

El acuerdo de mediación familiar: su singularidad

Silvia Algaba Ros

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Málaga

Abstract

La mediación familiar es aplaudida como un modo eficaz de gestión y resolución de conflictos que pacifica las relaciones personales con trascendentes beneficios para los sujetos afectados y, en general, para la sociedad, al favorecer la cultura de la paz. Sin embargo, pese a su eficiencia, no está alcanzado el desarrollo que cabría esperar debido, entre otros factores, a ciertas debilidades en su regulación.

En este trabajo se analiza una de ellas, la que incide en el acuerdo de mediación familiar donde se aprecian singularidades nacidas de la especial idiosincrasia de las relaciones familiares y la naturaleza de las normas de derecho de familia, que no han sido merecedoras de una específica normativa.

Family mediation is applauded as an effective way of management and conflict resolution that pacifies interpersonal relationships with important benefits for all parties involved and society because it promotes a culture of peace. However, among other causes, it is not reaching the desired development due to deficiencies in its regulation.

This paper analyzes one of them, family mediation agreement where we can see particularities that come of the special idiosyncrasy of family relationships and family law that lacks specific rules.

Title: Family mediation agreement: its uniqueness.

Keywords: Family conflict, family mediation, mediation agreement, mediator, minor children.

Palabras clave: Conflicto familiar, mediación familiar, acuerdo de mediación familiar, mediador, hijos menores.

Sumario

1. Introducción
2. Caracterización del acuerdo de mediación familiar
3. Competencia legislativa
4. Acuerdo de mediación familiar: sujetos. Especial consideración a los menores
5. El mediador ante el acuerdo
6. Contenido del acuerdo de mediación familiar
7. Eficacia del acuerdo de mediación
8. El acuerdo de mediación familiar y su posible incumplimiento
 - 8.1. La formalización del título ejecutivo una perspectiva general
 - 8.2. Especialidad en el ámbito de la mediación familiar
9. Tabla de jurisprudencia citada
10. Bibliografía

1. Introducción

Si uno de los fines que persigue el derecho es la pacificación de las relaciones sociales, es notorio que este objetivo no lo consigue habitualmente en el ámbito de los conflictos familiares.

Como afirma LÓPEZ Y LÓPEZ (1999, pp. 15-16) "Triste es el papel del Derecho cuando se topa con la familia. Orden jurídico y relación familiar mantienen una dialéctica a menudo imposible: cuando la familia se "juridifica" con frecuencia se han quebrado o extinguido los lazos de la estrecha relación de convivencia que la constituyen... Además las normas legales reguladoras de las relaciones familiares gozan de una singular característica: su efectividad real para disciplinar la vida y economía de los miembros de la familia es muy dispar, pues el núcleo familiar resiste mal la injerencia de extraños sin quebrarse y porque en las relaciones familiares, más que leyes prevalecen hábitos, roles definidos por tradición, acuerdos tácitos entre sus miembros".

La efectiva gestión de los conflictos familiares precisa dar un mayor auge al principio de autonomía de la voluntad pues los sujetos afectados son los que tienen los instrumentos más idóneos para resolver sus propias controversias. El legislador ha sido sensible a esta necesidad incrementando la disponibilidad de las familias sobre sus asuntos, como se desprende de las sucesivas reformas legales que han favorecido una tendencia hacia la privatización del derecho de familia, fomentada por la doctrina desde hacía años (ROCA I TRIAS,1999). Esta línea legislativa se ha manifestado especialmente en el ámbito de las crisis matrimoniales donde encontramos un primer hito en la reforma acometida en 1981¹ al instaurar en nuestro ordenamiento el divorcio y la separación consensual donde los cónyuges pueden regular sus futuras relaciones tras la ruptura. Otro avance significativo se produjo en 2005² al incrementar la libertad de los cónyuges con la supresión de las causas de separación y divorcio; y el camino sigue haciéndose. Prueba de ello son los cambios operados en determinados preceptos de CC por la Disposición Final Primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE nº158, de 3.7.2015) que ha supuesto un nuevo paso al permitir que puedan tramitarse ante notario o secretario judicial ahora denominados Letrados de la Administración de Justicia³, las separaciones y divorcios consensuales de matrimonios sin hijos menores o con capacidad modificada judicialmente. Caben ahora los divorcios y separaciones consensuales no judiciales que implican un mayor reconocimiento de la autonomía de los sujetos.

¹ Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (BOE nº 172, de 20.7.1981).

² Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio (BOE nº. 163, de 9.7.2005)

³ Según la Disposición Adicional Primera de Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE nº174, de 22.07.2015): "A partir de la entrada en vigor de esta Ley, todas las referencias que se contengan en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, así como en otras normas jurídicas, a Secretarios judiciales, Secretarios sustitutos profesionales, Instituto de Medicina Legal e Instituto Nacional de Toxicología, deberán entenderse hechas, respectivamente, a Letrados de la Administración de Justicia, Letrados de la Administración de Justicia suplentes, Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses e Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses".

Pero ha sido en el desarrollo de la mediación familiar donde se ha mostrado de forma más significativa este fluir hacia un mayor reconocimiento de la disponibilidad en todo tipo de asuntos familiares, al ser un modo de gestión y resolución de conflictos en el que son las propias partes las que lo afrontan con la ayuda de un mediador, imparcial y neutral. Con la mediación se favorece la comunicación y el diálogo, promoviendo la resolución autocompositiva del conflicto y la autorresponsabilidad de las partes, favoreciendo en su caso la llegada de un acuerdo.

La adecuada comprensión de la mediación familiar aconseja reflexionar sobre su singularidad nacida de la especial idiosincrasia del conflicto familiar y las normas de derecho de familia que se proyectan principalmente en el acuerdo de mediación familiar⁴. No obstante, ello no se ha reflejado en la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE nº 162, de 7.7.2012) (en adelante LMACM) donde se configura una institución que ya había sido prevista legislativamente en las Comunidades Autónomas especialmente en materia de mediación familiar.

2. Caracterización del acuerdo de mediación familiar

El término acuerdo de mediación es multívoco al admitir varias interpretaciones aunque sólo una de ellas parece la más apropiada a tenor del marco legal, la que se concreta en la resolución del conflicto acordada por las partes una vez terminado el procedimiento de mediación familiar. Por ello, se hace necesario distinguirlo de las cláusulas de mediación, contrato de mediación y acta final que en ocasiones también reciben la denominación de acuerdos.

El contrato de mediación es aquel documento que suscriben las partes, dando por iniciado el procedimiento de mediación, manifestando su voluntad de gestionar el conflicto suscitado entre ellas mediante la mediación⁵. En dicho documento deben constar sus datos personales, los del mediador o mediadores, lugar de celebración del procedimiento de mediación, objeto del mismo, aceptación de los principios de la mediación, costes... Es decir, en este contrato como señala VÁZQUEZ DE CASTRO (2012, p. 230) "*Quedan absolutamente claras las prestaciones y la voluntad*

⁴ La especialidad de la mediación familiar frente a la civil ha sido acogida en Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de la comunidad Autónoma de Cataluña (BOE nº198, de 17.8.2009) (en adelante LM Cataluña) en cuyo art. 2 titulado "Objeto de la mediación" distingue entre la mediación familiar en el apartado primero y la mediación civil en el segundo.

