

El acuerdo de mediación

Álvaro LÓPEZ DE ARGUMEDO

José María FERNÁNDEZ DE LA MELA

Abogados de Uría Menéndez

Diario La Ley, Nº 8477, Sección Doctrina, 10 de Febrero de 2015, Ref. D-50, Editorial LA LEY

LA LEY 657/2015

La Ley de Mediación introduce determinadas exigencias de forma, contenido y documentación del acuerdo de mediación que condicionan su eficacia y, en particular, su eventual configuración como título ejecutivo mediante su elevación a público. El alcance de tales exigencias y las consecuencias jurídicas de su inobservancia deben determinarse teniendo en cuenta el Derecho de los contratos y, en particular, el régimen jurídico de la transacción, así como los principios informadores de la mediación.

I. INTRODUCCIÓN

1. La mediación suele situarse junto con la negociación bajo la rúbrica de las fórmulas de resolución de disputas autocompositivas (1) . Como tal, la mediación (2) se orienta a la consecución de un acuerdo o solución transaccional que ponga fin —total o parcialmente— a la controversia suscitada entre las partes, derivada —con carácter general— de una relación contractual previa. El logro de un arreglo pactado que satisfaga los intereses de las partes y evite la iniciación de un pleito o un arbitraje (o ponga fin al ya entablado) se perfila, por tanto, como el resultado deseable (3) de la mediación. Ese arreglo, al que la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (LA LEY 12142/2012) (en adelante LM) se refiere con la expresión *acuerdo de mediación*, constituye el objeto del presente comentario.

2. Al examinarse las ventajas de la mediación, suele decirse que el origen convencional de la solución que pone fin al conflicto incrementa la probabilidad de cumplimiento voluntario. Sin embargo, esa mayor *probabilidad* no permite —huelga decirlo— descartar la *posibilidad* de que los compromisos adquiridos por las partes no sean cumplidos voluntariamente y deba por ello instarse su cumplimiento forzoso. Llegados a ese punto, la efectividad de la mediación como mecanismo alternativo a la litigación y al arbitraje para la tutela de derechos e intereses dependerá del régimen de acceso del acreedor a la tutela ejecutiva de su crédito; en otras palabras, de la mayor o menor *ejecutividad* que —en comparación con una sentencia o un laudo— pueda predicarse del acuerdo resultante de una mediación. En consideración a lo anterior (4) , el art. 6.1 Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 (LA LEY 6958/2008), sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, dirige un mandato a los Estados miembros para que garanticen que el contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación pueda adquirir fuerza ejecutiva a solicitud de las partes (5) . No hace falta decir que el acuerdo alcanzado gozará de validez y efectividad aunque no tenga fuerza ejecutiva, tal y como veremos a continuación.

3. En cumplimiento del mandato anterior, la LM (LA LEY 12142/2012) reconoce a las partes la facultad de configurar el acuerdo de mediación como un título ejecutivo (del mismo «rango» que los conocidos como títulos ejecutivos judiciales y arbitrales, enunciados en los núms. 1.º, 2.º y 3.º del art. 517.2 LEC (LA LEY 58/2000)), mediante su elevación a escritura pública (o su homologación judicial, cuando el acuerdo se hubiese alcanzado en una mediación iniciada durante la pendencia de

un proceso judicial), de acuerdo con lo previsto en el art. 25 LM (LA LEY 12142/2012).

Advertencia. A pesar de que la LM (LA LEY 12142/2012) no lo prevé expresamente, no se aprecia inconveniente alguno en que el acuerdo de mediación pueda convertirse en título ejecutivo mediante la emisión de un laudo por acuerdo de las partes (*award by consent*, en la terminología anglosajona) en los casos en que la mediación se haya iniciado durante la pendency de un procedimiento arbitral, todo ello de acuerdo con lo previsto en el art. 36 de la Ley de Arbitraje (6) .

4. Ahora bien, las previsiones de la LM (LA LEY 12142/2012) sobre el acuerdo de mediación no se agotan con las normas que regulan su eventual configuración como título ejecutivo. Según explicaremos a continuación, la LM (LA LEY 12142/2012) disciplina los requisitos de validez del acuerdo de mediación, sin perjuicio de la aplicación del Derecho de los contratos en todo lo que no se encuentre expresamente previsto en la LM. Se puede decir por ello que la LM (LA LEY 12142/2012) —y, en particular, su art. 23— contiene el régimen jurídico de los acuerdos de mediación. A su estudio dedicaremos las siguientes páginas, no sin antes formular unas breves consideraciones acerca de la noción de acuerdo de mediación.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE ACUERDO DE MEDIACIÓN

5. La mediación se orienta, por definición, a la resolución de una disputa mediante un acuerdo que las partes —asistidas por un mediador— alcanzan libre y voluntariamente. Para que el proceso tenga éxito, las partes deben entender que tienen ante ellas un problema —un conflicto— y que a ambas atañe solucionarlo. Sólo desde esta óptica —totalmente contraria a la propia de un proceso adversarial— es posible afrontar con éxito una mediación (y a ello han de predisponer todas las técnicas y herramientas que de ordinario se utilizan en estos procesos). El acuerdo de mediación se asocia por ello, en un sentido amplio, con el resultado deseable o exitoso de la mediación (7) .

6. La LM (LA LEY 12142/2012) no proporciona una definición de acuerdo de mediación, si bien pone a nuestra disposición materiales útiles para aproximarnos al concepto de acuerdo de mediación que subyace a la norma. Así, el art. 1 LM (LA LEY 12142/2012), al definir la mediación como «medio de solución de controversias», caracteriza al «acuerdo» como fin propio de aquel medio (8) . Por su parte, el art. 23 LM (LA LEY 12142/2012) i) exige que el acuerdo de mediación verse «sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a mediación» (art. 23.1.I LM (LA LEY 12142/2012)) y especifique «las obligaciones que cada parte asume» (art. 23.1.II LM (LA LEY 12142/2012)); ii) impone al mediador el deber de «informar a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado» (art. 23.3.II LM (LA LEY 12142/2012)), y iii) dispone que «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 LM (LA LEY 12142/2012)). En conexión con lo anterior, la exposición de motivos de la LM (LA LEY 12142/2012) señala que su título IV, dedicado al procedimiento de mediación (y en el cual se encuentra ubicado el art. 23), «se limita a establecer aquellos requisitos imprescindibles para dar validez al acuerdo que las partes puedan alcanzar (...)».

7. Las disposiciones citadas anteriormente nos ponen sobre la pista de la naturaleza contractual del acuerdo de mediación y nos permiten inferir los siguientes rasgos definitorios de esa figura:

- a) Naturaleza contractual: el acuerdo de mediación es un contrato (9) , esto es, un negocio jurídico de carácter bilateral generador de obligaciones (10) .
- b) Presupuestos fundamentales: para que pueda hablarse de acuerdo de mediación es preciso, en primer lugar, que exista una controversia previa entre las partes, y, en segundo lugar, que éstas la resuelvan mediante la asunción de obligaciones recíprocas (recuérdese que en el acuerdo de mediación se han de hacer constar «las obligaciones que cada parte asume», según el art. 23.1.II LM (LA LEY 12142/2012)).

Advertencia. Formulados en los anteriores términos, los presupuestos del acuerdo de mediación

presentan una innegable semejanza con los del contrato de transacción, a saber: i) preexistencia de una controversia entre las partes, y ii) la necesidad de que las partes se hagan recíprocas concesiones para superarla (11) . El segundo de los requisitos de la transacción ha sido flexibilizado por la jurisprudencia hasta tal punto que puede equipararse a cualquier concesión (incluso las meramente morales o inmateriales) que permita que las partes superen una «situación de tensión preexistente» (12) .

c) Causa (13) transaccional: la finalidad perseguida por el acuerdo de mediación es análoga a la del contrato de transacción: solucionar una controversia mediante la autocomposición (14) de las partes —asistidas por un mediador (15) — y con exclusión, por tanto, de la decisión de un tercero —juez o árbitro— que se imponga a aquéllas.

Advertencia. El acuerdo de mediación carece de un contenido típico legalmente predeterminado. Por lo mismo, tampoco tiene, en rigor, una causa propia reconocida con carácter expreso por el legislador. En este sentido, la LM (LA LEY 12142/2012) señala en su E. de M. que «en la regulación del acuerdo de mediación radica el tercer eje de la mediación, que es la desjuridificación, consistente en no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio.» Sin embargo, el acuerdo de mediación guarda —también en atención a su función y finalidad— una incuestionable semejanza con el contrato de transacción, que tiene por causa «dirimir controversias, autocomponiéndolas los propios interesados, sin necesidad de que juzgue sobre ellas el órgano judicial» (16) . Esa semejanza resultará relevante a la hora de determinar la disciplina o régimen jurídico del acuerdo de mediación, según se explica a continuación.

8. En atención a lo expuesto, puede decirse —ya en un sentido más estricto— que el acuerdo de mediación es el contrato por el que las partes solucionan, de manera total o parcial, la controversia sometida a mediación y que, en consecuencia, les permite evitar un pleito (o arbitraje) o poner fin al ya iniciado. No habrá por tanto acuerdo de mediación mientras las partes no hayan manifestado su voluntad común de quedar vinculadas contractualmente (*i. e.* de quedar ligadas o «atadas» por un vínculo jurídico creador de obligaciones susceptibles de ser exigidas coactivamente). Tampoco habrá acuerdo de mediación si la relación jurídica que nace de aquél no tiene como finalidad resolver las cuestiones sometidas a mediación, en el sentido de evitar el inicio de un procedimiento judicial o arbitral —o poner fin al ya iniciado— respecto de aquellas cuestiones.

9. Así concebido, el acuerdo de mediación podrá asimilarse, por regla general, a una transacción (17) , con la especialidad de haberse formado y alcanzado a través del procedimiento de mediación regulado en la LM (LA LEY 12142/2012). En su condición de contrato de transacción, el acuerdo de mediación comparte la «estructura bifronte» (18) propia de aquél y, por tanto, está llamado a desplegar efectos en dos planos: obligacional y procesal (19) . Por lo que respecta al plano obligacional, el acuerdo de mediación es, al igual que la transacción, un contrato y, como tal, es fuente de obligaciones (art. 1089 CC (LA LEY 1/1889)) que tienen fuerza de Ley entre las partes (art. 1091 CC (LA LEY 1/1889)). Por lo que respecta al plano procesal, el acuerdo de mediación, al igual que la transacción, podrá hacerse valer en un eventual proceso judicial o arbitral que tuviera por objeto alguna de las cuestiones resueltas en el acuerdo de mediación (20) , mediante la formulación de la correspondiente excepción (*i. e.* excepción de transacción, también conocida como *exceptio pacti* o *exceptio litis per transactionem finitae*), análoga a la excepción de cosa juzgada material (art. 1816 CC (LA LEY 1/1889)) (21) . En otras palabras, aquella parte del acuerdo de mediación que —pretendiendo ignorarlo— intente exigir el cumplimiento de una obligación extinguida en virtud de aquél, verá frenada su pretensión con la excepción formulada sobre la base del acuerdo de mediación.

