico-pública al acuerdo. Como afirma Fuentes Martínez<sup>48</sup> el control de la legalidad es algo inherente a todo ejercicio de funciones públicas. Con independencia de la función pública de que se trate, el inexcusable respeto al ordenamiento jurídico en su conjunto, y la observancia de los procedimientos establecidos, constituyen una exigencia institucional, ya que nadie puede pretender que su actuación no vaya precedida de un mínimo examen previo de su juridicidad. Así lo declara el Tribunal Constitucional, entre otras, en la importante sentencia de 11 de noviembre de 1999:

*"Pues bien, a los Notarios, en cuanto fedatarios públicos, les incumbe en el desempeño de la función notarial el juicio de legalidad, sea con apoyo en una ley estatal o autonómica, dado que el art. 1 de la vieja Ley por la que se rige el Notariado, Ley de 28 de mayo de 1862, dispone que "El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales", función de garantía de legalidad que igualmente destaca el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, en su art. 145, párrafo 2, al imponer a los Notarios no sólo la excusa de su ministerio sino la negativa de la autorización notarial cuando "... el acto o el contrato, en todo o en parte, sean contrarios a las leyes, a la moral y a las buenas costumbres, o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos". La función pública notarial incorpora, pues, un juicio de legalidad sobre la forma y el fondo del negocio jurídico que es objeto del instrumento público, y cabe afirmar, por ello, que el deber del Notario de velar por la legalidad forma parte de su función como fedatario público..."*

Más importante se hace aún esta tarea en el ámbito del Derecho de Familia y, sobretodo, si hablamos de mediación *extrajudicial*, pues estamos ante un sistema normativo que no es plenamente dispositivo, por lo que las partes tienen bastante limitado su campo para acordar. Es más, ya decíamos que Ley 15/2005 sobre separación y divorcio introducía la posibilidad de que las partes de un proceso judicial puedan solicitar la suspensión del mismo para someterse al

---

<sup>48</sup> FUENTES MARTÍNEZ, Jesús Julián, «El alcance del control de la legalidad de los actos y negocios jurídicos por parte del notario. La "posición de garantía" del notario», *Estudios de Derecho Judicial*, nº 73, 2005, p. 125.

proceso de mediación y que el Consejo General del Poder Judicial definió un Protocolo para la implantación de la mediación familiar intrajudicial en los juzgados y tribunales. Todo esto tenía sentido, puesto que tras la mediación, el acuerdo resultante iba a ser homologado por el Juez, pero ¿qué pasa en la mediación extrajudicial? Debemos plantearnos si el notario es, en estos casos, el que sustituye el papel del Juez; y, si fuera así, reflexionar sobre su responsabilidad civil en el caso de que las partes dispongan sobre lo indisponible y el fedatario público aún así lo eleve a escritura pública.

#### **4.5. Límites del acuerdo de mediación e impugnación**

En los párrafos precedentes explicábamos cómo se otorgaba al acuerdo el valor de título ejecutivo extrajudicial, con lo que se permitía su ejecución forzosa sin necesidad previa de un proceso declarativo anterior. Ahora bien, para que se de esta ejecución forzosa, el acuerdo debe ser válido. Esto es, no debe concurrir en él ninguna causa de invalidez. Como ya se decía antes, *contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos* (art. 23.4 de la Ley 5/2012). En la doctrina civil tradicional, se distinguen dos grados de ineficacia o invalidez: la nulidad absoluta y la anulabilidad.

La nulidad absoluta y radical o de pleno derecho es la máxima sanción que el ordenamiento jurídico establece, porque niega al negocio la posibilidad de producir consecuencias jurídicas. En ese sentido se manifiesta la máxima jurídica: *quod nullum est nullum effectum producit*. La declaración de la nulidad produce efectos *ex tunc*, es decir, desde el momento de la realización del acto nulo, impidiendo que el contrato anulado despliegue los efectos correspondientes a su tipo desde el principio (*ab initio*), lo que supone que la nulidad tiene carácter retroactivo, y que por tanto no puede subsanarse ni por convalidación ni por el transcurso del tiempo<sup>49</sup>.

Por lo que respecta a la anulabilidad, es un tipo de ineficacia que se llama relativa, por ser menos enérgica que la nulidad. Esta figura tiene su origen en defectos estructurales del negocio jurídico que son de menor entidad que la nulidad<sup>50</sup>. Aparece regulada en el Capítulo VI, Título II, Libro IV del Código Civil,

---

<sup>49</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral, T. III, Derecho de obligaciones*, Reus, Madrid, 1992.

<sup>50</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ, María del Rosario, *Vicios en los elementos del contrato, Derecho de obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 351-368.

bajo el epígrafe «De la nulidad de los contratos», arts. 1.300 a 1.314. El art. 1.300, dice así: «*Los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la leyes*». Se produce pues, en supuestos en que el defecto es menor, por lo que la declaración de anulabilidad producirá efectos *ex nunc*, esto es, el acto producirá sus efectos como si de un acto válido se tratara, permitiendo así a las partes subsanar dicho defecto.

En la Ley 5/2012, el legislador no prevé de forma taxativa las causas que pueden dar lugar a la nulidad del acuerdo adoptado, pero sí que menciona la *acción de nulidad* (art. 23.4 de la Ley 5/2012) y hace una remisión a las causas que puedan dar lugar a la invalidez de los contratos. Así pues, vamos a centrarnos en la nulidad absoluta, así como las causas que la motivan.