⁵ Se hacen eco de la complejidad del tema GIBERT POMATA Y DÍEZ RIAZA (2014, p.40) que con otra perspectiva y en relación con la LMACM señalan que "...cuando nos referimos al contrato de mediación, según la Ley podemos estar haciendo alusión, antes de que surja la controversia, a una cláusula compromisoria de sometimiento a mediación (art. 6.2 LMACM), a un contrato independiente que contenga un pacto de sometimiento a mediación, y una vez surgida la controversia, a un acuerdo de mediación previo a la solicitud de inicio de mediación según el cual la mediación podrá iniciarse "de común acuerdo entre las partes" y en este supuesto "la solicitud incluirá la designación del mediador o la institución de mediación que llevarán a cabo la mediación, así como el acuerdo sobre el lugar en el que se desarrollarán las sesiones y la lengua o lenguas de las actuaciones (art. 16.1.a) LMACM) y también al pacto de sometimiento con un contenido más explícito y desarrollado que se integra en el acta inicial una vez ya comenzado el procedimiento de mediación".

inequívoca de las partes" de acudir al procedimiento de mediación. En algunas leyes reguladoras de la mediación (familiar y civil) si bien formalmente no se acoge el término de contrato (SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, 2012, p. 1471) sin embargo, se regula el acta inicial, reunión inicial o sesión constitutiva que cumplen la misma función y exigen los mismos requisitos. En el contrato de mediación las partes únicamente se comprometen a aceptar las reglas y principios por los que se va a desarrollar el procedimiento de mediación y toman conocimiento de otros elementos básicos como las materias que serán objeto del mismo. Pero al no recogerse los acuerdos finales de resolución del conflicto no deben ser asimilados al acuerdo de mediación.

Las cláusulas de mediación (véase GINEBRA MOLINS Y TARABAL BOSCH (2013)) difieren también del acuerdo pues éstas que pueden ser directamente pactadas en un documento elaborado al efecto o incluidas como cláusula en otro documento, implican que las partes se comprometen a acudir a la mediación en el caso en que entre ellas surja una contienda. La LMACM las ha regulado en sus arts. 6 y 10 atribuyéndoles trascendencia jurídica. Las cláusulas de mediación suponen un pacto entre las partes que sólo, si surge un conflicto, obligan a éstas a iniciar el procedimiento de mediación pero no las compelen a resolver sus discrepancias necesariamente mediante la mediación. El principio de voluntariedad, que es esencia de la mediación, configura la operatividad de esta cláusula en los términos previsto en el art. 6.3 LMACM "*nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo*".

También es preciso distinguir el acuerdo de mediación del acta final. Existe entre ambos documentos una zona de confluencia dado que, como queda patente en el art. 22 LMACM, el acta final, en su caso, "*reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible*". Pero el acta final no se asimila al acuerdo pues según el art. 22.3 LMACM supone "*la conclusión de la mediación*" y por ello puede reflejar que ha existido un acuerdo sobre todos o alguno de los temas conflictivos o bien que el procedimiento ha finalizado sin acuerdo por cualquier otra causa. Además aunque el acta final incorpore los acuerdos, es un documento diferente lo que explica que según la LMACM el acta final debe ir firmada por las partes y el mediador, mientras el acuerdo únicamente por las partes. Además existe otro dato que nos pone de manifiesto la diferencia, en el art. 22.5 LMACM al regular la formalización del título ejecutivo se afirma que "*el acuerdo se presentará a las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento...*" Es notorio que el acuerdo de mediación no se identifica con el acta final, aunque son dos documentos muy próximos entre sí.

El acuerdo de mediación implica que definitivamente ha finalizado la mediación desarrollándose el procedimiento en todas sus fases y que además las partes de una manera total o parcial han superado el conflicto. Además como señala TAMAYO HAYA (2012, p. 281) siguiendo la doctrina podemos distinguir "*el "pacto en abstracto", que vendría a ser ontológicamente la esencia de lo convenido o los principios sobre los que se ha de construir la salida del conflicto, que es precisamente el resultado principal de todo el proceso de mediación, de un segundo estadio que conceptualmente se denomina "acuerdo" que es la traslación a un documento escrito de lo convenido, no exento todavía de*

complejidad en cuanto que puede contener manifestaciones de muy diversa naturaleza". Es en el "pacto en abstracto" donde se encuentra la esencia de la mediación que determinará su efectiva eficacia, siendo el acuerdo la materialización de sus contenidos. Debe existir plena coincidencia entre ellos para evitar que el acuerdo de mediación pueda ser objeto de "acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos", pues el pacto en abstracto acoge el consentimiento de las partes. A estas dos fases, podría añadirse una tercera a la que se refiere GIBBERT POMATA Y DíEZ RIAZA (2014, p. 159) de "*formalización en escritura o la convalidación judicial*".

Centrado el término de acuerdo de mediación, su trascendencia en la mediación queda afectada por el carácter transdisciplinar de esta institución que determina que pueda ser objeto de diferentes miradas. Así mientras el acuerdo de mediación cobra especial trascendencia desde la perspectiva del Derecho, sin embargo, desde otros ámbitos del conocimiento (psicología, educación social...) decrece su importancia pues se considera que el objetivo de la mediación es el restablecimiento de las relaciones y comunicación entre los sujetos del conflicto. Esta diversidad de posturas, se pone de manifiesto en los distintos modelos o escuelas de mediación destacando desde el punto de vista jurídico el modelo de Harvard donde el acuerdo se configura como finalidad de la misma⁶.

Son numerosas las leyes sobre mediación donde el acuerdo se proclama como esencial. Así cabe citar el art. 1 LMACM

"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"

También cabe destacar que existen otras normas en las que el acuerdo no se manifiesta como un elemento definidor de la mediación. Este es el caso del art. 1 de la LM Cataluña que referido al concepto y finalidad de la mediación tiene el siguiente contenido.

"1. A los efectos de la presente ley, se entiende por mediación el procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial que se dirige a facilitar la comunicación entre las personas, para que gestionen por ellas mismas una solución a los conflictos que les afectan, con la asistencia de una persona mediadora que actúa de modo imparcial y neutral..."

El distinto contenido que en las Leyes de mediación se da al acuerdo, se relaciona con las dos finalidades que se pueden alcanzar con la misma: la resolución de conflictos y la gestión o mejora de las relaciones personales. Esta última finalidad también se acoge en la LMACM como se constata en su Preámbulo IV:

⁶ Siguiendo a LOZANO MARTÍN (2015, pp. 132 y ss) aunque existen numerosos modelos de mediación, los denominados modelos clásicos son los siguientes. El modelo Tradicional Lineal de Harvard cuyo "*fin último...es que las partes lleguen a una serie de acuerdos satisfactorios que les permita resolver el conflicto que les enfrentaba a partir de la búsqueda de los intereses subyacentes*". El modelo circular-narrativo de Sara Cobb cuyo objetivo es "*recomponer la relación entre las partes a partir de la interacción entre las mismas*". Y finalmente el Modelo Transformativo de Folguer y Bush cuyo objetivo primordial es "*mejorar las relaciones entre las partes quedando los acuerdos en un segundo plano*".