10. Por otra parte, y en su condición de acuerdo resultante del proceso de mediación reglamentado en la LM (LA LEY 12142/2012), el acuerdo de mediación es susceptible de ser configurado como un

título ejecutivo (art. 25 LM (LA LEY 12142/2012)), con el rango propio de los títulos ejecutivos judiciales y arbitrales (al ubicarse en los núms. 2.º y 3.º del art. 517.2 LEC (LA LEY 58/2000), según sea elevado a escritura pública ante notario u homologado por un Tribunal, respectivamente), tal y como se indicó anteriormente.

11. Esa particular configuración del acuerdo de mediación explica la diversidad de normas que concurren en su regulación: normas sustantivas y normas procesales. En primer lugar, sus *condiciones de eficacia* quedan sujetas al Derecho de los contratos —y, como regla general, según lo indicado, al régimen jurídico del contrato de transacción—, con la excepción de aquellos aspectos directamente regulados por la LM (LA LEY 12142/2012), como la forma del acuerdo de mediación (en cuyo caso la LM (LA LEY 12142/2012) (22) desplaza a la normativa contractual como *lex specialis*). En segundo lugar, y por lo que respecta a los *efectos* del acuerdo de mediación, será preciso distinguir entre sus efectos sustantivos, de una parte, y procesales (incluyendo su eventual fuerza ejecutiva), de otra. En relación con los primeros (efectos sustantivos), el esquema de fuentes puede considerarse análogo al propuesto para sus *condiciones de eficacia*, de manera que esos *efectos* estarán determinados por el régimen general de los contratos —y, normalmente, por el de la transacción— en todo aquello que no sea objeto de regulación expresa en la LM (LA LEY 12142/2012), de aplicación preferente como norma especial. Respecto de los segundos (*i. e.* efectos procesales, incluida la posible fuerza ejecutiva del acuerdo de mediación), deberá estarse a lo dispuesto en las normas procesales (*i. e.* la LEC y la LM (LA LEY 12142/2012), en cuanto contiene preceptos relativos al régimen de ejecutividad del acuerdo de mediación) y en el art. 1816 CC (LA LEY 1/1889), en la medida en que incluye previsiones sobre la eficacia procesal y ejecutiva de la transacción (23) (que resultan aplicables, según lo explicado, al acuerdo de mediación).

12. Expuestas las anteriores consideraciones acerca del concepto y naturaleza jurídica del acuerdo de mediación, pasamos a continuación a analizar su régimen jurídico y, en particular, las disposiciones contenidas en el art. 23 LM (LA LEY 12142/2012) que lo conforman, al ser este precepto el objeto principal de este comentario.

III. RÉGIMEN JURÍDICO DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN

13. Al encarar el análisis del régimen jurídico del acuerdo de mediación, conviene comenzar por definir con nitidez la finalidad de este estudio. Lo que ahora nos proponemos es determinar las condiciones que deben verificarse para que un acuerdo de mediación despliegue los efectos que le son propios, a saber: en primer lugar, ser fuente de obligaciones, imponiendo a las partes el deber de cumplir lo pactado y, en particular, de abstenerse de plantear la controversia así resuelta ante un Tribunal judicial o arbitral (eficacia obligacional); en segundo lugar, resolver de manera efectiva las cuestiones sometidas a mediación —en el sentido de evitar un posible pleito o arbitraje o poner fin al ya iniciado—, para lo cual resulta necesario que el acuerdo de mediación resulte oponible, mediante la correspondiente excepción, frente a la parte que pretendiera resucitar en sede judicial (o arbitral) cuestiones transigidas en virtud de aquél (eficacia procesal); y, en tercer lugar, gozar de eficacia ejecutiva, siempre que las partes ejerciten su facultad de configurarlo como título ejecutivo (eficacia ejecutiva).

14. Los aspectos del acuerdo de mediación directamente regulados por la LM (LA LEY 12142/2012) son, en esencia, los previstos en el art. 23 LM (LA LEY 12142/2012), a saber: i) forma del acuerdo; ii) régimen de documentación; iii) límites material y temporal, y iv) contenido preceptivo (24). El art. 23 LM (LA LEY 12142/2012) es por ello la norma general del sistema español sobre los acuerdos de mediación. Ahora bien, como quiera que algunas de las reglas contenidas en el art. 23 LM (LA LEY 12142/2012) no pueden ser debidamente comprendidas e interpretadas sin tener en cuenta determinadas previsiones de los arts. 22 (LA LEY 12142/2012) y 25 LM (LA LEY 12142/2012), éstos también integran, siquiera indirectamente, el régimen del jurídico del acuerdo de mediación

contenido en la LM (LA LEY 12142/2012). A continuación examinaremos las reglas fundamentales que conforman ese régimen jurídico.

Precisión terminológica. En el régimen jurídico del acuerdo de mediación de la LM (LA LEY 12142/2012) concurren requisitos de forma, que condicionan su validez, y exigencias de documentación, que condicionan su eventual configuración como título ejecutivo mediante elevación a público. Esa duplicidad de exigencias formales explica la doble acepción del concepto de acuerdo de mediación en la LM (LA LEY 12142/2012): por una parte, el acuerdo de mediación sirve para designar el contrato por el que las partes resuelven la controversia que constituye el objeto de la mediación (el «acuerdo de mediación-contrato»); por otra parte, la Ley habla de acuerdo de mediación para designar uno de los dos documentos (el otro es el acta final) en que aquel contrato ha de consignarse y que, en su caso, llevará aparejada fuerza ejecutiva mediante su elevación a escritura pública (el «acuerdo de mediación-documento») (25) . Ahora bien, la dualidad terminológica anterior no debe confundirnos. En rigor, existe un solo acuerdo de mediación como negocio jurídico: el «acuerdo de mediación-contrato». Al analizar su régimen jurídico y, en particular, las exigencias previstas en el art. 23 LM (LA LEY 12142/2012), nos referiremos a él simplemente como acuerdo de mediación, y sólo cuando el riesgo de confusión lo aconseje formularemos la oportuna distinción entre «acuerdo de mediación-contrato» y «acuerdo de mediación-documento».

1. La forma del acuerdo de mediación

A) Eficacia constitutiva de la forma escrita

15. El acuerdo de mediación debe constar por escrito. Este requisito de forma no tiene en la LM (LA LEY 12142/2012) un alcance meramente probatorio, sino que constituye una auténtica condición de validez del acuerdo de mediación (26) . El valor constitutivo de la documentación supone que sólo habrá acuerdo de mediación cuando las partes hayan manifestado su consentimiento mediante la firma de un documento que refleje lo acordado. En otras palabras, no existirá acuerdo de mediación hasta que ese consentimiento haya quedado exteriorizado precisamente de esa manera.

16. No cabe por tanto admitir la validez de un acuerdo verbal de mediación (27) . Mientras el acuerdo de voluntades no haya quedado documentado, nos encontraremos todavía con un acuerdo de mediación *in itinere*, en formación, pero no concluido (28) . Sólo cuando el documento haya sido firmado puede decirse que el contrato se ha perfeccionado y existe jurídicamente. El acuerdo de mediación debe ser considerado, por ello, como un contrato formal (29) .

17. La voluntad del legislador de configurar el acuerdo de mediación como un contrato formal —con la creación de la consiguiente excepción al principio espiritualista o de libertad de forma que rige en Derecho español (30) — se desprende del tenor de la LM (LA LEY 12142/2012) y, en particular, de las siguientes exigencias legales de orden formal: la i) consignación del acuerdo de mediación en el acta final, que ha de ser firmada por las partes (art. 22.3 LM (LA LEY 12142/2012)); la ii) firma del acuerdo de mediación por las partes o sus representantes (art. 23.2 LM (LA LEY 12142/2012)); y la iii) entrega del acuerdo de mediación a las partes y al mediador, junto con el deber de éste de informar a las partes del *carácter vinculante* del acuerdo de mediación y de la facultad que les asiste de conferirle fuerza ejecutiva mediante su elevación a escritura pública (art. 23.3 LM (LA LEY 12142/2012)). Si se tiene en cuenta, además, que tales preceptos tienen por objeto, según la exposición de motivos de la LM (LA LEY 12142/2012), «establecer aquellos requisitos imprescindibles para dar validez al acuerdo que las partes puedan alcanzar», resulta claro que la Ley impone la forma escrita como presupuesto de validez del acuerdo de mediación (forma legal o imperativa) (31) .

18. La forma legal se compadece bien con la exigencia de documentación de los principales hitos (*i. e.* acta constitutiva y acta final) del procedimiento de mediación contemplado en la LM (LA LEY 12142/2012). En este sentido, bien puede entenderse que, con la sumisión expresa o tácita a la LM (LA LEY 12142/2012), las partes convienen que el acuerdo de mediación sólo quedará perfeccionado

con la firma del documento en que se haga constar (forma convencional). Por lo demás, la forma escrita —y las ventajas que conlleva en términos de certidumbre, facilidad probatoria y seguridad jurídica— parece especialmente apropiada para el acuerdo de mediación como negocio por el que las partes ponen fin a una controversia y se comprometen a no «exhumar pactos o cláusulas, vicios o defectos, posiciones o circunstancias afectantes a las relaciones jurídicas cuya colisión o incertidumbre generó el pacto transaccional» (SSTS 26 de abril de 1963, 14 de diciembre de 1988, 20 de abril y 30 de octubre de 1989, 4 de abril de 1991 y 6 de noviembre de 1993).

B) Forma vs. formación del acuerdo de mediación

19. Según lo expuesto, la forma escrita es el vehículo de expresión de la voluntad contractual requerido para que el acuerdo de mediación sea válido. Resulta por ello preciso que el documento que las partes otorgan y firman para celebrar un acuerdo de mediación tenga por objeto la creación de un vínculo obligatorio y refleje, en consecuencia, la voluntad concorde de las partes de quedar vinculadas contractualmente.

Desarrollo. Aunque el tema de la formación del contrato rebasa con creces el propósito de este estudio, nos parece conveniente dejar apuntadas algunas ideas que pueden resultar de utilidad para la recta comprensión de la noción de acuerdo de mediación.