Según LACRUZ BERDEJO<sup>51</sup>, la nulidad se da cuando el contrato carece de los requisitos esenciales del artículo 1.261 del Código Civil (consentimiento, objeto o causa) o de los que el ordenamiento jurídico impone por razón del tipo negocial concreto. Junto a esta causa también encontramos:

- 1) Indeterminación absoluta del objeto (art. 1.273) o su ilicitud (artículos 1.271, 1.272 y 1.305), pues el art. 23 de la Ley 5/2012 establece en el contenido del acuerdo la necesidad de que se haga constar (“deberá constar”) *las obligaciones que cada parte asume*.
- 2) Ilicitud de la causa (arts. 1.275, 1.305 y 1.306 CC), es decir, que el acuerdo se oponga a las leyes o a la moral o cuando se haga precisamente por connivencia de ambas partes para causar un daño a terceros.
- 3) Incumplimiento del requisito de forma. En el caso del acuerdo, la Ley 5/2012 no establece unas reglas formales que estrictamente deban cumplirse, sino que al contrario y como ya expusimos en el apartado de los ejes fundamentales de la mediación, el Preámbulo de la Ley implanta la desjuridificación.

Por otro lado, se puede declarar la nulidad del acuerdo de mediación si éste ha violado una norma imperativa o prohibitiva, salvo que de la contravención se derive un efecto distinto (art. 6.3 CC); o, tal y como establece el art. 1.255 CC: *Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que*

---

<sup>51</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luís, *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones, Vol. I, Parte General. Teoría del contrato*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 346.

*tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.*

Esta última causa de nulidad es de suma importancia en el ámbito del Derecho de Familia, pues tal y como apuntábamos *supra*, dicho Derecho sigue un sistema de normas imperativas, así como dispositivas. Las normas imperativas suponen un límite a la autonomía de la voluntad de las partes por tratarse de Derecho indisponible para las partes. Obviamente, tal como apunta BARONA VILAR<sup>52</sup>, *pactar sobre lo que no es disponible implica la extralimitación de los límites de disponibilidad.*

Por tanto, es momento de plantearse qué cuestiones son disponibles y cuáles no lo son en el acuerdo de mediación. Ya adelantábamos en el apartado anterior cuando hablábamos del contrato de transacción, que cuestiones como el estado civil, los alimentos y las cuestiones matrimoniales, quedaban fuera de la transacción o acuerdo entre las partes, por la sencilla razón de ser cuestiones indisponibles que podían afectar al orden público e interés general.

Por su parte, GARCÍA VILLALUENGA<sup>53</sup>, afirma que no se puede otorgar fuerza ejecutiva a los acuerdos alcanzados en las mediaciones familiares en las que intervengan hijos menores de edad. Para estos casos deberá usarse la vía de la homologación judicial puesto que se requerirá intervención del Ministerio Fiscal y la revisión del Juez para asegurarse que no se vulnera el interés superior de los menores (arts. 25.4 Ley 5/2012, 90 y 92 CC).

Sirva también de ejemplo el Seminario sobre mediación en la jurisdicción de familia, celebrado en Barcelona en abril de 2013<sup>54</sup>, en el que la mayoría de los intervinientes entendió que el ámbito de las materias indisponibles debe matizarse. Los pactos alcanzados por las partes y plasmados en el acuerdo de mediación deberán ser aprobados por la autoridad judicial, salvo en aquellos puntos que no sean conformes con el interés de los hijos menores de edad. Sin embargo, añaden que, si bien hay materias y derechos indisponibles ello no quiere decir que no puedan ser objeto de regulación por las partes a través de un proceso de mediación y que, en cualquier caso, deberá entenderse que para

---

<sup>52</sup> BARONA VILAR, Silvia, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España...*, cit., pp. 486-487.

<sup>53</sup> GARCÍA VILLALUENGA y VÁZQUEZ DE CASTRO, «La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo», *Política y Sociedad*, nº 1, 2013, pp. 71-98.

<sup>54</sup> FELIU LUCAS y SAMBOLA CABRER, «Conclusiones del Seminario Mediación en la Jurisdicción de Familia del 17 al 19 de abril», [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es), 2013.

su validez cualquier pacto que se refiera a los mismos, deberá ser homologado judicialmente y si afecta a menores de edad o incapaces deberá informar preceptivamente el Ministerio Fiscal.

En esta misma línea se manifiesta AZCÁRRAGA<sup>55</sup> al indicar que si se tratase de acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación desarrollado de manera independiente será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado tal acuerdo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 545.2 LEC.

Asimismo, UTRERA GUTIÉRREZ<sup>56</sup>, Juez de Familia de Málaga, sostiene que la admisión de que determinadas materias indisponibles de familia puedan ser objeto de mediación, no supone sin más que los acuerdos alcanzados generen los efectos previstos en dicha norma legal para el resto de las materias civiles y mercantiles, dado que la naturaleza especial de las cuestiones de familia exige que para que tales acuerdos sean eficaces plenamente deben pasar por el control judicial previsto en la LEC.

Si ya la doctrina adopta esta posición, la jurisprudencia sostiene que la limitación a la autonomía privada está en *lo indisponible de algunas de las cuestiones afectadas por la separación o el divorcio, cuestiones entre las que no se encuentran las económicas o patrimoniales entre los cónyuges*<sup>57</sup>;

Otra sentencia de interés es la núm. 459/2013 de la Audiencia Provincial de Murcia de 18 julio, la cual hace referencia a anteriores sentencias del Tribunal Supremo, como la de 22 de abril de 1997 y 15 de febrero de 2002. La Audiencia Provincial de Murcia señala *que los cónyuges pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales, añadiendo que la doctrina reconoce plena eficacia "inter partes"*.

Sin embargo, añade también que *este principio de autonomía de la voluntad tiene sus limitaciones en la indisponibilidad de algunas de las cuestiones*

---

<sup>55</sup> AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen, «Impulso de la mediación en Europa y España y ejecución de acuerdos de mediación en la unión europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva», *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 25, 2013, p. 14.