"...alcanzar un acuerdo no es algo obligatorio, pues, a veces, como enseña la experiencia aplicativa de esta institución, no es extraño que la mediación persiga simplemente mejorar las relaciones, sin intención de alcanzar un acuerdo de contenido concreto"

Pero quizás este deseo sea demasiado pretencioso, pues como manifiesta SERRANO MARTÍNEZ (2008, p. 55) podríamos considerar tal objetivo ingenuo *"... por cuanto no parece realista que en varias sesiones de interacción desaparezca la hostilidad y el rencor acumulado a menudo durante mucho tiempo. Quizá pueda pensarse que dicha mejora resultaría más factible si se parte de conflictos menos intensos y si el deterioro de la relación no ha sido muy profundo"*.

No obstante, son significativas las conclusiones a las que llega el Informe Estadístico publicado en 2015 por el Consejo General del Poder judicial referido a "Mediación intrajudicial de España: datos de 2015" (en 2015, p. 4)⁷ donde señala que

"Alcanzar acuerdo en mediación familiar supone, necesariamente, una vía de diálogo que se concreta en una menor conflictividad procesal a posteriori. Además se viene comprobando que la mera participación de las partes en los procesos de mediación reducen, aunque no se llegue al acuerdo, el tono del conflicto"

Por todo ello, si bien es complicado que con varias sesiones de mediación se puedan cambiar las relaciones entre las partes, sin embargo sí que se puede conseguir una mejora en las mismas que les permita gestionar de una forma más razonable los conflictos existentes. Las fronteras entre gestión/resolución son débiles pues desde un punto de vista práctico parece evidente que cuando las partes acuden a mediación familiar aunque estén interesadas en llegar a acuerdos sobre contenidos concretos, en solucionar su conflicto, también persiguen restablecer los cauces de comunicación abordando el conflicto base que lo obstaculiza.

Caracterizado el acuerdo de mediación familiar, procede analizar su naturaleza. La cuestión es complicada pues como pone de manifiesto GISBERT POMATA (2014, p. 171) el derecho comparado muestra que la mediación tiene una metodología ajena en parte al derecho *"con importantes elementos incorporados de otras ciencias sociales, como la psicología y la teoría social de la gestión positiva de conflictos, por lo que los acuerdos que se generan y que son producto de esta metodología, también son de naturaleza mixta, puesto que en la mayor parte de los casos puede contener una gran parte de elementos extrajurídicos que los distinguen de cualquier régimen contractual"*. Desde el punto de vista legal, interesan los acuerdos que contienen contenidos jurídicos que serán objeto de este trabajo.

La LMACM no da pautas que nos permita clarificar la naturaleza del acuerdo de mediación con contenido jurídico aunque en distintas normas reguladoras de mediación en las Comunidades Autónomas (en materia de familia) se relaciona con el contrato en tanto que es un acuerdo de

⁷ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/>; última visita: 18 de julio de 2017

voluntades⁸. Ello estaría en consonancia con lo que se ha venido en llamar la "contractualización" del derecho de familia, pero como afirma PARRA LUCÁN (2012, p. 116) "*lo cierto es que no se aplican sin más en las relaciones familiares las reglas generales de las obligaciones y contratos: siguen siendo relevantes principios específicos derivados del contenido personal de la relación y de la tutela de las personas especialmente necesitadas de protección*". En cualquier caso, nos encontraríamos en el ámbito de los negocios jurídicos de familia y por ello cabría reflexionar sobre si el acuerdo de mediación familiar es sui generis o transaccional.

En el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil de la Comisión 19.04.2002⁹ nos da señales de la dificultad de este tema:

"... la cuestión de la calificación jurídica del acuerdo resultante de las ADR es determinante para la eficacia de éstas. Pero la diversidad de calificaciones utilizadas en los Estados miembros para los acuerdos resultantes de ADR hace que el panorama sea especialmente complejo. Según los Estados, las ADR pueden desembocar frecuentemente en una simple transacción de carácter contractual pero también en otras fórmulas, como un acta de conciliación o de acuerdo de mediación. El denominador común de todas estas fórmulas es que en realidad constituyen "transacciones", sea cual fuere la apelación que se les da."

La consideración de la mediación como transacción es defendida por numerosos autores. Tal es caso de ROGEL VIDE (2009) que considera que la mediación conduce a la transacción y de igual modo TAMAYO HAYA (2012, p.287 y ss.) aunque la citada autora lo matiza afirmando que "*ello no supone una identificación absoluta entre ambas figuras. Transacción y acuerdo de mediación no siempre coinciden: puede haber transacciones que no se alcancen en el seno de un procedimiento de transacción, y mediaciones que no finalicen con la firma de una transacción entre las partes*".

Pero al abordar este tema, no podemos olvidar los términos literales y nada confusos que utiliza el legislador. Tanto la LMACM como en la mayoría de las leyes autonómicas no se utilizan el término transacción¹⁰, sino acuerdo de mediación y ese término debe ser relevante pues si para que exista un acuerdo de mediación se exige un procedimiento de mediación y la presencia de un mediador, ello le imprime una naturaleza no transaccional. Es conocido que la jurisprudencia y la

⁸ A modo de ejemplo cabe citar el art. 26.2 de la Ley 1/2009 de 27 de febrero reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOE nº80, de 24.4.2009) (en adelante LMF Andalucía), y, los arts. 20 y 21.4 de Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana (BOE nº 303, de 19.12.2001) (LMF Valencia).

⁹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52002DC0196>. Última visita 18 de julio de 2017.

¹⁰ Se menciona la transacción aunque sin asimilarla plenamente con el acuerdo, en el art. 43 de Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOE nº 99, de 26.4.2011) (en adelante LM Cantabria) donde en su apartado 1 se afirma que "*Efectos de los acuerdos adoptados durante la mediación. 1. Los acuerdos adoptados durante la mediación en los ámbitos civil y social podrán, en su caso, ser homologados judicialmente como transaccionales, teniendo los demás efectos que las leyes establezcan, pudiendo igualmente ser elevados, en su caso, a escritura pública. La elevación a escritura pública en los casos legalmente previstos producirá los efectos inherentes a la misma que las leyes establecen*".

doctrina mayoritaria han defendido que cabe la denominada transacción impropia que admite la intervención de un tercero. Pero frente a la transacción donde ese tercero no ha de cumplir con pautas concretas, en mediación el mediador debe cumplir con las exigencias impuestas en las normas específicas de mediación. Por todo ello es viable la postura de entender que nos encontramos ante figura distinta, porque sus presupuestos son diferentes.

Son elementos esenciales de la transacción siguiendo a TAMAYO HAYA (2015, p.1035), la existencia de una relación jurídica incierta o litigiosa, la intención de los contratantes de sustituir la relación dudosa por otra cierta e incontestable y las recíprocas concesiones. Frente a ello, la mediación no se define por la existencia de un conflicto y las recíprocas concesiones que, en su caso, pudieran hacer las partes. Lo que definitivamente caracteriza la mediación según se deduce de las distintas regulaciones es la existencia de un procedimiento flexible en el que las partes con la ayuda de un mediador gestionan el conflicto existente entre ellas con pleno respeto de unos principios que son garantía de la institución: igualdad de partes, confidencialidad, voluntariedad, neutralidad e imparcialidad del mediador y buena fe. En mediación se pretende que todas las partes ganen en la gestión de su conflicto y la intervención del mediador es trascendente para abrir los cauces de comunicación y profundizar en sus intereses y posiciones.