En primer lugar, no existirá acuerdo de mediación cuando lo que firmen las partes al término de la mediación no sea más que un mero *acuerdo de intenciones* (32), que reglamente una continuación de su negociación sin poner fin al posible litigio o arbitraje (o al ya iniciado). En esos casos no existirá acuerdo de mediación por la sencilla razón de que las partes no tienen obligación de celebrar el contrato que se proponen seguir negociando para poner fin a su controversia, y pueden por tanto desvincularse de la negociación cuando lo estimen conveniente (naturalmente, conforme a la buena fe, pues en caso contrario habrán de indemnizar el interés contractual negativo, aunque ello no les impedirá desvincularse).

También puede suceder que las partes alcancen en la mediación acuerdos sobre determinadas cuestiones y —previa documentación y firma de esos acuerdos— decidan seguir negociando sobre las demás, ya sin la intervención del mediador. En esos supuestos (que DÍEZ- PICAZO sitúa bajo la rúbrica de *acuerdos con términos abiertos*) (33), podrá entenderse que existe acuerdo de mediación sobre las cuestiones transadas por las partes, a menos, claro está, que las partes no tuvieran intención de quedar vinculadas mientras las restantes cuestiones pendientes no hubieran quedado cerradas (o cuando el pacto alcanzado se refiera a los extremos accesorios de un negocio, quedando pendientes de acuerdo sus elementos esenciales).

Un supuesto diferente al examinado anteriormente se presenta cuando las partes concluyen la mediación con un acuerdo que consignan por escrito en el acta final, si bien convienen que el acuerdo de mediación sólo podrá considerarse celebrado mediante la posterior firma de un documento ad hoc independiente del acta final (mediante la utilización de expresiones como *subject to contract* u otras parecidas, o por medio de alusiones a un documento final) (34). En tal caso, el acta final no podrá tener la consideración de acuerdo de mediación. Cuando las partes condicionan su voluntad de quedar vinculadas a la firma de un contrato ulterior, lo recogido en el acta final sólo tendrá el valor de tratos preliminares, pues el acuerdo proyectado no podrá tenerse por perfeccionado mientras las partes no firmen el documento definitivo que aquéllas pactaron expresamente otorgar. En esos casos, la mediación habrá concluido —a pesar de las apariencias— sin acuerdo, pues las partes no han quedado vinculadas por la firma del acta final. En cuanto al contrato que las partes puedan firmar con posterioridad, su calificación como acuerdo de mediación debe considerarse cuando menos dudosa, pues en puridad la voluntad contractual se habrá formado una vez concluida la mediación y, por tanto, extramuros de ésta (lo que contraviene el límite temporal a que los acuerdos de mediación están sujetos en virtud de lo previsto en el art. 23.1.I LM (LA LEY

12142/2012). Tal y como se explicará más adelante con el debido pormenor, el referido límite temporal supone que la calificación de acuerdo de mediación queda reservada a los convenios alcanzados dentro del procedimiento de mediación y reflejados como tales en el acta final, que pone fin al procedimiento).

Por último, no debe descartarse que el documento firmado por las partes como resultado de la mediación merezca la calificación de precontrato o promesa de contrato. Así sucederá siempre que las partes hayan manifestado su voluntad de quedar vinculadas contractualmente, si bien dejando para un momento posterior la puesta en vigor del contrato proyectado, que se producirá a instancias de cualquiera de ellas. La pregunta relevante en esos casos no será tanto si la mediación ha concluido con acuerdo —pues el precontrato es ya en sí mismo un contrato— sino si ese acuerdo puede calificarse como acuerdo de mediación. En nuestra opinión, la respuesta será afirmativa siempre que las partes puedan exigirse forzosamente el cumplimiento de lo pactado, para lo cual será preciso tener en cuenta, entre otros extremos, la regla del art. 708 LEC (LA LEY 58/2000), que exige examinar si los elementos esenciales del contrato proyectado quedaron o no predeterminados por las partes.

C) Admisibilidad del pacto en contrario a la forma escrita

20. Por último, resta por abordar la cuestión de la naturaleza imperativa o dispositiva de la exigencia de la forma escrita del acuerdo de mediación. En principio, no se aprecian inconvenientes (más allá de los relativos a la certidumbre, seguridad jurídica y valor probatorio) a que las partes puedan derogar convencionalmente la forma *ad solemnitatem* (ya sea mediante un pacto *ad hoc*, ya sea a través del sometimiento a un reglamento de mediación que permita tener por excluida la exigencia de forma escrita). En este sentido, la derogación del régimen legal de la forma del acuerdo de mediación parece insuficiente para contravenir los límites a la exclusión voluntaria de la Ley aplicable prescritos en el art. 6.2 CC (LA LEY 1/1889) (interés y orden público y perjuicio a terceros), máxime cuando uno de los principios informadores de la LM (LA LEY 12142/2012) es, precisamente, el de «voluntariedad y libre disposición» (art. 6 LM (LA LEY 12142/2012)).

21. De acuerdo con lo anterior, las partes están facultadas para excluir de mutuo acuerdo la exigencia de forma escrita del acuerdo de mediación (por más que esto no pueda parecer aconsejable). En tal caso, existirá acuerdo de mediación —y, por tanto, las partes quedarán vinculadas— desde que el consentimiento haya quedado manifestado, sin necesidad de documentar en modo alguno las declaraciones de voluntad de las partes. La falta de forma escrita no comprometerá la perfección y validez del acuerdo alcanzado, debiendo entenderse aplicable el art. 1279 CC (LA LEY 1/1889) y la jurisprudencia que lo ha interpretado, que DÍEZ-PICAZO (35) sintetiza en las siguientes reglas: i) antes de la documentación de lo acordado existe ya contrato; ii) las partes están obligadas a documentar su acuerdo y cada una de ellas puede exigir a la otra la suscripción del documento; iii) la posibilidad anterior constituye una facultad y, por ello, las partes no podrán ampararse en la falta de documentación para enervar una acción dirigida a exigir el cumplimiento del contrato, y iv) la acción dirigida a reclamar la documentación del contrato puede ejercitarse simultáneamente con la enderezada a pedir su cumplimiento.

22. Lógicamente, el pacto por el que las partes derogan la exigencia de forma escrita del acuerdo de mediación no será oponible en sede de configuración del acuerdo de mediación como título ejecutivo, ya que el art. 25.1.II LM (LA LEY 12142/2012) exige la presentación al notario del acuerdo de mediación acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva (36) y final de la mediación (37). En consecuencia, la forma escrita debe considerarse como un requisito inderogable para dotar de fuerza ejecutiva al acuerdo de mediación.

2. Documentación y ejemplares

23. El acuerdo de mediación debe quedar documentado en el acta final (art. 22.3 LM (LA LEY

12142/2012)) y en el «acuerdo de mediación-documento» (art. 23.2 LM (LA LEY 12142/2012)). De uno y otro documento se entregará un ejemplar a cada una de las partes, reservándose otro el mediador para su conservación.

Advertencia. Conviene aclarar desde este momento que el art. 23 LM (LA LEY 12142/2012) no exige la intervención del mediador en la redacción del acuerdo de mediación (aunque nada impide que esa intervención tenga lugar) ni que éste sea firmado por aquél. Tampoco se impone a las partes que documenten el acuerdo alcanzado de manera simultánea con la firma del acta final, por lo que ese acto de documentación podrá diferirse para un momento posterior (lo que no parece a priori aconsejable, según explicaremos a continuación).

24. A diferencia de la forma escrita, las exigencias legales de documentación del acuerdo de mediación no constituyen un presupuesto de validez, ya que únicamente condicionan la posibilidad de configurar el acuerdo de mediación como título ejecutivo mediante su elevación a público. Así se desprende del art. 25.1.II LM (LA LEY 12142/2012), según el cual el acuerdo de mediación (léase el «acuerdo de mediación-documento») ha de presentarse al notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final.

25. Como quiera que el acuerdo de mediación es un contrato formal y, por tanto, no queda perfeccionado mientras no conste por escrito, será preciso que al menos uno de los dos documentos (bien el acta final, bien el documento *ad hoc*) haya sido firmado por las partes para que exista (*rectius*, para que pueda existir, pues la forma escrita no es el único requisito de validez) acuerdo de mediación.

26. Así, el acta final servirá para llenar la forma escrita preceptiva, siempre que aquélla haya sido firmada por las partes. Como es sabido, el art. 22.3 LM (LA LEY 12142/2012) exige que el acta final refleje, cuando la mediación concluya mediante acuerdo, el contenido de éste de forma clara y comprensible, así como que aquélla sea firmada por todas las partes. Cumplidas ambas exigencias, el requisito de la forma escrita deberá entenderse satisfecho. De ahí que, como regla general, el acuerdo de mediación quedará perfeccionado y adquirirá plena validez y eficacia jurídica con la firma del acta final por las partes (no siendo necesario por tanto suscribir con posterioridad un «acuerdo de mediación-documento» para considerar válidamente celebrado el acuerdo de mediación).

Desarrollo. En la práctica, no será infrecuente que el acta final refleje los términos fundamentales del acuerdo alcanzado por las partes en el procedimiento de mediación y las obligaciones de cada una, y que las partes difieran para un momento ulterior la suscripción de un documento en el que recojan con el debido pormenor los términos de su acuerdo. En ese supuesto, el acta final permitirá tener por cumplida la exigencia de la forma escrita del acuerdo de mediación, siempre que, claro está, haya sido firmada por las partes. Es más, como se ha dicho, en la medida en que el acta final recoja todos los requisitos del acuerdo de mediación, tendrá la consideración de un verdadero acuerdo de mediación (en tal caso, una parte morosa no podrá obviar el cumplimiento de sus obligaciones alegando que hay acta final, pero no acuerdo de mediación). El posterior otorgamiento y firma de un «acuerdo de mediación-documento» independiente del acta final no será, en consecuencia, más que un acto de documentación del acuerdo de mediación (previamente perfeccionado mediante la suscripción del acta final), con el que las partes presumiblemente pretenderán dar cumplimiento a la exigencia de documentación (no de forma) establecidas en los arts. 22.3 y 23.2 de la Ley.

27. También podría suceder —aunque a priori se antoja menos probable— que el acuerdo alcanzado se documente y suscriba por las partes (adquiriendo con ello existencia y validez) con anterioridad a la emisión del acta final. En ese caso, con la firma por las partes del «acuerdo de mediación-documento» (que en este caso reunirá asimismo la condición de «acuerdo de mediación-contrato») el negocio quedará perfeccionado y surtirá plenos efectos (siempre, lógicamente, que cumpla con el

resto de exigencias legales). El acta final podrá limitarse entonces a hacer constar que la mediación ha concluido con un acuerdo entre las partes en los términos del «acuerdo de mediación-documento» firmado con anterioridad, incorporándolo por referencia.