<sup>56</sup> UTRERA GUTIÉRREZ, José Luis, «La Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia», *Diario La Ley*, nº 19079, 2012, pp. 3-5.

<sup>57</sup> Vid. Sentencia núm. 1183/1998 del Tribunal Supremo de 21 diciembre.

*afectadas por la separación o el divorcio, entre las que destacan las referidas a los hijos menores del matrimonio.*

Entonces, ante esta posición y en los supuestos de mediación extrajudicial ¿qué sentido tiene que el notario verifique y controle la legalidad del acuerdo si posteriormente debe ser homologado por el Juez y el interés del menor velado por el Ministerio Fiscal? La Ley de mediación presenta un enorme vacío en este aspecto, pues no hace una referencia especial a la mediación familiar, que presenta particularidades jurídicas que se contraponen al principio de disponibilidad que encabeza la mediación. Esas particularidades se refieren, como ya hemos dicho varias veces a lo largo de este trabajo, a que el Derecho de Familia es un Derecho formado por normas imperativas, sobre todo, cuando se ven implicados menores, cuyos intereses deberán ser velados por el Ministerio Fiscal. Una vez más, deberán ser los tribunales quienes maticen y concreten el contenido del acuerdo de mediación extrajudicial. Quizás se debería relegar toda responsabilidad al notario y que sea éste quien verifique y “homologue” el acuerdo de mediación. Carece de lógica realizar un acuerdo de mediación, elevarlo a escritura pública y, además, acudir a los tribunales para que sea homologado en el caso que afecte a cuestiones relativas a menores, pues contraviene el sentido de la economía de tiempo y dinero que la mediación proclama, así como que no ayuda mucho a la descongestión del aparato judicial, al menos, en los Juzgados de familia. Tal vez sería más cómodo y fácil optar directamente por la vía de la mediación intrajudicial.

#### **4.6. Incumplimiento del acuerdo y su ejecución forzosa**

Ante el incumplimiento voluntario de las partes, el art. 26 de la Ley 5/2012 prevé que *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<sup>58</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. La demanda ejecutiva se presenta ante el Juez competente acompañada del acuerdo de mediación debidamente protocolizado y de copia de las actas de la sesión

---

<sup>58</sup> El art. 545.2. LEC dice lo siguiente: *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.*

constitutiva y final del procedimiento<sup>59</sup> (art. 550.1 LEC). Admitida la demanda se dará curso a los actos de la ejecución, sin que proceda requerimiento de pago, conforme con lo previsto en el art. 580 LEC<sup>60</sup>.

Asimismo, la Disposición final tercera especifica las diversas modificaciones en los preceptos de la LEC con el fin de incorporar el título ejecutivo extrajudicial derivado del acuerdo de mediación.

Con estas modificaciones, que ahora se comentarán en las siguientes líneas, se puede decir que el legislador no ha articulado debidamente las reglas para la ejecución del acuerdo de mediación. Además de los vacíos anteriormente comentados sobre la indisponibilidad del Derecho de Familia, así como el papel del notario y el requerimiento de homologación judicial, el legislador no ha sabido prever de forma completa y eficaz lo necesario para que el novedoso acuerdo de mediación tenga su ansiada ejecutividad.

Empecemos por exponer las reglas del juego en ejecución. El art. 517.2.2 LEC atribuye ejecutividad al acuerdo de mediación, junto a los laudos o resoluciones arbitrales, y especifica que el acuerdo de mediación debe haber sido elevado a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Tal y como afirma, LÁZARO GUILLAMÓN<sup>61</sup>, parece que la Ley 5/2012 está componiendo un nuevo contrato, es más, según esta disposición, podemos dudar sobre la atribución al acuerdo de voluntades de las consecuencias de la *res iudicata* material dado que, contra lo convenido en el acuerdo de mediación, se podrá ejercitar la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos (recordemos el art. 23.4). Entonces, ¿estamos ante una nueva figura contractual? ¿No es eso incongruente con el hecho de que el art. 517.2.2º recoja que los acuerdos de mediación tendrán aparejada ejecución si fueran elevados a escritura pública?

---

<sup>59</sup> ROCHARD GONZÁLEZ, Manuel, *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y España*, ed. La Ley, Madrid, 2013, p. 276.

<sup>60</sup> Art. 580 LEC que dispone que no procede requerimiento de pago en los siguientes supuestos: “*Cuando el título ejecutivo consista en resoluciones del secretario judicial, resoluciones judiciales o arbitrales o que aprueben transacciones o convenios alcanzados dentro del proceso, o acuerdos de mediación, que obliguen a entregar cantidades determinadas de dinero, no será necesario requerir de pago al ejecutado para proceder al embargo de sus bienes*”.

<sup>61</sup> LÁZARO GUILLAMÓN, Carmen, «El acuerdo de mediación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles: algunas notas sobre la eficacia y efectos desde una perspectiva histórico-crítica», *Revista Internacional de Mediación*, nº 1, 2013, p. 89.

Quizás el legislador debería haber adoptado la propuesta del Consejo General del Poder Judicial, que consistía en *canalizar la ejecutividad de los acuerdos a través del cauce del art. 517.2.3º LEC, previo el dictado de una resolución judicial que los homologue y que sería la que llevase aparejada la ejecución, al modo en que se dispone para las transacciones judiciales y los acuerdos logrados en el seno del proceso*<sup>62</sup>.