Por lo expuesto, aunque ambas instituciones pretenden gestionar y resolver en su caso un conflicto de forma autocompositiva, sin embargo deben ser consideradas como diferentes pues legislativamente tienen distinta regulación y presupuestos. Obsérvese que las exigencias que recaen en la mediación (principios, procedimiento, necesidad de mediador, presupuestos para la ejecutoriedad del acuerdo) no existen en la transacción, y, ello evidentemente debe imprimir su especial idiosincrasia a la mediación. Además es relevante que si acudimos al art. 1814 CC en él se afirma que no se puede transigir sobre cuestiones matrimoniales y alimentos futuros, sin embargo esos asuntos son propios y usuales en la mediación familiar. No obstante, no podemos desconocer que aquellos que defienden la naturaleza transaccional de la mediación señalan que se debe trascender la literalidad del art. 1814 CC (véase ROGEL VIDE, 2009).

A mayor abundamiento, el acuerdo de mediación es singular porque también lo es la finalidad a la que aspiran las partes con el mismo. Como señala BOLAÑOS (2007, pág. 62) "*En ocasiones la mediación finaliza con un acuerdo escrito y en otras con compromisos verbales. En ocasiones no hay acuerdos ni compromisos. Pero el éxito de la mediación no radica en acordar o en comprometerse sino en la decisión, clara y con conocimiento de causa, de las partes sobre si quieren o no acordar o comprometerse*". Si el éxito de la transacción precisa que se llegue a un acuerdo transaccional, en mediación podemos conseguir su finalidad aunque no se llegue a un acuerdo si las partes han restablecido la comunicación y el diálogo.

En esta misma línea es interesante traer a colación que en su momento se propuso en el

Anteproyecto de Ley de Mediación¹¹ en asuntos civiles y mercantiles presentado al Consejo de Ministros el 19 de febrero de 2010, añadir un segundo párrafo al art. 1809 Cc donde se otorgaba al acuerdo de mediación civil y mercantil los mismos efectos que la transacción. Sin embargo esta reforma no se materializó lo que sin duda debe ser tenido presente en favor de la tesis defendida. Además en el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles aprobado el 13 de mayo de 2010 en su punto nueve se señalaba que "*dicha equiparación no logra de entenderse muy bien*". No obstante, continuaba el Informe "*que no se trata de equiparar linealmente los efectos del acuerdo de mediación a los de la transacción -como si se tratase de la misma figura, a salvo la intervención de un tercero en papel de mediador-, sino de admitir que uno de los posibles resultados de la mediación puede ser la celebración de una transacción entre las partes*". Sin embargo, frente a esa posición, debería defenderse la distinción absoluta entre acuerdo de mediación y transacción, dadas las diferencias ya apuntadas.

Llegados a este punto, defendiendo que el acuerdo de mediación familiar no es una transacción, aun se debe dar un paso más y poner de relieve la necesaria distinción que debe hacerse respecto del acuerdo de mediación civil. Es cierto que la regulación de la familia es materia civil, pero ello no puede llevar a equiparar el acuerdo de mediación familiar y la civil, pues la familia presenta unos caracteres peculiares que no se dan en otros ámbitos civiles, que trascienden en general a la mediación y en particular al acuerdo. Esta singularidad se manifiesta en dos ámbitos: el conflicto familiar y el derecho de familia.

El derecho de familia tiene un carácter propio que está fuertemente afectado por la existencia de normas de derecho imperativo, normas de marcado carácter ético y personal donde proliferan los conceptos jurídicos indeterminados y por el principio de autonomía de la voluntad; y todo ello se proyecta en el acuerdo de mediación que debe enmarcarse en este panorama jurídico.

Por otra parte, el conflicto familiar también se distingue claramente del civil, afectando ello al propio acuerdo. Siguiendo a LUQUIN BERGARECHE (2007, pp. 44 y ss.) los conflictos familiares tienen los siguientes caracteres. Son muy densos psicológica y emocionalmente, siendo necesario tener presente para su efectiva resolución y gestión los sentimientos y pasiones que los generan. Son personales e íntimos provocando que cuando se acude a un procedimiento público para su resolución, no emerjan las auténticas causas del conflicto. Son dinámicos pues debe tener presente que las circunstancias familiares cambian con el tiempo, lo que aconseja estructurar un acuerdo que mire hacia el futuro. Además exigen un esfuerzo de delimitación del mapa de los

¹¹ En concreto en el Anteproyecto de la ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su Disposición final primera de modificación del Código civil se proponía una nueva redacción del art. 1809 CC añadiendo un segundo párrafo: "*El acuerdo de mediación civil y mercantil tendrá efectos de transacción cuando se realice como procedimiento alternativo para la solución de un conflicto entre particulares, se lleve a cabo con intervención de un tercero que reúna los requisitos legales y profesionales para su intervención, de acuerdo con su ley reguladora*". Esta reforma no se materializó en cambio legislativo.

afectados pues los sujetos formales del conflicto no coinciden en muchas ocasiones con todos los sujetos implicados en el mismo, y, la flexibilidad de la mediación permite la entrada en el proceso de estos terceros. Todo ello se proyecta al acuerdo de mediación familiar impregnándolo de un perfil diferente que determinará especialidades que con posterioridad se pondrán de manifiesto.

3. Competencia legislativa

Abordar el tema de la trascendencia jurídica del acuerdo de mediación familiar exige previamente afrontar el de la competencia para legislar en esta materia, a fin de determinar cuál es la fuente de su regulación. La realidad existente nos muestra que en la actualidad la mayor parte de las Comunidades Autónomas tienen legislación específica en mediación familiar salvo Cataluña y Cantabria que regulan la mediación en general¹². Por otra parte, la LMACM no menciona específicamente la mediación familiar¹³ aunque es notorio que la materia familiar forma parte de la civil.

Para analizar la competencia legislativa de la mediación familiar, considero necesario distinguir dos vertientes. En una primera, se debe englobar la regulación de la institución de mediación como un instrumento para la gestión y/o resolución de conflictos donde se aborda el procedimiento, principios, requisitos para ser mediador, derechos y obligaciones del mediador y

¹² En concreto, nos referimos a las siguientes normas Ley 1/2009 de 27 de febrero reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOE nº80, de 24.4.2009) (en adelante LMF Andalucía); Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar en Aragón (BOE nº 115, de 14.5.2011) (en adelante LMF Aragón); Ley 3/2007, de 23 de marzo, del Principado de Asturias de Mediación Familiar (BOE nº 170, de 17.7.2007) (en adelante LMF Asturias); Ley 15/2003, de 8 de abril de Mediación Familiar (BOE nº 134, de 5.6.2003) (en adelante LMF Canarias); Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOE nº 99, de 26.4.2011) (en adelante LM Cantabria); Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Especializado de mediación Familiar, Castilla La Mancha (BOE nº 203, de 25.8.2005) (en adelante LMF Castilla-La Mancha); Ley 1/2006, de 6 de abril de Mediación Familiar de Castilla León (BOE nº 135, de 7.6.2006) (LMF Castilla-León); Ley 15/2009, de 22 de julio de Mediación en el ámbito del derecho privado, Cataluña (BOE nº 198, 17.8.2009) (en adelante LM Cataluña); Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana (BOE nº 303, de 19.12.2001) (LMF Valencia); Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar ,Galicia (BOE nº 157, de 2.6.2001) (en adelante LMF Galicia); Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Illes Balears (BOE nº16, de 19.1.2011); Ley 1/2007, de 21 de febrero de Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Madrid (BOE nº153, de 27.6.2007) (en adelante LMF Madrid); Ley 1/2008, de 8 de febrero de Mediación Familiar, País Vasco (BOE nº 212, de 3.9.2011) (en adelante LMF País Vasco).