28. Lógicamente, el otorgamiento del acta final y la firma del «acuerdo de mediación-documento» podrá tener lugar —huelga decirlo— de manera simultánea, en unidad de acto.

Advertencia. La formalización simultánea del acta final y del «acuerdo de mediación-documento» (que la complejidad del acuerdo hará inviable en ocasiones) parece la fórmula más efectiva para evitar los problemas que la dualidad documental prevista en la Ley puede plantear en supuestos de otorgamiento sucesivo. Pensemos, por ejemplo, en el caso de que el «acuerdo de mediación-documento» que las partes firman semanas después de la suscripción del acta final incluya, junto con los acuerdos consignados en aquélla, pactos sobre cuestiones accesorias (*i. e.* cláusula sobre régimen de notificaciones) o que son mero desarrollo de lo convenido por las partes en el acta final. En ese escenario no parece razonable excluir del perímetro objetivo del acuerdo de mediación tales pactos, a pesar de que en rigor serán el producto de una nueva declaración de voluntad de las partes, posterior a la terminación de la mediación. La solución, sin embargo, no podrá ser la misma cuando el «acuerdo de mediación-documento» firmado tras la suscripción del acta final incluya, además de los acuerdos allí recogidos, pactos adicionales sobre cuestiones no cubiertas por el acta final. En nuestra opinión, tales convenciones deben considerarse ajenas al acuerdo de mediación, con independencia de que puedan recaer sobre cuestiones sometidas a mediación y discutidas en el seno del procedimiento, pues vulneran el límite temporal establecido en el art. 23.1.I LM (LA LEY 12142/2012), que analizaremos más adelante. Debe tenerse en cuenta, además, que la inclusión de tales pactos podrá plantear dificultades al momento de instar la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, debido al alcance del control de legalidad positivo que el art. 25.2 LM (LA LEY 12142/2012) impone al notario (que sólo podrá considerar dentro del ámbito de la mediación lo que quedó reflejado en la correspondiente acta final).

3. Contenido preceptivo del acuerdo de mediación

29. Los requisitos del acuerdo de mediación no se agotan con la forma escrita ni con el régimen de documentación, pues la LM (LA LEY 12142/2012) impone un contenido legal mínimo. En concreto, el art. 23.1.II LM (LA LEY 12142/2012) exige que en el acuerdo de mediación se hagan constar los siguientes extremos: i) identidad y domicilio de las partes (38) ; ii) lugar y fecha de suscripción; iii) obligaciones que cada parte asume; iv) indicación de que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las disposiciones de la LM (LA LEY 12142/2012), y v) identificación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación. Las menciones anteriores integran, por tanto, el contenido preceptivo del acuerdo de mediación.

30. En atención a la finalidad de este estudio, resulta obligado analizar en primer lugar si el contenido legal mínimo del acuerdo de mediación constituye un auténtico requisito de validez o si simplemente condiciona su eventual configuración como título ejecutivo mediante su elevación a público. En otras palabras —y retomando la distinción terminológica anteriormente empleada—, debemos preguntarnos si las menciones preceptivas del art. 23.1.II LM (LA LEY 12142/2012) se predicen tanto del «acuerdo de mediación-contrato» como del «acuerdo de mediación-documento», o únicamente del segundo.

31. En nuestra opinión, el contenido legal mínimo es un presupuesto de validez del acuerdo de mediación (si bien, como es evidente, si las partes han renunciado a la forma escrita —lo que es posible, pero no aconsejable— estas necesarias menciones no se encontrarán documentadas). Esa solución resulta además la que mejor sirve a los objetivos de certidumbre y seguridad jurídica —que, como consecuencia de su naturaleza transaccional, se predicen del acuerdo de mediación con particular intensidad—, sin que pueda decirse que imponen una carga excesiva a las partes, visto el

alcance limitado de las menciones preceptivas exigidas por la Ley.

32. Ahora bien, de lo anterior no puede inferirse la conclusión de que cualquier defecto de contenido, por nimio que parezca, determine la invalidez del acuerdo de mediación por vulneración de su contenido mínimo legal. Parece claro que no puede ser así. La parte que pretenda hacer valer la ineficacia del acuerdo sobre la base de una irregularidad formal de entidad ínfima estará actuando con abuso de derecho. En efecto, no parece aceptable que la falta de indicación del domicilio de alguna de las partes pueda determinar la invalidez del acuerdo de mediación, pues no sería conforme con las exigencias de la buena fe que una parte opusiera la ineficacia del acuerdo de mediación con base en un defecto menor y subsanable en esencia. Será preciso por ello efectuar un ejercicio de ponderación caso por caso, valorando la importancia específica que deba atribuirse a la irregularidad considerada en cada supuesto concreto. En todo caso, los defectos relativos al contenido mínimo legal del acuerdo de mediación deberán quedar subsanados como presupuesto ineludible para que las partes puedan conferir a su acuerdo eficacia ejecutiva mediante su elevación a escritura pública.

33. Por último, conviene aclarar que las menciones preceptivas del art. 23.1.II LM (LA LEY 12142/2012) deben entenderse como contenido mínimo. Por ello, aunque la Ley no lo prevea expresamente, el acuerdo de mediación podrá incluir otras disposiciones que son habituales en el tráfico civil y mercantil, tales como cláusulas de confidencialidad, derecho aplicable, resolución de disputas o elevación a público. En relación con esta última, nada impide que las partes se reserven, bien ambas o bien una sola de ellas, la facultad de exigir en un momento posterior la elevación a público del acuerdo de mediación, pudiendo otorgarse al efecto el correspondiente poder irrevocable.

Desarrollo. *Cláusula de resolución de disputas.* Un aspecto relevante a la hora de definir el régimen de resolución de disputas del acuerdo de mediación es su compatibilidad con el del contrato del que deriva el conflicto sometido a mediación, a fin de evitar los problemas que los foros «descoordinados» pueden traer aparejados. Pensemos, por ejemplo, en el caso de que una de las partes del acuerdo de mediación inicia —ignorando lo convenido— un arbitraje (según lo previsto en el contrato del que deriva el conflicto) en relación con cuestiones transadas en virtud del acuerdo de mediación. En ese caso, si el acuerdo de mediación contiene un convenio arbitral compatible con el del contrato litigioso, la parte demandada podrá hacer valer en el procedimiento arbitral lo pactado en el acuerdo de mediación para repeler la demanda y, asimismo, ejercitar, mediante la oportuna demanda reconvenzional, las acciones que considere oportunas bajo el acuerdo de mediación, ya sea para exigir su cumplimiento o para instar su resolución. La situación presentará perfiles más complejos si el convenio arbitral del contrato original y el contenido en el acuerdo de mediación no son compatibles.

4. Límites material y temporal

34. Según el art. 23.1.I LM (LA LEY 12142/2012), el acuerdo de mediación puede versar sobre todas o parte de las cuestiones sometidas a mediación, con lo que la Ley reconoce expresamente la validez de los posibles acuerdos parciales.

35. El alcance de la norma no se agota, sin embargo, con la previsión anterior. Interpretada *a contrario sensu*, se descubre que el art. 23.1.I LM (LA LEY 12142/2012) encierra un límite al que el acuerdo de mediación queda sujeto, en una doble vertiente, material y temporal, según se indica a continuación:

- a) Por una parte, el límite material excluye la posibilidad de que cuestiones no sometidas al procedimiento de mediación puedan ser objeto del acuerdo de mediación. En aplicación de este límite, deberán considerarse extraños al acuerdo de mediación los pactos que las partes puedan alcanzar sobre materias que queden fuera del alcance de la controversia sometida a mediación.
- b) Por otra parte, el límite temporal impide que los pactos alcanzados entre las partes con

posterioridad a la terminación del proceso de mediación puedan ser calificados como acuerdos de mediación. De esta manera, esa calificación queda estrictamente reservada a los acuerdos alcanzados dentro del procedimiento de mediación y reflejados como tales en el acta final. Tras la emisión del acta final, la mediación concluye («el acta final determinará la conclusión del procedimiento» dice el art. 22.3 LM (LA LEY 12142/2012)) (39) y las materias que integraron su objeto dejan de estar sujetas a mediación, por lo que los acuerdos que las partes puedan celebrar ulteriormente respecto de aquéllas no versarán ya sobre «materias sometidas a la mediación» y no podrán considerarse por tanto como parte de un acuerdo de mediación.

36. Ha de advertirse, en atención a lo expuesto anteriormente, que ambos límites comparten una *ratio* común: reservar la calificación de acuerdo de mediación a aquellos convenios que las partes alcancen en relación con las cuestiones sometidas a mediación y en el seno de ésta. Los convenios o acuerdos alcanzados fuera de esos límites no merecerán la consideración de acuerdo de mediación.

37. La distinta naturaleza —material y temporal— de los límites considerados explica los diferentes juicios que en cada caso resultan pertinentes para controlar su cumplimiento. En el caso del límite material, será preciso llevar a cabo un *juicio de contraste* entre lo acordado y lo sometido a mediación, análogo al requerido para determinar la existencia del vicio de incongruencia en el laudo (40) . En este sentido, debe tenerse en cuenta que el acuerdo de sumisión a mediación se referirá, en la mayor parte de los casos, a las controversias potenciales que puedan surgir de una determinada relación jurídica. Sólo después, tras el inicio del procedimiento de mediación, podrán quedar delimitadas objetivamente las cuestiones que constituyen su objeto. De ahí la importancia de que las partes fijen con nitidez el ámbito objetivo de la controversia en el acta de la sesión constitutiva y el acierto del legislador al exigirles que hagan constar en aquélla «el objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación» [art. 19.1 c) LM] (LA LEY 12142/2012). En cualquier caso, nada impide que las partes puedan ampliar progresivamente el alcance objetivo del procedimiento de mediación mediante la incorporación de cuestiones adicionales (claro está, siempre con anterioridad al otorgamiento del acta final). Por lo demás, parece que la determinación de la correspondencia entre lo sometido a mediación y lo acordado deberá llevarse a cabo con razonable flexibilidad, tal y como sucede en el ámbito del arbitraje, según jurisprudencia conteste (41) . Por lo que respecta al límite temporal, bastará por regla general con atender a la fecha del acta final para determinar si el acuerdo fue alcanzado dentro del procedimiento de mediación o una vez concluido éste. La aplicación de este *test* resultará particularmente relevante en los casos en que las partes suscriban un contrato con posterioridad a la firma del acta final, según lo explicado con anterioridad al examinar las cuestiones que pueden plantearse en los casos de otorgamiento sucesivo del acta final y del «acuerdo de mediación-documento» (42) .