Por último, es de destacar la falta de modificación del art. 520 LEC. Dicho artículo establece que todos aquellos títulos ejecutivos que no sean judiciales ni arbitrales, tan sólo podrán ser despachados por cantidad determinada que exceda de 300 euros, en dinero efectivo, en moneda extranjera convertible o en cosa o especie computable en dinero. Esto nos lleva a plantearnos qué pasaría ante la posibilidad de estar ante un acuerdo de mediación que no contenga una cantidad determinada que exceda de 300 euros, en otras palabras, si las partes en el proceso de mediación familiar quieren acordar sobre una cuestión relativa a obligaciones no dinerarias ¿no se podría ejecutar el acuerdo, una vez elevado a escritura pública, por no permitirlo el art. 520 LEC, pues éste sólo lo admite para los títulos ejecutivos judiciales y arbitrales? La respuesta es negativa, no se ejecutaría y he aquí la falta de modificación por parte del legislador, lo que supondría que habrá que instar previamente el procedimiento declarativo oportuno<sup>63</sup>. Entonces, parece que carece de sentido haber modificado el art. 517.2.2 LEC, atribuyendo ejecutividad al acuerdo de mediación (si se eleva a

---

<sup>62</sup> Informe de 2010 del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley de Mediación, p. 93. Así como las páginas 110 y 111 que señalan: *a diferencia de la Directiva, el Anteproyecto no prevé ningún cauce a través del cual chequear esa adecuación a Derecho del acuerdo de mediación, dado que la protocolización o formalización de éste se reduce básicamente a la firma del acuerdo por las partes y por el mediador, tras la comprobación de que el procedimiento se ha ajustado a lo dispuesto por la Ley. La Directiva, por el contrario, concibe un mecanismo de protocolización basado en la emisión, por un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, de una sentencia, una resolución o un acto auténtico. El Anteproyecto debería pues ajustarse a ese modelo, incluyendo un trámite preceptivo de homologación de los acuerdos de mediación a cargo de un órgano jurisdiccional u otro tipo de autoridad que, previa constatación de su adecuación a Derecho, confiriese al acuerdo fuerza ejecutiva. A tal fin, se propugna la modificación del artículo 517.2.3º LEC para incluir en él a las resoluciones judiciales que homologuen no sólo transacciones judiciales o acuerdos logrados en el proceso, sino también acuerdos de mediación alcanzados fuera del proceso, conforme a los principios y requisitos previstos en la Ley ahora proyectada. De esta forma se establecería un procedimiento de homologación uniforme para todos los casos de mediación, sobrevenga ésta o no tras haberse iniciado un proceso judicial (...). Sacrificar este control en aras de la mayor rapidez en la solución del conflicto podría ser contraproducente, por cuanto aumentaría el riesgo de que los acuerdos de mediación dotados de fuerza ejecutiva contraviniesen el ordenamiento jurídico.*

<sup>63</sup> LÁZARO GUILLAMÓN, Carmen, El acuerdo de mediación de la Ley 5/2012..., cit., p. 91.



escritura pública), junto a los laudos o resoluciones arbitrales, si sólo puede ejecutarse cuando contenga obligaciones pecuniarias superiores a 300 euros.

## 5. CONCLUSIONES

**PRIMERA-** La mediación familiar es un método autocompositivo de resolución de conflictos que todavía no ha sido introducido suficiente y adecuadamente en la legislación (dispersión normativa y vacíos legales) y en la cultura social.

**SEGUNDA-** Intenta resolver de forma pacífica y no adversarial, es decir, no litigiosa a través de la cooperación mutua de las partes.

**TERCERA-** En el contexto de las crisis de pareja, *humaniza* el proceso de separación, canalizando los sentimientos negativos como el fracaso, el resentimiento o la hostilidad hacia sentimientos más positivos, que harán más fácil y tolerable la ruptura. Además, en el caso de haber menores implicados, previene de posibles traumas u otros problemas psicológicos que les puedan afectar a raíz de esos sentimientos negativos.

**CUARTA-** Aunque la idea de la *mediación extrajudicial* suena (a simple vista) muy tentadora, es difícil que sea viable en los procesos familiares, ya que incluyen generalmente materias indisponibles, en las que los pactos alcanzados por las partes y plasmados en un acuerdo de mediación extrajudicial deberán ser homologados por la autoridad judicial. Es más, si afectan a menores de edad o incapaces, se deberá informar preceptivamente al Ministerio Fiscal.

**QUINTA-** El entramado del ordenamiento jurídico español todavía no está preparado para afrontar una mediación familiar extrajudicial, pues en la Ley 5/2012 no se prevé en ningún momento especialidad alguna en materia familiar y hay dispersión en normativa autonómica.

**SEXTA-** Tal vez sería más conveniente optar directamente por la vía de la mediación intrajudicial, pues es poco práctico y, a veces, inviable llegar a un acuerdo de mediación familiar extrajudicial, elevarlo a escritura pública y, además, acudir a los tribunales para que sea homologado en el caso que afecte a cuestiones relativas con menores. Se contraviene el sentido de la economía de tiempo y dinero que la mediación proclama, así como que no ayuda a la descongestión del aparato judicial, al menos, en los Juzgados de familia.

**SÉPTIMA-** Resulta incoherente la ejecutividad del acuerdo de mediación (art. 517.2.2 LEC) con la posibilidad de impugnación por la acción de nulidad por las causas que invalidan a los contratos (art. 23.4 de la Ley 5/2012), pues con dicha

impugnación se ignoran los efectos de cosa juzgada material, que caracterizan a los documentos con fuerza ejecutiva.

**OCTAVA-** Tampoco resulta coherente el olvido de su introducción en el artículo 520 LEC, pues, según su redacción actual, no permite la ejecución del acuerdo de mediación si recoge obligaciones que no sean pecuniarias y excedan de los 300 euros.