¹³ Opina SÁNCHEZ HERNÁNDEZ (2014, p. 3150) que la LMACM "debería haber resuelto esta duda, es decir, que de forma explícita hubiera determinado si la mediación familiar se encuentra o no dentro de su ámbito de aplicación. Esta situación fue puesta de manifiesto por parte del CGPJ en el informe que realizó al Anteproyecto de ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, de 19 de mayo de 2010..." Según UTRERA GUTIÉRREZ (2013, p. 305), en relación a la ausencia de mención a la mediación familiar en la LMACM " Esta técnica legislativa cuyas razones personalmente no alcanzo, pero que imagino que puede tener en la abundante legislación autonómica en el ámbito de la mediación familiar y el deseo de no generar conflictos competenciales, provoca numerosas dudas a la hora de aplicar la regulación aprobada a los conflictos familiares y muy especialmente en su fase judicial, es decir en la mediación intrajudicial..."

de las partes, registro de mediadores... En la segunda vertiente nos encontraríamos la proyección que la citada institución tiene en el derecho civil en ámbitos diversos como serían el de la trascendencia jurídica del acuerdo de mediación familiar o la responsabilidad civil del mediador. Hecha esta distinción, si bien en su primera vertiente la mediación familiar, al no tratarse propiamente de una materia de derecho civil es objeto de competencia legislativa por las distintas Comunidades Autónomas (incluso aquellas que no tienen capacidad de legislar en materia de derecho civil); en su segunda vertiente la competencia para su regulación sigue el mismo camino que la materia de derecho civil. Es decir, sólo aquellas comunidades autónomas que al amparo del art. 149.1.8 CE puedan legislar en materia de derecho civil, podrán legislarla; en caso contrario la regulación debe ser estatal.

Partiendo de las anteriores consideraciones, la mediación familiar, como institución, es competencia de las CCAA como lo acredita que son ellas las que han regulado la mediación familiar con anterioridad a la LMACM¹⁴. Esta competencia la asumen al amparo del art. 39 CE donde se encomienda a los poderes públicos la protección jurídica, económica y social de la familia y asimismo la protección integral de los hijos iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación. Y también partiendo de la competencia en exclusiva que tienen la CCAA en materia de promoción o protección de las familias e infancia¹⁵. De ello se ha hecho eco la propia LMACM donde en cuyo Preámbulo se señala que:

"La presente Ley se circunscribe estrictamente al ámbito de competencias del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, que permiten articular un marco para el ejercicio de la mediación, sin perjuicio de las disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias".

No obstante, la mediación en cuanto que se proyecta también en ámbitos estrictamente civiles, bebe de la competencia legislativa civil. Por tanto, con referencia al tema que nos ocupa del

¹⁴ Vid la nota 12 de este trabajo donde se señalan numerosas leyes autonómicas. De hecho, en la actualidad, salvo Cataluña y Cantabria que tienen leyes de mediación en general, el resto de las CCAA han regulado en el ámbito de mediación familiar.

¹⁵ A modo de ejemplo se señalan las siguientes normas. La LMF Andalucía se establece en su Exposición de Motivos en el apartado II tras citar el art. 39 CE "El Estatuto de Autonomía para Andalucía garantiza en su artículo 17 la protección social, jurídica y económica de la familia. Asimismo, el artículo 61.4 dispone que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de promoción de las familias y de la infancia, que, en todo caso, incluye las medidas de protección social y su ejecución. Por último, el artículo 150 determina que la Junta de Andalucía podrá establecer los instrumentos y procedimientos de mediación y conciliación en la resolución de conflictos en las materias de su competencia". En la LMF Aragón en su preámbulo establece que "En el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma, el artículo 71.34.º del Estatuto de Autonomía de Aragón establece como competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Aragón la acción social, que comprende la ordenación, organización y desarrollo de un sistema público de servicios sociales que atienda a la protección de las distintas modalidades de familia, la infancia, las personas mayores, las personas con discapacidad y otros colectivos necesitados de protección especial". En la LM Cantabria textualmente se establece que "Además y en lo que afecte a la mediación en el ámbito familiar, se dicta la presente Ley al amparo del artículo 24.22 y 23 del Estatuto de Autonomía para Cantabria, que atribuyen competencia a nuestra Comunidad Autónoma, respectivamente, en materia de «asistencia, bienestar social y desarrollo comunitario incluida la política juvenil, para las personas mayores y de promoción de la igualdad de la mujer» y de «protección y tutela de menores»...».

acuerdo de mediación, la competencia para su regulación debe ser la propia de la legislación civil y por tanto serán de aplicación el art. 149.1.8 de la CE.

Dicho lo anterior, en la regulación del acuerdo de mediación en aquellas CCAA que no tienen capacidad para legislar sobre materia de derecho civil, todo lo referente a la validez, eficacia y ejecución del acuerdo de mediación debe regularse por la LMACM y resto de normas de competencia estatal aplicables. De ello se hacen eco las distintas normas autonómicas que o bien no regulan específicamente este tema¹⁶, o lo hacen remitiéndose a la legislación civil¹⁷. Así se recoge en la última reforma del Decreto 37/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA nº 46, de 07.03.2009; última modificación producida por el Decreto 65/2017, de 23 de mayo BOJA nº 100, de 29.05.2017), en adelante (RMF Andalucía) donde se añade una nueva disposición adicional tercera al Decreto con este contenido:

"Para su trascendencia procesal y ejecutividad, el proceso de mediación deberá ajustarse a las disposiciones y requisitos de procedimiento establecidos en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles".

Todo lo expuesto, justificaría que al tratar este tema se acudan a normas de las CCAA sobre mediación familiar y también a la LMACM¹⁸.

4. Acuerdo de mediación familiar: sujetos. Especial consideración a los menores

Las partes del acuerdo de mediación familiar que coinciden con las del procedimiento de mediación se encuentran afectadas por la específica regulación de la mediación familiar y de derecho de familia.

La LMACM en su art. 10 al abordar "*las partes en la mediación*" no menciona expresamente que la mediación deba ser personalísima, contrastando ello con las leyes de mediación familiar autonómicas donde siempre se exige. No obstante, coincidimos con VARELA GÓMEZ (2013, p.131) en que se acoge implícitamente en el art. 1 LMACM al mencionar que son las partes las que tienen que "*alcanzar por sí mismas un acuerdo*". Quizás se deba la falta de expreso pronunciamiento legal a que la LMACM permite la representación en el art. 23.2 cuando señala que el "*el acuerdo de mediación deberá firmarse por las partes o sus representantes*". Pero podría salvarse el citado inconveniente, argumentando que esta norma abarca casos donde las partes de la mediación sean personas jurídicas, o bien sean una pluralidad de sujetos en conflicto que ostentan intereses civiles similares y uno de ellos asuma la representación del colectivo. Para el resto de los

¹⁶ Es el caso de la LM Galicia, Madrid e Islas Baleares.

¹⁷ Puede observarse en el art. 26 LMF Andalucía, art. 17 LMF Asturias, art. 43 LM Cantabria.