IV. EFECTOS DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN

38. Tal y como se ha indicado anteriormente, el acuerdo de mediación está llamado a desplegar efectos en tres órdenes o planos diferentes: obligacional, procesal y ejecutivo. La LM (LA LEY 12142/2012) no dedica —más allá de una referencia indirecta al carácter vinculante del acuerdo de mediación en su art. 23.3.II— ningún precepto a la eficacia obligacional y procesal del acuerdo de mediación, por lo que tales cuestiones quedan sujetas al régimen general del Derecho de los contratos y, en particular, al de la transacción. Por su parte, la posible eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación sí es objeto de atención en la LM (LA LEY 12142/2012), que regula en su art. 25 la formalización del acuerdo de mediación como título ejecutivo e introduce, por medio de su disp. final 3.ª (LA LEY 12142/2012), las oportunas modificaciones en la LEC. A continuación, nos referimos brevemente a cada uno de esos tres efectos.

1. Eficacia obligacional

39. El acuerdo de mediación es un contrato y, como tal, es fuente de obligaciones que tienen fuerza de ley entre las partes (art. 1091 CC (LA LEY 1/1889)). La fuerza vinculante de la transacción es mencionada en el art. 23.3.II LM (LA LEY 12142/2012), que impone al mediador el deber de informar a las partes «del carácter vinculante del acuerdo alcanzado». Una vez perfeccionado, el acuerdo de mediación obligará a las partes a cumplir lo expresamente pactado, así como a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1258 CC (LA LEY 1/1889)). En cuanto a su alcance subjetivo, rige el principio de relatividad de los contratos, por lo que el acuerdo de mediación sólo vincula a las partes que lo hayan celebrado (43) . Asimismo, conviene añadir que en caso de incumplimiento será posible acudir a la vía judicial (o arbitral, según el caso) para solicitar el cumplimiento de lo convenido en el acuerdo de mediación o instar su resolución (art. 1124 CC (LA LEY 1/1889)) (44) .

40. Por su parte, la naturaleza transaccional del acuerdo de mediación determina la sujeción de sus efectos a lo dispuesto en el art. 1816 CC (LA LEY 1/1889) (45) , según el cual «la transacción tiene para las partes la autoridad de cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial.» Al examinar la equiparación de la transacción con la cosa juzgada con que la norma principia, GULLÓN advierte que «la composición de la controversia por la transacción impide que pueda ser llevada posteriormente al examen de un tercero (autoridad judicial o arbitraje) para que decida sobre ella» (46) .

41. De acuerdo con lo anterior, la transacción obliga a las partes a no volver a plantear la controversia objeto del acuerdo transaccional (47) . Esa obligación es plenamente congruente con la finalidad propia de la transacción de poner fin a un conflicto. En este sentido, la jurisprudencia ha señalado de manera continuada que la transacción extingue los derechos y acciones derivados de la relación jurídica controvertida e incierta, a la que pone término sustituyéndola por otra cierta y no controvertida que origina nuevos vínculos y obligaciones (SSTS 8 de julio de 2008 y 17 de julio de 2008). De ahí que se niegue a las partes la posibilidad de plantear cuestiones que afecten a las situaciones preexistentes a la transacción, que habrán perdido la protección jurídica al ser transigidas (SSTS de 20 de octubre de 2004 y 7 de julio de 2006). En definitiva, perfeccionada la transacción «no será lícito exhumar situaciones preexistentes afectantes a situaciones jurídicas cuya colisión e incertidumbre dieron lugar a la transacción, y habrán por ello de respetarse escrupulosamente las obligaciones fijadas en el pacto transaccional, que deberá entenderse e interpretarse sin mengua de la naturaleza contractual» (SSTS 26 de abril de 1963, 14 de diciembre de 1988, 20 de abril y 30 de octubre de 1989, 4 de abril de 1991 y 6 de noviembre de 1993).

42. Consecuencia de lo anterior, señala GULLÓN (48) , es el nacimiento de una excepción de transacción (la *exceptio litis per transactionem finitae*) (49) , oponible cuando alguna de las partes de la transacción intente plantear a la autoridad judicial o arbitral la controversia que aquélla resolvió. Se trata de una excepción paralela a la excepción de cosa juzgada material y sujeta por ello a los mismos límites subjetivos de aquélla (50) .

43. Lo expuesto hasta ahora tiene una traducción muy clara en el ámbito de la mediación: perfeccionado el acuerdo de mediación, las partes quedan obligadas a no plantear la diferencia resuelta por medio de aquél en vía judicial o arbitral. De incumplirse la obligación anterior por alguna de las partes, la contraparte podrá oponerle la correspondiente excepción de transacción (que será más apropiado designar como *excepción de mediación*).

44. Sentado lo anterior, debemos preguntarnos por el alcance de esa excepción, a fin de determinar si nos encontramos ante una excepción procesal, cuya estimación impedirá al Tribunal dictar una sentencia sobre el fondo del asunto, o ante una excepción material, que conducirá —en caso de ser estimada— a la desestimación de la demanda y a la absolución del demandado en cuanto al fondo (51) . En otras palabras, la cuestión planteada (a la que dedicaremos el próximo apartado) consiste en determinar si la que hemos denominado *excepción de mediación* puede oponerse con fuerza

equivalente a la que reviste la genuina excepción de cosa juzgada.

2. Eficacia procesal (52)

45. Dado que la LM (LA LEY 12142/2012) no contiene ninguna previsión sobre la excepción que nace del acuerdo de mediación, la determinación de su alcance deberá partir necesariamente del análisis del régimen jurídico de la transacción.

46. Se ha dicho con acierto que en Derecho español lo problemático no es admitir que la fuerza vinculante de la transacción puede hacerse valer por medio de una excepción, sino determinar ante qué tipo de excepción nos encontramos: procesal o material (53) . Con carácter general se entiende que la excepción de transacción tendrá naturaleza procesal cuando se funde en una transacción judicial —esto es, en una transacción homologada judicialmente— y material cuando lo que se pretenda hacer valer sea una transacción extrajudicial (54) . Como es sabido, la diferencia entre una y otra clase de excepciones no es baladí: las excepciones procesales tienen la virtualidad propia de un óbice procesal e impiden, caso de ser estimadas, la válida prosecución del procedimiento, que terminará mediante auto de sobreseimiento sin pronunciamiento sobre el fondo inmediatamente después de la audiencia previa (art. 421.1 LEC (LA LEY 58/2000)). La transacción judicial goza por tanto de virtualidad idéntica a la de la cosa juzgada material, al vincular al órgano jurisdiccional tanto en el aspecto negativo —ahora examinado— de impedir una nueva decisión sobre el fondo, como en el positivo de condicionar la decisión a lo convenido en la transacción. Por su parte, la naturaleza material de la transacción extrajudicial determina que ésta tendrá la consideración de un hecho nuevo cuya alegación por el demandado se endereza a que se dicte una sentencia absolutoria sobre el fondo, por lo que no impedirá que el proceso se tramite de forma íntegra. A la vista de lo anterior, parece claro que las diferencias en términos de economía procesal entre transacción judicial y extrajudicial son significativas.

Desarrollo. La anterior respuesta está condicionada en gran medida por la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia han dado a la equiparación de la transacción a la cosa juzgada prevista en el art. 1816 CC. (LA LEY 1/1889) GULLÓN (55) señala que la analogía de la transacción con la sentencia se limita al plano de la autocomposición de la controversia, pero carece de los efectos propios de la decisión judicial. Por ello admite, con cita de FENECH (56) , que el art. 1816 CC (LA LEY 1/1889) «no refleja una identidad conceptual con la cosa juzgada producida por la sentencia. La cosa juzgada de la transacción, que no puede hacerse valer, por ejemplo, por medio de la excepción de cosa juzgada en el proceso civil, ni tratarse por el procedimiento incidental, quiere decir que el juez viene obligado a tener en cuenta la decisión de las partes y a no contradecirla, aunque la crea injusta; pero esta cosa juzgada no impide que el juez valore la validez del propio contrato de transacción, y que estime su falta de causa, que ha sido otorgado con dolo, etc., o sea, que el juez puede revisar el juicio lógico o el acto mismo que ha cuajado en una transacción. En cambio, un juez no puede revisar el proceso que ha culminado en una sentencia, de modo que la cosa juzgada se desprende de la sentencia y cubre la actividad anterior a ella. Sólo en este sentido puede hablarse propiamente de cosa juzgada, en cuanto la solución se independiza de la actividad anterior y tiene valor por sí misma.» (57) . La jurisprudencia, por su parte, ha refrendado el entendimiento anterior, al poner de manifiesto que la transacción vincula al órgano jurisdiccional del posterior proceso cuando concurren los mismos elementos subjetivos y objetivos de la cosa juzgada material, si bien no puede identificarse totalmente con los efectos de la cosa juzgada propia de las sentencias firmes (SSTS de 28 de septiembre de 1984, 10 de abril de 1985 y 14 de diciembre de 1988) y que la imposibilidad de replantear las cuestiones objeto de la transacción no supone que ésta sea invulnerable, ya que puede impugnarse su validez y eficacia, de manera que la transacción quede sin efecto y la situación jurídica anterior a ella reviva (STS 5 de abril de 2010).

47. La traslación directa del esquema anterior al ámbito del acuerdo de mediación supondría que sólo el acuerdo de mediación homologado judicialmente podría hacerse valer por medio de una excepción

procesal. En consecuencia, cualquier otro acuerdo de mediación— incluyendo aquél configurado como título ejecutivo mediante su elevación a público— sería únicamente oponible como excepción material, por lo que no impediría la tramitación completa del proceso hasta su finalización mediante sentencia sobre el fondo. Sin embargo, no parece que sea ésta la solución más respetuosa con la letra y el espíritu de la LM (LA LEY 12142/2012), al menos en lo que respecta a la eficacia procesal del acuerdo de mediación elevado a escritura pública. En efecto, el planteamiento anterior generaría una diferencia de tratamiento entre el acuerdo de mediación homologado judicialmente y el elevado a escritura pública que carece de justificación.