**NOVENA-** El acuerdo de mediación no resulta muy útil si analizamos la figura del contrato de transacción. Básicamente, porque no merece la pena crear una nueva figura contractual -si es que realmente estamos ante una nueva figura contractual- cuando ya tenemos una existente que nos cubre las mismas necesidades.

**DÉCIMA-** Se pone en entredicho el alcance de la tarea del notario de atribuir eficacia jurídico-pública al acuerdo (art. 25.2 de la Ley 5/2012). Se cuestiona si va a sustituir la homologación judicial en las mediaciones familiares extrajudiciales. Sin embargo, la respuesta debe ser negativa, pues es insalvable la intervención del Ministerio Fiscal en el caso de haber menores implicados.

**FINAL-** El legislador no ha articulado debidamente las reglas para la ejecución del acuerdo de mediación. No ha sabido prever de forma completa y eficaz lo necesario para que el novedoso acuerdo de mediación extrajudicial tenga su ansiada ejecutividad.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

ALEMÁN MONTERREAL, A., «Reflexiones jurídico-romanas a propósito del contrato de mediación familiar», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 9, 2005, pp. 39-48.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., «Impulso de la mediación en Europa y España y ejecución de acuerdos de mediación en la unión europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva», *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº. 25, 2013.

BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 59

BELDA MERCADO, J., «Reconocimiento jurídico de los contratos innominados», *Anuario da Faculta de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 12, 2008, pp. 69-86.

BERNAL SAMPER, T., «Pautas contextuales en la expresión emocional en la pareja», *Revista de Psicología General y Aplicada*, nº 6, 1986, p. 1219.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral, T. III, Derecho de obligaciones*, ed. Reus, Madrid, 1992.

CRESPO, M<sup>a</sup> T., Conferencia sobre Mediación Familiar de 19 abril, 1999.

DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, I. Introducción, Teoría del contrato*, ed. Civitas, Madrid, 1933, pp. 126 y 127.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil. Vol. II (Tomo 2)*, ed. Tecnos (Grupo Anaya, SA), edición 10<sup>a</sup>, 2012, pp. 221 y 222.

FELIU LUCAS, G. y SAMBOLA CABRER, M., «Conclusiones del Seminario Mediación en la Jurisdicción de Familia del 17 al 19 de abril», [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es), 2013.

FERNÁNDEZ RIQUELME, S., «La mediación social: itinerario histórico de la resolución de conflictos sociales», *Contribuciones a las Ciencias sociales*, enero 2010.

FREIXAS PUJADAS, J. (1979): «Una nota sobre la transactio», *Anuario de historia del derecho español*, nº 49, 1979, pp. 643 y ss.

FUENTES MARTÍNEZ, J. J. (2005): «El alcance del control de la legalidad de los actos y negocios jurídicos por parte del notario. La "posición de garantía" del notario», *Estudios de Derecho Judicial*, nº 73, 2005.

GARCÍA VILLALUENGA, L. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo», *Política y Sociedad*, nº 1, 2013, pp. 71-98.

GUTIÉRREZ HERNÁN, E. y CORZÓN PEREIRA, F., «Aspectos psicosociales» en SOUTO GALVÁN, E. (dir), *Mediación familiar*, ed. Dykinson, Madrid, 2012.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones, Vol. I, Parte General. Teoría del contrato*, ed. Dykinson, Madrid, 1999, p. 346.

LÁZARO GUILLAMÓN, C., «El acuerdo de mediación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles: algunas notas sobre la eficacia y efectos desde una perspectiva histórico-crítica», *Revista Internacional de Mediación*, nº 1, 2013.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de derecho civil, Tomo II, Derecho de obligaciones*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.

ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Derecho Privado Romano*, ed. Promotora Cultural Malagueña, Málaga, 1999, pp. 257-259.

PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho Romano*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 4ª edición, 2008, pp. 658 y ss.

PEREIRA PARDO, Mª C., «Aspectos jurídicos», en SOUTO GALVÁN, E. (dir) *Mediación familiar*, ed. Dykinson, Madrid, 2012, pp. 66 y ss.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*, ed. COLEX, Madrid, 2ª edición, 2008, pp. 796 y 797.

PÉREZ BRAVO, C., «La stipulatio. Características generales», *Ars Boni et Aequi*, nº 5, 2009, pp. 137-156

ROCHARD GONZÁLEZ, M., *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y España*, ed. La Ley, Madrid, 2013, pp. 276.

RODRÍGUEZ LLAMAS, S., *La mediación familiar en España: fundamento, concepto y modelos jurídicos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

SERRANO CASTRO, F., *Un divorcio sin traumas*, ed. Almuzara, Córdoba, 2009, pp. 135-136.

TAMAYO HAYA, S., «El contrato de transacción: principales líneas de su evolución histórica», *Anuario de Derecho Civil*, LVII-3, julio 2004, pp. 1105 y ss.

UTRERA GUTIÉRREZ, J. L., «La Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia», *Diario La Ley*, nº 19079, 2012.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. del R., *Vicios en los elementos del contrato, Derecho de obligaciones y contratos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 351 a 368.

VIANA LÓPEZ, C. J., «Crisis de pareja: soluciones judiciales y extrajudiciales» en SOUTO GALVÁN, E. (dir), *Mediación familiar*, ed. Dykinson, Madrid, 2012, pp. 157-170.

## 7. ABSTRACT

### **MEDIATION AGREEMENT AND CRISIS OF COUPLE. SPECIFIC REFERENCE TO ITS HISTORICAL BACKGROUNDS ON ROMAN LAW**

Currently, everybody is aware of Justice Administration saturation because of the high number of conflicts seeking solution. This causes slow process, high monetary and emotional cost of the courts, and creation of a hostility climate between the parties to the dispute.