¹⁸ Debe tenerse presente que como señala BARONA VILAR (2014, pp. 10 y ss) la mediación civil y mercantil se ha incorporado en los diversos ordenamientos jurídicos de forma dispar y asimétrica.

supuestos, el carácter personalísimo debe primar.

Centrándonos en la mediación familiar, en ésta no cabe la representación (salvo en algunos asuntos relacionados con la mediación de menores) pues únicamente son los propios interesados los que pueden gestionar el conflicto familiar que es personal e íntimo. Es por ello que en las leyes de mediación familiar se regula que debe ser personalísima. Obsérvese que así ocurre en CCAA sin capacidad para legislar en materia de derecho civil, como es el caso de Andalucía donde en el art. 10 de su LMF Andalucía ¹⁹ señala:

"Todas las personas participantes en el proceso de mediación estarán obligadas a asistir personalmente a las sesiones, sin que puedan valerse de personas intermediarias o representantes".

También se acoge el carácter personalísimo de la mediación en CCAA con capacidad para legislar en materia de derecho civil como es el caso de LMF Aragón²⁰ donde en su art. 7.h) referido a los principios de la mediación familiar establece que:

"Carácter personalísimo: Es obligado para las partes acudir personalmente a las sesiones, sin que puedan celebrarse a través de representantes o intermediarios".

En CCAA donde se ha regulado la mediación en general como es el caso de Cantabria, se distingue claramente entre supuestos donde cabe o no la representación y en concreto en el art. 12 LM Cantabria que versa sobre la inmediatez y presencialidad de la mediación se afirma:

"1. Las personas mediadoras han de asistir siempre personalmente a las reuniones de mediación. Las partes deberán asistir personalmente cuando el conflicto afecte a derechos personalísimos, de «ius cogens» o deba ser fiscalizado por el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de la representación necesaria de menores e incapaces. Fuera de estos casos, las partes podrán acudir representadas mediante escrito acreditativo de la representación dirigido a la persona mediadora..."

La LM Cataluña va más allá exigiendo el carácter personalísimo como se constata en su art. 8.1 al establecer:

"1. En la mediación, las partes y la persona mediadora deben asistir personalmente a las reuniones sin que puedan valerse de representantes o de intermediarios. En situaciones excepcionales que hagan imposible la presencia simultánea de las partes, pueden utilizarse medios técnicos que faciliten la comunicación a distancia, garantizando los principios de la mediación.

2. En la mediación civil entre una pluralidad de personas, las partes pueden designar portavoces con reconocimiento de capacidad negociadora, que representen los intereses de cada colectivo implicado.

Dicho lo anterior, la LMACM debería haber reflejado legalmente el carácter personalísimo de la mediación familiar que incide directamente en el acuerdo de mediación familiar, no admitiendo en estos casos un acuerdo firmado por representantes. La razón de ello como ya hemos señalado, es que la mediación afecta a intereses íntimos estrictamente personales y por ello sólo puede ser gestionado por los propios sujetos del interés familiar. En otro caso, este procedimiento no

¹⁹ También al art. 15 LMF Valencia, art.9 de la LMF Baleares, art.4.e) de la LMF Madrid.

²⁰ Asimismo en el art.8.i) LMF PaísVasco

tendría sentido.

El carácter personalísimo de la mediación familiar debe predicarse incluso en aquellos casos en los que sean numerosos los sujetos implicados pues reiteramos que el carácter íntimo y personal del conflicto familiar no permite la representación. Efectivamente, la mediación familiar debe estar abierta a la singularidad de los conflictos (cuidados de los dependientes) y a la nueva configuración de la familia (familias recompuestas...) que determina que en ocasiones sean muchos los sujetos directamente implicados en el conflicto lo que exige del mediador realizar un mapa de las relaciones familiares para clarificar quienes son los sujetos implicados. Pero todos ellos deberán participar por sí mismos y firmar el acuerdo sin que quepa la representación.

La mediación familiar también debe estar abierta a la intervención de otros sujetos que aunque no son protagonistas directos ni indirectos del conflicto, influyen en el mismo. En concreto pueden y deberían participar otros terceros pues como afirma GARCÍA VILLALUENGA (2013, p. 4) *“de los denominados “participantes no implicados”, depende en buena parte que los conflictos escalen o desescalen”*. Estos sujetos sin embargo, no serían parte del acuerdo y su intervención en el procedimiento de mediación debe ser aceptada por todas las partes²¹.

Mención específica merecen en los conflictos matrimoniales, la referencia a otros sujetos que no siendo los directamente implicados por el conflicto, sin embargo, van a estar afectados principalmente por el mismo, recayendo sobre ellos algunos de los acuerdos. Nos referimos a los hijos menores, los mayores de edad, a los abuelos u otros terceros. Todos éstos deberían dejar constancia en el acuerdo de mediación su conformidad con los pactos que les afecten, mediante su firma.

Si se concluye un acuerdo de mediación familiar en caso de crisis de pareja, existiendo hijos mayores de edad que son dependientes económicamente de sus progenitores, éste deberá trasladarse a un convenio regulador y tramitarse mediante el procedimiento de separación o divorcio ante el Letrado de la Administración de Justicia o el notario (arts. 82 y 87 CC). En estos casos, el Código civil exige que presten el consentimiento los hijos mayores de edad, en las medidas que le afecten *“por carecer de ingresos propios y convivir en el hogar familiar”*. Opinamos que esta exigencia debe trasladarse necesariamente al acuerdo de mediación y por tanto deberá constar dicho consentimiento en los acuerdos de esta naturaleza por incidencia en esta materia del art. 93 CC.

²¹ A modo de ejemplo puede señalarse el art. 23.3 RMF Andalucía donde se establece: *“Asimismo, la persona mediadora podrá proponer a lo largo del desarrollo del proceso, la asistencia de otra u otras personas, que por su relación con las partes, pudieran facilitar la resolución del conflicto o abrir otras vías posibles de solución”*.

Al hilo de lo señalado, podría realizarse una reinterpretación de las normas que regulan la obligación de alimentos pues si los pactos que afectan a alimentistas mayores de edad se han acordado en una mediación extrajudicial una vez que han sido elevados a escritura pública, según los arts. 25 y ss. de la LMACM son ejecutables. Ello determina una matización significativa en la aplicación del art. 148 CC donde se establece que los alimentos no se abonarán sino desde la interposición de la demanda pues elevado a escritura pública un acuerdo de mediación sobre esta materia sería ejecutable por sí mismo sin requerir la interposición de la demanda. Esta afirmación que se puede trasladar a todos aquellos acuerdos de mediación familiar que recaigan sobre alimentos legales salvo que éstos recaigan sobre menores de edad, no es extraña a la actual regulación del matrimonio. Admitido en nuestro ordenamiento jurídico el divorcio y separación notarial, el convenio regulador en su caso suscrito que puede contener esta obligación de alimentos se incorpora a la escritura de separación y divorcio, y, el art. 90 CC señala que desde el otorgamiento de la escritura pública podrá hacerse efectivo por la vía de apremio.

Otros sujetos que pueden verse afectados por un acuerdo de mediación en el ámbito de las crisis matrimoniales son los abuelos. El propio art. 90 CC nos señala que en el convenio regulador cuando se prevea un régimen de visitas y comunicación de los abuelos con sus nietos, éstos deberán prestar su consentimiento. Esta exigencia también se debe trasladar al acuerdo de mediación y hacerse extensiva a todos aquellos casos en los que existan terceros que vayan a verse afectados por los acuerdos de pareja en crisis.