48. **Desarrollo.** En nuestra opinión, no existen razones que permitan privilegiar, en el sentido ahora indicado, a las partes de una mediación *intrajudicial* frente a aquéllas que recurren a la mediación como medio para tratar de evitar la vía judicial o arbitral. En particular, no apreciamos diferencias significativas en el control de legalidad que el notario y el juez han de llevar a cabo sobre el acuerdo de mediación en sede elevación a público y homologación, respectivamente, que permitan justificar un tratamiento procesal de la *excepción de mediación* tan diferente en uno y otro caso. La intensidad del control que en ambos supuestos ha de aplicarse es muy similar. Así, el notario debe i) verificar que el acuerdo de mediación cumple con los requisitos exigidos legalmente (control positivo), y ii) comprobar que su contenido no es contrario a Derecho (control negativo), según el art. 25 LM (LA LEY 12142/2012); el juez, por su parte, debe examinar únicamente la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes, de acuerdo con lo previsto en los arts. 19.1 (LA LEY 58/2000) y 2 (LA LEY 58/2000) y 415.1.IV LEC (LA LEY 58/2000). Por otra parte, resultaría poco razonable negarle a un acuerdo de mediación elevado a escritura pública (y, en cambio reconocérsela al acuerdo de mediación homologado judicialmente) la virtualidad necesaria para impedir la tramitación completa del procedimiento hasta su terminación mediante sentencia sobre el fondo cuando el compromiso de sometimiento a mediación puede ser opuesto mediante declinatoria para excluir la competencia de los tribunales (lo que eximiría al demandado incluso de la carga de contestar a la demanda) *ex art.* 10.2.III LM (LA LEY 12142/2012).

3. Eficacia ejecutiva

49. La fuerza ejecutiva no es un efecto automático del acuerdo de mediación, pues la LM (LA LEY 12142/2012) exige, para la configuración de aquél como título ejecutivo, bien su elevación a escritura pública (58) , bien el sometimiento del acuerdo de mediación al Juez para su homologación.

50. La facultad de que gozan las partes de dotar de ejecutividad al acuerdo resultante de una mediación como un título ejecutivo se articula sobre dos normas fundamentales, que examinamos sucintamente a continuación.

51. En primer lugar, el art. 517.2.2.º LEC (LA LEY 58/2000) (según quedó modificado por el apartado 15 de la disp. final 3.ª LM (LA LEY 12142/2012)), que incluye como título ejecutivo, junto a los laudos o resoluciones arbitrales, los acuerdos de mediación que hayan sido elevados a escritura pública conforme a la LM (LA LEY 12142/2012). Por su parte, los acuerdos de mediación homologados judicialmente llevan aparejada ejecución *ex art.* (LA LEY 58/2000) 517.2.3.º LEC.

Desarrollo. La equiparación de los acuerdos de mediación a las resoluciones arbitrales no es baladí, pues la distinción que la LEC traza entre títulos judiciales y parajudiciales, de un lado, y extrajudiciales, de otro, tiene consecuencias relevantes en sede de ejecución (59) . Así, entre otras diferencias, hemos de señalar que los títulos ejecutivos extrajudiciales sólo sirven de fundamento a una ejecución dineraria y, en concreto, por cantidad determinada o líquida que exceda de 300 euros, de acuerdo con lo previsto en el art. 520 LEC (LA LEY 58/2000) (60) . Por otra parte, las posibilidades de oposición a la ejecución son más limitadas cuando su fundamento es un título judicial (art. 556 LEC (LA LEY 58/2000)) que cuando aquélla se ha despachado con base en un título extrajudicial (art. 557 LEC (LA LEY 58/2000)) y, además, el previo requerimiento de pago será o no

necesario en función del carácter judicial o extrajudicial del título cuya ejecución se insta (art. 580 LEC (LA LEY 58/2000)) (61) .

52. En segundo lugar, el art. 25 LM (LA LEY 12142/2012), que establece el régimen de formalización del acuerdo de mediación como título ejecutivo, a través de dos vías: la i) elevación a escritura pública del acuerdo de mediación y su ii) homologación judicial (62) . Por lo que se refiere a la primera vía, el art. 25 exige que el acuerdo de mediación se presente acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento y que supere el control de legalidad que el notario debe efectuar, en un doble sentido: i) positivo, tendiente a verificar que el acuerdo de mediación cumple los requisitos exigidos legalmente, y ii) negativo, dirigido a comprobar que su contenido no es contrario a Derecho (63) . En relación con la segunda vía de atribución de eficacia ejecutiva al acuerdo de mediación (homologación judicial), el art. 25.4 se limita a reconocerla en el supuesto de que la mediación haya sido promovida tras el inicio de un proceso judicial, sin establecer requisito o exigencia adicional (como, por ejemplo, la aportación de copia de las actas de la sesión constitutiva y final que prescribe el art. 25.1.II LM (LA LEY 12142/2012)).

Desarrollo. El diferente tratamiento que la LM (LA LEY 12142/2012) dispensa a la formalización del acuerdo de mediación como título ejecutivo por una u otra vía invita a preguntarse por el alcance del control de legalidad que ha de efectuar el juez en sede de homologación del acuerdo de mediación. En particular, ¿debe entenderse, a pesar del silencio que la LM (LA LEY 12142/2012) guarda al respecto, que basta con que el juez lleve a cabo un control de legalidad de la misma intensidad que el que ha de efectuar al homologar una transacción judicial? Como es sabido, el Tribunal, al decidir sobre la homologación de la transacción judicial, deberá examinar únicamente la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes, de acuerdo con lo previsto en los arts. 19.1 (LA LEY 58/2000) y 2 y 415.1.IV LEC. (LA LEY 58/2000) No parece por tanto razonable que el acuerdo de mediación deba ser sometido a un control de mayor intensidad que el descrito (64) , máxime cuando resulta de un proceso en el que ha intervenido un mediador y, además, carece —al igual que la transacción judicial— de *vocación* de título ejecutivo (o, al menos, no comparte esa vocación en los mismo términos que el acuerdo de mediación que adquiere fuerza ejecutiva por la intervención de fedatario público) (65) . Nótese, asimismo, que a la demanda ejecutiva del acuerdo de mediación elevado a escritura pública ha de acompañarse, junto con éste, copia de las actas de las sesiones constitutivas y final del procedimiento, mientras que tal exigencia no se predica del acuerdo de mediación homologado judicialmente (art. 550.1.1.º.III LEC). La experiencia en otros ámbitos (como por ejemplo en el examen de la validez de los convenios arbitrales en sede de declinatoria) demuestra sin embargo que es muy probable que los tribunales no se resistan a la tentación de examinar —más allá de lo que la LM (LA LEY 12142/2012) a priori permite— la concurrencia de todos los requisitos legales para la validez del acuerdo de mediación.

V. INEFICACIA DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN

53. El art. 23 concluye con una previsión sobre el régimen de ineficacia del acuerdo de mediación, al establecer en su apartado 4 que «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 LM (LA LEY 12142/2012)).

54. A nuestro modo de ver, la cuestión central que la anterior previsión plantea consiste en determinar si con ella el legislador ha pretendido restringir o limitar de algún modo el régimen de ineficacia al que el acuerdo de mediación está sujeto como consecuencia de su naturaleza transaccional (y que viene determinado por el régimen general de ineficacia de los contratos, con las especialidades previstas en los arts. 1817 (LA LEY 1/1889) a 1819 CC (LA LEY 1/1889) para el contrato de transacción). La duda surge como consecuencia de la utilización, en el texto de la norma, del adverbio «sólo» junto con la expresión «acción de nulidad», a los que una interpretación

estrictamente literal podría atribuir la virtualidad de circunscribir el régimen de ineficacia del acuerdo de mediación a los supuestos de nulidad radical o absoluta (de manera que el acuerdo de mediación quedaría inmunizado frente a las irregularidades que pudieran determinar su anulabilidad y rescindibilidad). Si a lo anterior se une la inclinación natural del intérprete a recelar de las soluciones que no atribuyen un significado concreto a las normas jurídicas (66) —como ocurriría en el caso de que negásemos al art. 23.4 LM (LA LEY 12142/2012) toda trascendencia modificadora del régimen de ineficacia de la transacción— la cuestión apuntada adquiere la relevancia suficiente para ser considerada.

55. A pesar de que algún autor se ha mostrado partidario de reconocer —con base en el precepto examinado— eficacia invalidante únicamente a los vicios o defectos que pudieran determinar la nulidad radical del acuerdo de mediación (67), tendemos a pensar que el legislador no ha querido ir tan lejos. En nuestra opinión, el acuerdo de mediación podrá ser impugnado cualquiera que sea la irregularidad determinante de su ineficacia. Conviene advertir que la interpretación propuesta no precisa de fórmulas hermenéuticas sofisticadas que le sirvan de sostén, pues descansa directamente sobre la letra del precepto analizado, cuyo inciso final reconoce relevancia impugnatoria del acuerdo de mediación a «las causas que invalidan los contratos» (art. 23.4 LM (LA LEY 12142/2012) *in fine*), con independencia de que determinen su nulidad, anulabilidad o rescisión (68).

56. **Desarrollo.** A nuestro modo de ver, son muchas las razones que desaconsejan privar a las partes de un acuerdo de mediación de los remedios jurídicos que los regímenes de anulabilidad y rescisión contractual representan, tanto en supuestos de defectos de capacidad y vicios del consentimiento como en casos en los que el contrato da lugar a un resultado contrario a Derecho —fraude de acreedores o lesión (69)—, respectivamente. En este sentido, no parece razonable considerar a los acuerdos de mediación como contratos blindados frente a eventuales acciones de anulación o de rescisión por el mero hecho de ser el resultado de un proceso de mediación, pues sería tanto como atribuir a la intervención del mediador la cualidad extraordinaria de depurar el acuerdo de mediación de cualquier defecto o vicio determinante de su anulabilidad así como de cualquier consecuencia que pudiera llevar aparejada su rescisión.