Therefore, the need to seek alternative dispute resolution systems arises, especially in the field of Private Law. Mediation is a possible alternative.

Mediation can provide an inexpensive and quick extrajudicial resolution of conflicts through processes tailored to the needs of the parties. It is more likely that the agreements resulting from mediation are voluntarily comply, as they are adopted by both parties, rather than imposed by a third party.

On July 6, 2012 was approved the Act 5/2012, on mediation in civil and commercial matters, which in its article 26 regulates the mediation agreement. In the present work will be studied the scope, effectiveness and efficiency of such agreement in mediation family, specifically, in the context of the crisis of couple. Therefore, the family law has a central role, especially if we take into account that the current trend of this Law is the recognition of the autonomy of the will of the parties and its capacity for resolve their conflicts.

#### **The institution of mediation under Act 5/2012**

Article 1 of Act 5/2012, on mediation in civil and commercial matters, gives us the legal concept of mediation. In terms of that article, mediation *is a way of settling disputes, whatever its name, in which two or more parties attempt by themselves voluntarily to reach an agreement with the intervention of a mediator*. Meanwhile, according with CRESPO<sup>64</sup>, *family mediation is determined as the process by which a third party is to help members of a couple, who is involved in a breakup, to seek solutions satisfactory to both, peacefully not adversarial, but cooperative*.

---

<sup>64</sup> CRESPO, M<sup>a</sup> TERESA, CONFERENCIA SOBRE MEDIACIÓN FAMILIAR DE 19 ABRIL, 1999.

We classify mediation within the autocompositive method. In this method the parties, aided, assisted or motivated by a third, star and make an agreement. Parties resolve their differences, *attempt by themselves through a more or less consensual solution*<sup>65</sup>, obtained by exchanges of both, being the decision of the parties, not the mediator (in the case him to intervene).

It should be mentioned that in the Preamble of Law 5/2012, it is observed the appointment of a number of fundamental axes that are “*de-judicialisation*”, the “*de-legalization*” and “*de-juridification*”.

The first axis: the *judicialization of certain subjects*, the Act defines it exposing that the parties to the conflict through mediation, *may have a solution (in some cases) more adapted to their needs and interests than a solution raised from a legal provision*. That is, it is tried to emphasize mediation as an autocompositive method, in which the intervention of a third party that imposes the solution (court) to the parties is dismissed. They are themselves who compose it.

Finally, as a corollary of mediation, the Preamble of the Act 5/2012 anticipates what will be one of the great innovations of the Act: *the recognition of the mediation agreement as enforceable title, what will occur with its subsequent elevation to public deed, whose execution may be urged directly in court*. This recognition is an immediate consequence of the third and last axle of mediation: the *desjuridificación*, *which consists in not to determine necessarily the content of the restorative or reparative agreement*.

The scope of the Act consists of civil or commercial matters, including the transboundary conflicts. Those subjects affecting rights and obligations which are beyond the reach of the parties as a matter of Law are excluded. This is very important because this work focused on marriage crisis, to which is applied the civil legislation of Family Law, characterized by being composed of mandatory rules and matters that are beyond the reach of the parties as a matter of Law, especially if there are children involved. In this case it requires the involvement of the prosecution to ensure their interests.

---

<sup>65</sup> BARONA VILAR, Silvia, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 59.

Regarding the mediator, he is defined as the person who helps the parties to manage or resolve their disputes without giving them the solution. It is necessarily to have acquired a range of skills and abilities, all properly regulated by Royal Decree 980/2013, of 13 December, amending certain aspects of the Law 5/2012 are developed, specifically, the necessary training.

### **Mediation and crises of couples**

Marriage or couple crisis is that situation in which marriage or couple is interrupted temporarily or permanently. They include the processes of change that suffer, both at the individual and family levels, each of the constituent parts of the couple/marriage as well as the children. It is a process of rupture, of profound change.

When the parties 'officially' recognize the end of their emotional bond, they begin to establish financial commitments (distribution of assets, properties, maintenance of children, place of residence...) and those relating to the custody of the children and visitation. At this stage is where join in the mediation, which *humanizes* this hard process, making it less traumatic and helping the parties to transform negative feelings into more positive feelings.

The cases in which the parties have reached an agreement to regulate its economic relations and the relations with children (mutual agreement via) must be distinguished from the cases in which there is no agreement (contentious via). In the first way, the couple is kind to negotiate solutions that stipulate the conditions of the rupturing. By this way the negative crisis psychological effect is attenuated, whereas in the litigious route, the couple starts out from irreconcilable positions; it is a situation of confrontation, in which a party wins and the other loses.

Well then in the two types of described ways it is possible to insert the mediation. It is distinguished, on the one hand, *intrajudicial* mediation as that which takes place within a judicial process already initiated. In this case, the mediation agreement is approved by the own judicial authority, its elevation to public deed is unnecessary.



On the other hand, *out-of-court* mediation, which is carried out regardless of a Judge, conceives mediation as the way that “*does not exclude nor ruled out the judicial process*”, its aims is “*to avoid the legal dispute before the process, during its development and then, in phase of execution*”<sup>66</sup>. In this kind of mediation is necessarily to raise the resulting agreement to public deed in order to be enforceable title, without prejudice to its prior supervision by a judge, since we are moving in Family Law, a subject that is beyond the reach of the parties as a matter of Law, especially if there are minors involved. In this case the public prosecutor must intervene to ensure their interests.