Pero sin duda son los menores, los sujetos de la mediación familiar que deben ser objeto de especial detenimiento. El recurso a la mediación familiar favorece al menor como se constata en la Recomendación R(98) a los Estados Miembros sobre la mediación familiar (aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 21 de enero de 1998), en adelante Recomendación R(98), donde en su apartado tercero se relaciona la mediación familiar con la necesidad de asegurar la protección del interés superior del menor y su bienestar.

Aunque es notorio que *"todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como el privado"* (véase Art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil (BOE nº 15, de 17.01.1996) (en adelante, LOPJM)), sin embargo, en materia de mediación familiar este interés queda especialmente reflejado pues en numerosas normas autonómicas aparece singularmente acogido como principio de la mediación. En concreto el interés del menor se proyecta en mediación familiar respecto del mediador, los principios de mediación y el procedimiento, incidiendo todo ello en el propio acuerdo.

Al mediador le afectan los principios de imparcialidad y neutralidad, pero también el del interés del menor que tiene la obligación de favorecer. Señala la Recomendación R(98) que el mediador

es neutral respecto al proceso de mediación e imparcial en sus relaciones con las partes, pero estos principios entran en tensión pues cómo consigue el mediador la protección del menor sin afectar su imparcialidad y neutralidad. Con carácter previo hemos de señalar que coincidimos con MERINO ORTIZ (2013, p-89) al señalar que *“cuando una persona mediadora cree que está exenta de valores, en realidad está manteniendo los valores de la sociedad a la que pertenece. De hecho... su neutralidad podía interpretarse como su apego, aunque fuera inconsciente, a su cultura”*. Por ello siguiendo esta tesis, es difícil para un mediador ser absolutamente neutral e imparcial. No obstante, debe adoptar una postura favorable a los citados principios, es decir, mantener equidistancia frente a los sujetos del conflicto y favorecer que la gestión o en su caso resolución sea realizada por las partes. Y esta obligación debe ir de la mano de otra: favorecer en todo caso el interés del menor. Vemos que el mediador se enfrenta a la tarea de terciar entre ambas exigencias, pero en todo caso, partiendo del art. 2.4 de la LOPJM deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes pero en el caso de no poder respetar todos los intereses concurrentes deberá primar el interés del menor.

Otro principio que puede verse afectado existiendo menores es el de confidencialidad que afecta a los sujetos y al mediador. Como afirma VÁZQUEZ DE CASTRO (2015, p.23) *“Los menores tienen que saber que la confidencialidad será respetada, salvo en los casos que den el consentimiento para transmitir alguna información a sus progenitores y viceversa. Ciertamente, existe una tendencia de los menores a divulgar información e, incluso, a fantasear sobre la misma. Es conveniente facilitarles la información estrictamente necesaria y de manera comprensible por ellos. Además, será conveniente transmitir y obtener el compromiso y complicidad sobre el carácter reservado de la información que reciben y de la que suministran en la mediación”*. Es por ello que el mediador debe proceder a informar a los menores lo que implica este principio, a fin de favorecer el respeto del mismo pues el art. 9.1 LORPJM señala que *“...el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias”*.

Pero la confidencialidad también se ve afectada desde otra perspectiva, al proyectarse en el mediador. Efectivamente la Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo sobre diversos aspectos de la mediación sobre asuntos civiles y mercantiles (DO L 136, de 24.5.2008), en adelante DM, establece al regular este principio que nos ocupa que el mediador queda liberado del respeto a la confidencialidad cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor²². Resulta

²² Señala en concreto el art. 7 de la DM en relación con el principio de confidencialidad:

“1. Dado que la mediación debe efectuarse de manera que se preserve la confidencialidad, los Estados miembros garantizarán, salvo acuerdo contrario de las partes, que ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso, excepto: a) cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, o b) cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo.

2. Lo dispuesto en el apartado 1 no impedirá a los Estados miembros aplicar medidas más estrictas para proteger la confidencialidad de la mediación”.

llamativo que este límite a la confidencialidad no se recoja expresamente en la LMACM, aunque podría entenderse admitido al amparo de la LORPJM.

Otro ámbito donde también se proyecta la especialidad de la mediación familiar existiendo menores es en el procedimiento de mediación, lo que lleva a diferenciar dos supuestos. Aquellas mediaciones que afectan a conflictos en el que los menores no son sus protagonistas pero que inciden directamente en ellos (ej divorcio de sus progenitores) y, aquellos otros donde los menores son sujetos directos del conflicto (acogimiento, búsqueda de los orígenes en la adopción, conflictos intergeneracionales...). A ellos se refiere la LM Cataluña donde en su art. 4.2 prevé que los menores pueden instar la mediación en asuntos dispositivos en materia de filiación, adopción y acogida, en conflictos relacionados con el ejercicio de la potestad parental y custodia de los hijos y en conflictos intergeneracionales. En el resto de las legislaciones autonómicas, aunque no exista esta previsión legal, también cabe que los menores insten directamente la mediación pues lo permitirían los arts. 9 y 10 LOPJM. Además la propia especialidad de determinados conflictos como los relativos a la búsqueda de los orígenes en la adopción, carecerían de sentido si los menores no pudiesen instar la mediación.

Llegados a este punto una cuestión a clarificar es cuándo un menor puede intervenir por sí mismo en mediación. La respuesta nos la ofrece la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE nº 175, de 23.07.2015) que en el apartado cuarto del artículo primero ha procedido a modificar, entre otros, el art. 9 de la LOPJM introduciendo un cambio de la redacción anterior y estableciendo la necesidad de oír y escuchar a los menores en mediación que presenten suficiente madurez y siempre que tengan doce años. Por tanto, la edad de doce años y la acreditada madurez son datos relevantes para fijar la intervención del menor que es necesaria para favorecer su interés. Ello lo exige el art. 2.1.b) LORPJM pues al interpretar y aplicar en cada caso el interés del menor señala que se tendrá en cuenta *"La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de la edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior"*.

La participación en mediación del menor no tiene que excluir a sus progenitores. Coincidimos con VÁZQUEZ DE CASTRO (2013, p. 232) al señalar que si existe un menor de edad *"se requerirá la asistencia de los representantes legales... cuyo consentimiento es necesario salvo para actos personalísimos"*. Por tanto en aquellos supuestos en los que los menores intervengan como sujetos principales del procedimiento de mediación si se tratan de actos personalísimos (búsqueda de sus orígenes, conflictos de convivencia en acogimiento...) no es necesario el consentimiento de sus progenitores. Así se desprende del art. 2.5 de la LORPJM que a mayor abundamiento nos obliga a tener presente que en aquellos casos en los que exista conflicto de intereses entre los progenitores y los menores será preciso el nombramiento de un defensor judicial. No obstante, tiene que tenerse presente que en virtud del art. 162.1 CC cuando los progenitores no tengan la representación de sus hijos al tratarse de actos que afectan a sus derechos a la personalidad

teniendo los menores suficiente madurez, "*intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia*"²³. Para el resto de los supuestos, dado que los progenitores ostentan la representación legal de los menores (art. 162 CC) se precisa el consentimiento de éstos que deberá tener presente en su caso, las indicaciones del art. 166 CC en cuanto a casos que precisan de autorización judicial.