57. En consecuencia, el acuerdo de mediación podrá ser impugnado por las causas determinantes de la invalidez de los contratos —con las particularidades que le resulten aplicables en cuanto que contrato de transacción, según lo previsto en los arts. 1817 (LA LEY 1/1889) a 1819 CC (LA LEY 1/1889)— en cualquiera de sus modalidades. Así, la invalidez comprende, en primer lugar, los supuestos de ausencia de alguno de los denominados requisitos esenciales de los contratos: consentimiento, objeto, causa y —en la medida en que se trata de un presupuesto de validez del acuerdo de mediación, por las razones anteriormente expuestas— forma. Asimismo, la invalidez cubre los casos de nulidad radical distintos de los anteriores, tales como el del acuerdo de mediación que versa sobre materia no disponible (art. 2.1 LM (LA LEY 12142/2012)) o que de cualquier otra manera contraviene los requisitos de validez establecidos en la LM (LA LEY 12142/2012), el que traspasa los límites de la autonomía privada (art. 1255 CC (LA LEY 1/1889)), el que está viciado de objeto ilícito, imposible o indeterminado (arts. 1271 (LA LEY 1/1889) a 1273 CC (LA LEY 1/1889)) o de causa ilícita (art. 1275 CC (LA LEY 1/1889)), o el que ha sido celebrado por representante sin poder (art. 1259 CC (LA LEY 1/1889)). Por otra parte, la invalidez también se extiende a los casos de anulabilidad, determinada por defectos de capacidad y vicios del consentimiento (arts. 1300 (LA LEY 1/1889) y 1301 CC (LA LEY 1/1889)) así como a los supuestos de rescindibilidad, cuando el acuerdo de mediación se haya celebrado en fraude de acreedores (art. 1291.3.º CC (LA LEY 1/1889)) o resulte perjudicial para la masa activa (art. 71 LC), entre otros.

(1) VIRGÓS SORIANO, M., GUAL GRAU, C., «La mediación como alternativa», Actualidad Jurídica Uría Menéndez, núm. 20, 2008, pág. 23.

- (2) Según el concepto de mediación que la propia LM (LA LEY 12142/2012) proporciona en su art. 1, «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». La anterior previsión es coherente con la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 (LA LEY 6958/2008), sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que en su art. 3.a) define la mediación como «Un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro».
- (3) VIRGÓS SORIANO, M., GUAL GRAU, C., «La mediación como alternativa», cit., pág. 28.
- (4) «La mediación no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial por el hecho de que el cumplimiento del acuerdo resultante de la mediación dependa de la buena voluntad de las partes. Por tanto, los Estados miembros deben asegurar que las partes en un acuerdo escrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva. Los Estados miembros solamente deben poder negarse a que un acuerdo tenga fuerza ejecutiva cuando su contenido sea contrario a su legislación, incluido su Derecho internacional privado, o cuando esta no disponga la fuerza ejecutiva del contenido del acuerdo específico. Así podría ocurrir cuando la obligación especificada en el acuerdo no tuviese fuerza ejecutiva por su propia índole» (Considerando 19 de la Directiva 2008/52/CE (LA LEY 6958/2008)).
- (5) «Los Estados miembros garantizarán que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación. El contenido de tal acuerdo se hará ejecutivo a menos que, en el caso de que se trate, bien el contenido de ese acuerdo sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud, bien la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo» (art. 6.1 de la Directiva 2008/52/CE (LA LEY 6958/2008)).
- (6) Vid. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones, Iurgium, Madrid, 2013, pág. 290.
- (7) FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., Avenencia..., cit., pág. 283, se refiere al acuerdo como la «meta de la mediación».
- (8) TAMAYO HAYA, S., «Art. 23», en GARCÍA VILLALUENGA, L., ROGEL VIDE, C. (dirs.), Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012 (LA LEY 12142/2012), Reus, Madrid, 2012, pág. 290: «En todo caso, la mediación no supone sino una posible vía para llegar a la transacción, que es el fin. Se configura pues la mediación como el medio o vehículo para alcanzar un resultado, la transacción, como resulta el proceso o el arbitraje el medio para lograr una sentencia o laudo».
- (9) FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., Avenencia..., cit., pág. 283.
- (10) Según la definición «tradicional y clásica» propuesta por DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, vol. I, Introducción. Teoría del Contrato, Civitas, Cizur Menor, 2007, pág. 133, se considera que el contrato es un acuerdo de voluntades de dos o más personas (duorum vel plurium consensus) dirigido a crear obligaciones entre ellas (ad constituendum obligationem).
- (11) GULLÓN BALLESTEROS, A., La Transacción, Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1964, pág. 43.
- (12) CARRASCO PERERA, A., «Art. 1809», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), Comentarios al Código Civil, Aranzadi, Elcano, 2001, pág. 2041: «El segundo rasgo definitorio de la transacción es su carácter bilateral y oneroso. Cada una de las partes ha de dar, prometer o retener alguna cosa a cambio de la concesión que hace la otra. Tienen que existir recíprocas concesiones (STS 27 noviembre 1987). Pero en este punto la jurisprudencia ha operado con enorme amplitud, hasta el punto de negar que sea exigible en términos reales que ambas partes se sacrifiquen, o admitiendo una concesión meramente moral o inmaterial, o incluso confundiendo la prestación en que consiste la causa con el simple ánimo de eliminar el riesgo o la molestia de un proceso judicial (SSTS 14 marzo 1955; 26 junio 1969; 30 octubre 1989; 6 noviembre 1993). Con la enorme amplitud con la que opera la jurisprudencia española, la transacción queda equiparada a todo contrato, del tipo que fuera, por el que se

culmina una «situación de tensión preexistente»».

- (13)** De acuerdo con DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., Fundamentos..., vol. I, cit., pág. 275, entendemos por causa el resultado que las partes quieren conseguir o el propósito práctico buscado con la celebración del contrato.
- (14)** Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, pág. 21: «la mediación es un método de solución de controversias jurídicas basado en la autocomposición, de tal forma que son las propias partes las que ponen fin al conflicto por vía del acuerdo».
- (15)** El mediador no aporta la solución de la controversia sino que elimina los obstáculos que dificultan que las propias partes alcancen por sí mismas esa solución, según han señalado con acierto VIRGÓS SORIANO, M., GUAL GRAU, C., «La mediación como alternativa», cit., pág. 25.
- (16)** GULLÓN BALLESTEROS, A., «Art. 1809», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P. (coord.), Comentario del Código Civil, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1769.
- (17)** Se muestran partidarios de calificar el acuerdo de mediación como transacción, entre otros, TAMAYO HAYA, S., «Art. 23», cit., págs. 286-287, SENÉS MOTILLA, C., «La eficacia del "compromiso de mediación" y de los "acuerdos de mediación"» (legaltoday.com; 11 de junio de 2012), VARA GONZÁLEZ, J. M., «Aspectos notariales de la Ley de Mediación. Referencia a la mediación familiar», Revista Jurídica del Notariado, núm. 82, 2012, pág. 456 y ANDRÉS CIURANA, B., «La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España», Actualidad Jurídica Uría Menéndez, núm. 12, 2005, pág. 65, quien señala que la culminación natural de toda mediación es el contrato de transacción.
- (18)** DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, vol. IV, Las particulares relaciones obligatorias, Civitas, Cizur Menor, 2010, págs. 706, 711 y 712.
- (19)** GULLÓN BALLESTEROS, A., «Art. 1809», cit., pág. 1774: «Transacción y sentencia. La primera afirmación que hace el artículo que se comenta es la que la transacción tiene para las partes autoridad de cosa juzgada. Por tanto, no se trata de una mera duplicación del art. 1091, se quiere decir algo más que es un contrato del que surge una ley privada. Se quiere darle una eficacia procesal, en cuanto es productor de una excepción, oponible a cualquiera de los transigentes que, vigente la transacción, pretenda llevar la cuestión que se discutió y zanjó al conocimiento de la autoridad judicial».
- (20)** DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., Fundamentos..., vol. IV, cit., pág. 712.
- (21)** GULLÓN BALLESTEROS, A., «Art. 1809», cit., pág. 1774: «Esa excepción es la exceptio rei per transactionem finitae, paralela a la excepción de cosa juzgada material, y sujeta por tanto a los mismos límites subjetivos que delimitan ésta (STS 28-XI-201984 y 10-IV-201985)».
- (22)** Recuérdese que la exposición de motivos de la LM (LA LEY 12142/2012) señala que su título IV, en el cual se ubica el art. 23, «se limita a establecer aquellos requisitos imprescindibles para dar validez al acuerdo que las partes puedan alcanzar».
- (23)** Vid. GULLÓN BALLESTEROS, A., «Art. 1809», cit., págs. 1774 y 1775.
- (24)** A pesar de que el art. 23 LM (LA LEY 12142/2012) dedica su apartado 4 al régimen de ineficacia del acuerdo de mediación, el contenido de éste no modifica el régimen de ineficacia al que el acuerdo de mediación está sujeto en su condición de contrato de transacción. En consecuencia, según explicaremos más adelante, el acuerdo de mediación podrá ser impugnado por las causas determinantes de la invalidez de los contratos, con las especialidades propias de la transacción previstas en los arts. 1817 (LA LEY 1/1889) a 1819 CC. (LA LEY 1/1889)
- (25)** VARA GONZÁLEZ, J.M., «Aspectos notariales de la Ley de Mediación. Referencia a la mediación familiar», cit., pág. 457: «La expresión "acuerdos de mediación" contenida en la configuración del título ejecutivo suscita la cuestión de más enjundia para el

futuro éxito social de la norma. Sustantivamente, el acuerdo de mediación corresponde, como hemos dicho, a la perfección de un contrato de transacción sobre el conflicto subyacente; [...]. Formalmente, el acuerdo de mediación es el documento recogido en el art. 23, que firman al menos las dos partes (a diferencia del decreto-ley, no necesariamente el mediador) tras haberse alcanzado el acuerdo en la sesión final del proceso».