### **Historical backgrounds of the mediation agreement. Specific reference to the Roman Law**

Since the world began, conflicts between people have existed in the society and not always have been solved at courts, because (like now) it is tried to find alternative methods, especially the autocompositive. In particular, mediation has been adapted over time to different cultures on the basis of their sociological characteristics. We can find the Roman precedent in the *transactio*. In the following lines is going to be developed briefly the historical evolution of the institution of the transaction, from its origins in the archaic Rome until times of Emperor Justiniano.

#### Archaic: the *pactum*

In the archaic or pre-classical, time the main source of law was the Law of the XII Tables. This Act contains the figure of the *pactum*, the background of the transaction, which will not be defined as such until the Justiniano time. The *pacti* were peaceful composition agreements, friendly concluded between the victim of a crime or offended and the offender, particularly in matters of robbery or injuries<sup>67</sup>.

The effectiveness of the pact was secured by oath. If the offender complied with the payment of satisfaction, the victim would refrain to exercise his private vengeance. Remember that we are in a historical context in which the

---

<sup>66</sup> SERRANO CASTRO, Francisco, *Un divorcio sin traumas*, Córdoba, Almuzara, 2009, pp.135-136.

<sup>67</sup> TAMAYO HAYA, Silvia): «El contrato de transacción: principales líneas de su evolución histórica», *Anuario de Derecho Civil*, LVII-3, 2004, pp. 1106-1110.

value given to the words had a fundamental importance, to such an extent people professed that their failure would lead to divine vengeance.

Classical period: covenant to which was added a *stipulatio*

The transaction was not yet collected as one of the typical contractual business, so it continued to operate as the covenants in general. But at this time the covenants underwent an evolution, which consisted of the aggregation of stipulations.

It continues being a simple pact, but when the parties wanted a performance security, they added stipulations. People draw on to using contract of stipulation since at this time the oath had lost all its strength (in contrast with the previous period). The stipulation was used to cover all kinds of conventions and provide them with the legal effectiveness that lacked<sup>68</sup>.

Postclassic period: *transactio* as innominate contract

In the Postclassic period, it was managed to extend the scope of the transaction, but it was not appreciated any change regarding the way to conclusion with respect to the classical period, so it was still necessary the use of the convention stipulated.

It was delimited the category of atypical contracts, were called simply *unnamed* and the social importance of the transaction was recognized, providing it with the *actio praescriptis verbis* (prescribed words action), aimed at enforcing what has been agreed previously.

Justinian period: conceptual delimitation of the *transactio*

In this period it was occurred a more pronounced differentiation between agreements and transaction than the suffered in Postclassic period and was proceeded to a conceptual delimitation of the *transactio*, becoming a contract. A special title with own identity - *De transactionibus* - was included in 2.15 Digesto and 2.4 Codex.

---

<sup>68</sup> PÉREZ BRAVO, Carlos, «La stipulatio. Características generales», *Ars Boni et Aequi*, 5, 2009, pp. 137-156.

Thus, transaction, which was a simple agreement at the beginning, became a independent contract later, under which each of the parties, giving, promising or withholding something, put an end to a dispute or prevent that it may arise.

### **The effectiveness of the mediation agreement in the current law**

When the mediation process concludes with an agreement, the means which give special effectiveness to the agreement are very important in order to create a compliance obligation on the parties.

In the case *intrajudicial* mediation the resulting agreement is approved by the judge, what does not involve major problem at the time of its execution. The problem has been presented in *out-of-court* mediation, which does requires media to make the agreement an enforceable title.

In Title V of the Act 5/2012 it is regulated the procedure of implementation of the agreements arising from a mediation process. The article 23.3, 2nd paragraph, establishes that *the mediator will inform the parties of the binding nature of the agreement and the possibility to urge his elevation to public deed in order to configure their agreement as an executory title*. After that, in the art. 23.4 of the Act 5/2012 the legislator gives the action of nullity that invalidates contracts against what was agreed in the mediation agreement. BARONA VILAR<sup>69</sup> argues that our legislator attached a contract value to the result reached in mediation, as it is derived from the fact that the content of this agreement only can be challenged by the judicial action for annulment by the causes that invalidate the contracts (art. 23.4 of the Act 5/2012).

### **Transaction contract in the context of Family Law**

The contract of transaction can be defined as the *contract whereby the parties resolved a legal dispute through reciprocal concessions*. The object of the transaction can be any subject, which is not a subject that is beyond the reach of the parties as a matter of Law. Consequently, the rights of

---

<sup>69</sup> BARONA VILAR, Silvia, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España...*cit, p. 437.

personality or family<sup>70</sup> and future foods cannot be transaction object, according to the article 1814 Civil Code<sup>71</sup>.

The object of the transaction is always linked to a right that is beyond the reach of the parties as a matter of Law, which does not affect public order or the general interests. In the same vein, the article 751 of the Code of Civil Procedure establishes that *will not have effect the resignation, the submission and the transaction* (emphasis is ours) in processes about capacity, filiation, marriage and minor children.

Therefore, we can conclude that the use of the transaction contract is mostly discarded from the scope of Family Law, whenever it involves issues that are beyond the reach of the parties as a matter of Law.

### **Formalization of the agreement for its conversion into executive title**

As we said before, in the *extrajudicial* mediation, if the parties want that the agreement becomes enforceable, they must raise it into public deed. The article 25.1 of the Act 5/2012 sets: *the mediation agreement will be presented by the parties before notary accompanied by a copy of the minutes of the constituent and the final meeting of the procedure. The presence of the mediator is not necessary.*

This precept endows the notary an important responsibility, because *he will verify the compliance of the conditions required in this Act and the non contrariness of their content to Law* (article 25.2 of the law 5/2012). A material control is being attributed to him, what means that he has to examine the content of the agreement in order to elevate it to public deed. Therefore, the notary should prevent attribute legal efficiency to the agreement to unlawful practices.