- (26)** En este sentido, TAMAYO HAYA, S., «Art. 23», cit., pág. 297; en contra, BARONA VILAR, S., Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 445.
- (27)** No sería posible un acuerdo de mediación in voce, ni siquiera en el caso de que el acta final, firmada por el mediador y las partes, indique que la mediación ha concluido mediante un acuerdo verbal.
- (28)** DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., Fundamentos..., vol. I, cit., pág. 302.
- (29)** DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., Fundamentos..., vol. I, cit., pág. 290: «Denominamos contratos formales a todos aquellos en los cuales, bien por disposición de la ley o bien por voluntad de las partes, el contrato no alcanza plena validez y eficacia jurídica más que cuando las voluntad contractual ha sido expresada o manifestada a través de unas especiales solemnidades, modernamente sobre todo a través de la suscripción de un documento».
- (30)** LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «Art. 1278», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P. (coord.), Comentario..., t. II, cit., pág. 502.
- (31)** DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., Fundamentos..., vol. I, cit., pág. 296.
- (32)** DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., Fundamentos..., vol. I, cit., pág. 325, conceptúa los acuerdos de intenciones como aquéllos destinados a disciplinar la fase de negociaciones y a establecer los recíprocos derechos y deberes de las partes dentro de ella.
- (33)** DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., Fundamentos..., vol. I, cit., pág. 393.
- (34)** Sobre los supuestos de documentación constitutiva ex voluntate, vid. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., Fundamentos..., vol. I, cit., págs. 302-303.
- (35)** DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., Fundamentos..., vol. I, cit., pág. 303.
- (36)** Según el art. 19.2 LM (LA LEY 12142/2012), la sesión constitutiva debe documentarse en un acta firmada por las partes y el mediador en la que han de hacerse constar los extremos enumerados en el art. 19.1 LM (LA LEY 12142/2012), a saber: i) identificación de las partes; ii) designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación; iii) objeto del conflicto que se ha sometido a mediación; iv) programa de actuaciones y duración máxima, sin perjuicio de su eventual modificación; v) información sobre el coste de la mediación, con indicación de los honorarios del mediador y otros posibles gastos; vi) declaración de aceptación voluntaria de la mediación por las partes, y vii) lugar e idioma del procedimiento.
- (37)** De acuerdo con lo previsto en el art. 22.3 LM (LA LEY 12142/2012), el acta final —que ha de ir firmada por el mediador y las partes— determinará la conclusión del procedimiento y, en su caso, reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o su finalización por cualquier otra causa.
- (38)** En el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos, la identidad de las partes deberá acreditarse, en todo caso, en el momento de la firma del acuerdo de mediación por alguno de los medios previstos en el apartado 1 del art. 32 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre (LA LEY 21161/2013), por el que se desarrollan determinados aspectos de la LM (LA LEY 12142/2012), de acuerdo con lo previsto en el párrafo segundo del precepto anteriormente citado.
- (39)** FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., Avenencia..., cit., pág. 285.

- (40) Vid. CADARSO PALAU, J., «Art. 41», en GONZÁLEZ SORIA, J. (coord.), Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre (LA LEY 1961/2003), Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pág. 567.
- (41) En este sentido, CADARSO PALAU, J., «Art. 41», cit., pág. 567: «De manera constante, la jurisprudencia ha venido insistiendo en la flexibilidad con que ha de ser apreciada la correspondencia entre lo controvertido y lo que puede ser decidido por los árbitros. Como señaló la STS de 25 octubre 1982, las facultades de los árbitros "vienen determinadas por el thema decidendi establecido por la voluntad de las partes, estando ciertamente aquéllos sometidos al principio de congruencia, sin que puedan traspasar los límites del compromiso resolviendo cuestión no sometida a su decisión; pero eso no implica que estén obligados a interpretarlo tan restrictivamente que se coarte su misión decisoria de conflictos de forma extrajudicial, sino que la naturaleza y finalidad del arbitraje permita una mayor elasticidad en la interpretación de las estipulaciones que describen las cuestiones a decidir, las que deben apreciarse no aisladamente, sino atendiendo a aquella finalidad y a sus antecedentes, pudiendo reputarse comprendidas en el compromiso aquellas facetas de la cuestión a resolver íntimamente vinculadas a la misma y sin cuya aportación quedaría la controversia insuficientemente fallada; es decir, como declaró ya la sentencia de esta Sala de 24 de abril de 1953, el árbitro puede resolver cuestiones que sean consecuencia lógica y obligada de las que se han planteado; conclusiones derivadas de la naturaleza jurídica del compromiso arbitral que se hallan corroboradas por la interpretación que ha de darse al acuerdo contractual delimitador de aquellas cuestiones controvertidas y pendientes objeto de arbitraje, en cuya operación ha de tenerse en cuenta el espíritu y finalidad que haya presidido el negocio infiriéndolos de las circunstancias concurrentes y de la total conducta de los interesados, teniendo importancia muy relevante, como ya observó la sentencia de 14 de enero 1964, la conexión que el acto o negocio guarde con otros que le hayan servido de antecedente"».
- (42) Vid. supra 28.
- (43) FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., Avenencia..., cit., pág. 284.
- (44) Sobre la aplicabilidad de la facultad resolutoria del art. 1124 CC (LA LEY 1/1889) al acuerdo de transacción, vid. TAMAYO HAYA, S., El contrato de transacción, Civitas, Madrid, 2003, pág. 449, GULLÓN BALLESTEROS, A., La Transacción, cit., pág. 157 y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Art. 1809», cit., pág. 1775.
- (45) GULLÓN BALLESTEROS, A., cit., pág. 1774.
- (46) GULLÓN BALLESTEROS, A., La Transacción, cit., pág., 60.
- (47) TAMAYO HAYA, S., El contrato de transacción, cit., pág. 448 y ss.
- (48) GULLÓN BALLESTEROS, A., La Transacción, cit., pág. 139.
- (49) La jurisprudencia ha reconocido la posibilidad de oponer la excepción de transacción cuando alguna de las partes pretenda obtener un pronunciamiento judicial respecto de la controversia resuelta por transacción (SSTS de 26 de abril de 1963, 22 de enero de 1968, 25 de mayo de 1974, 28 de septiembre de 1984, 10 de abril de 1985, 14 de diciembre de 1988 y 5 de abril de 2010).
- (50) GULLÓN BALLESTEROS, A., «Art. 1809», cit., pág. 1774.
- (51) DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J., Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración, Ramón Areces, Madrid, 2000, pág. 264.
- (52) Sobre la atribución de eficacia procesal a la transacción, vid. GULLÓN BALLESTEROS, A., «Art. 1809», cit., pág. 1774 y TAMAYO HAYA, S., «Art. 1816», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dirs.), Código civil comentado, vol. IV, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pág. 1127. En contra, GUASP DELGADO, J., Derecho Procesal Civil, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, pág. 575.

- (53) PELÁEZ, F. J., *La Transacción. Su eficacia procesal*, Bosch, Barcelona, 1987, págs. 207 y 208.
- (54) Vid. TAMAYO HAYA, S., *El contrato de transacción...*, cit., p. 475 y VIOLA DEMESTRE, I., *El contrato de transacción en el Código Civil*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid 2003, págs. 389-390. No obstante, y a pesar de su carácter aislado, existen pronunciamientos judiciales que atribuyen eficacia procesal a la exceptio pacti basada en una transacción extrajudicial (STS de 22 de enero de 1968 y AAP Madrid de 9 de febrero de 2011).
- (55) GULLÓN BALLESTEROS, A., *La Transacción*, cit., págs. 139 y 140.
- (56) FENECH, M., «El arbitraje», en *Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona)*, núm. 3, pág. 182.
- (57) En el mismo sentido, TAMAYO HAYA, S., «Art. 1816», cit., págs. 1127-1128: «Si bien se llega en este punto a reconocer un parecido entre transacción y sentencia en cuanto ponen fin a una controversia, sin embargo, ni su condición jurídica, ni su alcance son los mismos. La expresión del art. 1816 relativa a la cosa juzgada es una metáfora porque nada se ha juzgado; la transacción es un acto de autonomía privada y no un juicio al que sustituye. No se llega nunca a una equiparación e identificación absoluta, pese a la expresión de este artículo sobre todo cuando estamos haciendo referencia a la transacción que no asume forma judicial. Todo ello indica que más que hablar de asimilación, a lo máximo que podemos llegar es a hablar de semejanza. Son equivalentes funcionalmente pero distintos conceptual y jurídicamente. Los efectos idénticos a la cosa juzgada son aquí, en realidad, los efectos de cosa resuelta y de inexistencia de controversia; controversia que se ha extinguido dejando por lo tanto sin objeto el proceso. No es una sentencia judicial, ni el iter seguido es un proceso. Si no hay proceso o juicio ni actuación de jueces no hay cosa juzgada, aunque la ley puede conceder a la transacción, porque así conviene, efectos semejantes a la misma».
- (58) La escritura pública no podrá considerarse por ello como una exigencia de forma en los términos del art. 1279 CC (LA LEY 1/1889), a menos que las partes se hayan reconocido la facultad de compelerse mutuamente para llenar esa forma.
- (59) Vid. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *Avenencia...*, cit., págs. 296 y ss.
- (60) ORTIZ PRADILLO, J. C., «La Mediación en asuntos civiles y mercantiles: propuestas para la incorporación de la Directiva 2008/52/CE (LA LEY 6958/2008) al Derecho español», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 26, 2012, pág. 37.
- (61) *Ibidem*.
- (62) A las que cabría añadir, según se ha indicado anteriormente, la «homologación arbitral» mediante laudo por acuerdo de las partes (art. 36 de la Ley de Arbitraje) cuando la mediación se haya iniciado durante la pendency de un procedimiento arbitral.
- (63) La supresión en el texto de la LM (LA LEY 12142/2012) del art. 28 del RDL 5/2012, de 5 de marzo (LA LEY 3708/2012), de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que proscibía la ejecución de los acuerdos cuyo contenido fuese contrario a Derecho, ha limitado sustancialmente el alcance del control de legalidad al que puede verse sometido —por segunda vez— el acuerdo de mediación en sede de ejecución, al sustraerse a priori a los tribunales la verificación de la no contrariedad a Derecho del acuerdo de mediación. El «second look» de los tribunales quedaría por ello circunscrito a la verificación de la fuerza ejecutiva del acuerdo de mediación en los casos en que el ejecutado denuncie, como motivo de oposición a la ejecución al amparo del art. 559.1.3.º LEC (LA LEY 58/2000), la ausencia de algún requisito legal para que el acuerdo de mediación adquiera fuerza ejecutiva. No puede descartarse, sin embargo, que el Tribunal decida llevar a cabo un nuevo control de legalidad (por ejemplo, si comprueba que el acuerdo de mediación se extiende a materias que no pueden ser resueltas por esta vía autocompositiva).
- (64) FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *Avenencia...*, cit., pág. 292: «La homologación judicial de la transacción [del acuerdo de mediación, se entiende] se hace como de ordinario».

- (65)** La razón es que el título ejecutivo en el caso de los convenios homologados judicialmente no es tanto el acuerdo de mediación —o la transacción judicial— sino la resolución judicial —en concreto, el auto— que los homologa, según el art. 517.2.3.º LEC (LA LEY 58/2000) (cuyo tenor, por cierto, ni siquiera ha sido modificado por la LM (LA LEY 12142/2012) para especificar que los acuerdos de mediación homologados judicialmente quedan incluidos en su ámbito objetivo).
- (66)** En particular cuando se trata de reglas especiales, como sucede en el caso del art. 23 LM (LA LEY 12142/2012) respecto de las reglas generales que disciplinan la transacción.
- (67)** BARONA VILAR, S., *Mediación...*, cit., pág. 485.
- (68)** DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. I, cit., pág. 575, indica que los llamados regímenes típicos de la ineficacia contractual son, en esencia, tres: la nulidad, la anulabilidad y la rescisión.
- (69)** DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. I, cit., pág. 613.