This task is more important within the scope of the Family Law and, above all, if we talk about *out-of-court* mediation, because the regulatory system of this subject is beyond the reach of the parties as a matter of Law, what means

---

<sup>70</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de derecho civil, Tomo II, Derecho de obligaciones*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012, p. 627.

<sup>71</sup> *No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros.*

that the parties have very limited their field to agree. A doubt appears: Is the notary who replaces the role of the judge these cases? And, if so, we have to ponder on his liability in the event that the parties have agreed on subjects that are beyond the reach of the parties as a matter of Law and the notary public, even so, raises the agreement to public deed.

In addition, in order to give enforcement to the agreement, this must be valid. This means that any cause of invalidity has not to go on it. As already stated before, it is only possible to bring the action of nullity against the mediation agreement by causes that invalidate contracts (art. 23.4 of the Act 5/2012). The legislator does not provide exhaustively limitation causes that can lead to the nullity of the agreement adopted, but it makes a referral to the general causes in the Civil Code that may lead to the invalidity of contracts.

As BARONA VILAR<sup>72</sup> asserts, *to agree on a subject that is beyond the reach of the parties as a matter of Law involves the overreaching of the limits of non-mandatory provisions*, what could be declared cause of nullity.

It is time to consider which issues are beyond the reach of the parties as a matter of Law and which are not in the mediation agreement. When we talked about transaction contract, we already anticipated that issues such as marital status, food and matrimonial matters were left out of the transaction or agreement between the parties because they were beyond the reach of the parties as a matter of Law and could affect public order and general interest.

GARCÍA VILLALUENGA<sup>73</sup> asserts that executive force cannot be granted to the agreements reached in family mediations which involve minor children. It should be used the way of judicial approval for these cases, since the intervention of the public prosecutor and the revision of the judge will be required to ensure that it is not violated the best interests of minors (arts. 25.4 of the Act 5/2012, 90 and 92 Civil Code).

Then, another doubt appears in cases of *out-of-court* mediation: what sense does make that the notary verifies and checks the legality of the agreement if

---

<sup>72</sup> BARONA VILAR, Silvia, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España...*cit, pp. 486-487.

<sup>73</sup> GARCÍA VILLALUENGA y VÁZQUEZ DE CASTRO, «La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo», *Política y Sociedad*, 1, 2013, pp. 71-98.

it must be approved by the judge and the interest of the minor veiled by the public prosecutor's Office later? The Act of mediation presents a huge legal loophole in this aspect, because the legislator does not make a special reference to family mediation, which presents legal particularities since it is a subject that is beyond the reach of the parties as a matter of Law. Once again, the courts shall be who clarify and specify the contents of the *out-of-court* mediation agreement.

Perhaps all responsibility should be relegated to the notary, who will check and "approve" the mediation agreement. It makes no sense to reach a mediation agreement, raise it to public deed, and also go to courts to be approved (in the case that it affects issues related to minors). This contravenes the sense of economy of time and money that mediation proclaims, as well as that does not help much to the decongestion of the judicial system, at least, in the family courts. Perhaps it would be more comfortable and easy to opt directly for the *intrajudicial* mediation.

Several precepts of the Civil Procedure Code have been modified in order to incorporate the enforcement of the *out-of-court* agreement resulting from the mediation. We can say that the legislator has not properly articulated the rules for the enforcement of the mediation agreement. In addition to the gaps previously commented about the mandatory provisions of the family law, as well as the role of the notary and the requirement of court approval, the legislator also has failed at providing what is necessary to achieve fully and effectively the longed enforceability of the new mediation agreement.

Let's start by explain the rules of the enforceability game. Article 517.2.2 of the Civil Procedure Code attributes enforceability to the agreement of mediation and to the arbitration decisions, and specifies that the mediation agreement should have been elevated to public deed in accordance with the Act on mediation in civil and commercial matters. As LÁZARO GUILLAMÓN<sup>74</sup> asserts, it is possible to doubt about the attribution of *res iudicata* consequences to the voluntary agreement given that, against what was

---

<sup>74</sup> LÁZARO GUILLAMÓN, Carmen, «El acuerdo de mediación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles: algunas notas sobre la eficacia y efectos desde una perspectiva histórico-crítica», *Revista Internacional de Mediación*, 1, 2013, p. 89.

agreed in the mediation agreement, we can bring the nullity action by the general causes which invalidate contracts. Is this not inconsistent with the fact that article 517.2.2 pick up that mediation agreements will have enforceability if they were elevated to public deed?

Finally, the lack of modification of article 520 of the Civil Procedure Code has to be highlighted. This article states that all those enforceable titles that are not judicial or arbitration may only be executed by certain amount exceeding 300 Euros, in cash, convertible foreign currency or thing or species computable in money.

This leads us to wonder what would happen at the possibility of being to a mediation agreement that does not contain a certain amount that exceeds 300 Euros. In other words, if the parties in the family mediation process want to agree on a question relating to non-monetary obligations, it could not be implemented the agreement, once elevated to public deed because the article 520 of the Civil Procedure Code only admits to this to judicial or arbitrations titles. Here is the lack of modification by the legislator.

This would mean that the parties will have to encourage the appropriate declarative procedure previously<sup>75</sup>.

Then, it seems that it makes no sense to have amended article 517.2.2 of the Civil Procedure Code, giving enforceability to the mediation agreement (if it is raised to public deed), beside arbitration awards, if it is only possible when the agreement contains pecuniary obligations higher than 300 Euros.

---

<sup>75</sup> LÁZARO GUILLAMÓN, Carmen, «El acuerdo de mediación de la Ley 5/2012...» *cit.*, p. 91.