La importancia que tiene la intervención de los menores en mediación, aconseja extender a este ámbito la previsión que se señala en la LORPJM respecto a los procedimientos judiciales y administrativos, "*siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores... la resolución será motivada en el interés superior del menor...*". Esta mención, que acoge el sentido de la jurisprudencia, (STS de 20 de octubre de 2014 (RJ 2014\5613, MP. Francisco Javier Arroyo Fiestas), debería trasladarse al ámbito de la mediación pues si los menores no han sido oídos en el procedimiento, debería justificarse esta circunstancia en el acuerdo de mediación.

Mención especial merecen aquellos casos en los que los menores no son los protagonistas del conflicto aunque éste les afecta directamente (crisis de sus progenitores)²⁴. Resultan significativas traer a colación la reflexión que hace SEISDEDOS MUIÑO (2205, p.7) al interpretar el art. 92.2 CC comentando la Enmienda (número 64) presentada al Proyecto de Ley 121/16 que fue antecedente de la Ley 15/2005 que reformó la materia de la separación y el divorcio. En dicha enmienda se proponía una modificación del párrafo 2 del art. 92 CC donde se establecía que respecto a los menores "*que había que oírles "si los propios hijos quieren ser oídos, o si teniendo suficiente juicio, ello sea necesario, para la adopción" de las medidas relativas a su educación y cuidado*". Añade la citada autora, justificando la reforma propuesta que "*Si los hijos quieren ser oídos... deben serlo, pero no cuando, como ocurre frecuentemente, ni ellos ni los padres quieren que sus hijos pasen por ese trance doloroso, y el juzgador no considere que ello sea necesario*". Conviene resaltar que aunque esta reforma no prosperó, hubiera sido muy interesante acogerla pues pone de manifiesto un paso más en el reconocimiento de la capacidad de menores para afrontar los temas que les afectan cuando tienen suficiente madurez, superando el paternalismo que lleva a decidir por ellos. Esta reflexión también sería trasladable al ámbito del acuerdo de mediación familiar.

Otra cuestión a plantear, es la trascendencia que ha de darse a la opinión del menor. El art. 9 de la

²³ Especial mención merece el artículo 16 de la LMF Asturias que referido a la audiencia a terceros señala " 1. Sobre los preacuerdos que pudieran afectarles se dará audiencia a los hijos, a los incapacitados judicialmente y, cuando las partes consideren conveniente, al resto de los miembros de la familia. 2. La comunicación del contenido concreto de los preacuerdos será realizada por las partes en la mediación en presencia de la persona mediadora o, si aquéllas lo solicitaran, por ésta última. 3. En todo caso, el mediador familiar informará a las partes sobre las posibles consecuencias procesales derivadas de realizar o no el trámite de audiencia a los terceros afectados indicados en el párrafo primero de este artículo".

²⁴ Señala LAUROBALACASA (2011, p. 186) que mientras se gestiona la relación postconyugal los hijos - "están ausentes presencialmente pero presentes virtualmente" citando a HINOJAL LÓPEZ. Y continúa que "*Se ha debatido cómo cohenestar esa ajenidad con su derecho a ser oídos. Es éste, insistimos, un debate que se prolonga desde hace bastantes años, con el referente -pionero- del informe presentado en 1994 por la National Family Mediation del reino Unido, "Given Children a Voice in Mediation" y, quince años después el del gobierno canadiense de 2009*".

LOPJM nos clarifica el tema pues exige que se tengan "*debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez*"²⁵. El problema es precisar qué ha de entenderse por "*tener debidamente en cuenta*". Evidentemente la decisión no puede recaer necesariamente en su opinión pues ello no es conveniente para el menor que se encuentra en fase de educación y que podría verse afectado por un conflicto de lealtades. Parece que habrá de interpretarse el término "*debidamente*" de forma flexible en función de la edad y la naturaleza del asunto.

También con flexibilidad ha de afrontarse cómo deben participar los menores en los procedimientos de mediación en casos de crisis de sus progenitores. Algunas legislaciones intentan clarificar el tema como es el caso de LMF Asturias, donde refiriéndose no sólo a los menores sino también a las personas con capacidad modificada judicialmente e incluso a otros miembros de la familia, establece la necesidad de darles audiencia de los preacuerdos de mediación. Sin embargo como afirma ALZATE SÁEZ DE HEREDIA (2008, p. 43)²⁶ no hay una contestación genérica a esta pregunta y se pueden incluir a los menores de diversas formas en el proceso de mediación en función de las circunstancias.

En cualquier caso esta participación de los menores en mediación debe quedar reflejada en el acuerdo de mediación y tendrá una incidencia significativa en relación a los acuerdos de mediación de sus progenitores pues se precisa homologación judicial para alcanzar eficacia, lo que será analizado en el apartado correspondiente a la eficacia del acuerdo de mediación.

²⁵ Esta misma redacción se ha acogido en la el RMFA tras la modificación acometida en 2017 que ha incluido un apartado 3º al art. 21 que ha quedado redactado: "*3. De conformidad con los artículos 2 y 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el o la menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia en el proceso de mediación en el que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el o la menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias*".

²⁶ En concreto, ALZATE SÁEZ DE HEREDIA (2008, pp. 43-44) indica las siguientes formas:

"La persona mediadora puede entrevistar al niño/niña al inicio del proceso, para recoger sus puntos de vista, preocupaciones, sentimientos y sus preferencias que son expresadas espontáneamente o se encuentran implícitas en sus comentarios. La persona mediadora puede introducir esta información en la negociación entre los padres/madres, e incluso presionar en defensa de las necesidades del niño.

. El niño/a puede ir periódicamente a las sesiones durante el proceso de mediación, siempre que aparezca un asunto que gane en claridad con su punto de vista.

. Pueden participar durante todo el proceso de mediación, participando como un igual en el proceso de toma de decisiones (especialmente si se trata de adolescentes).

. La persona mediadora, o los padres/madres, pueden consultar con ellos/as sus opiniones sobre los acuerdos después de que se hayan alcanzado, pero antes de que sean definitivos. La opinión de los niños/as puede llevar a los padres/madres a modificar el acuerdo.

. Pueden ser convocados al final de las sesiones de mediación, simplemente para informarles de los acuerdos alcanzados por sus padres o madres".

5. El mediador ante el acuerdo

El mediador cumple un importante papel en el acuerdo de mediación aunque el acuerdo nazca de la voluntad de las partes, dado que entre otras cuestiones, va a garantizar que nazca del consentimiento libre y voluntario de las partes y ajustado a los principios de la mediación. Pese a ello, no se exige en la LMACM que el mediador firme el acuerdo pues no se trasladó el derogado art. 23.2 Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE nº46, de 6-03-2010, (en adelante RDL)) donde se señalaba que *"El acuerdo de mediación deberá firmarse por las partes o sus representantes y presentarse al mediador, en el plazo máximo de diez días desde el acta final, para su firma."* Aunque la supresión de la exigencia de firma podría ser coherente según SENÉS MONTILLA (2014, p. 294) *"con la eficacia negocial del acuerdo -inter partes- y, además, salva la polémica surgida al amparo del Real Decreto-ley sobre si el mediador podía o no redactar el acuerdo, pues parecía suponer que eran las partes las encargadas de confeccionar el acuerdo"*²⁷; sin embargo plantea problemas si atendemos a la trascendencia que tiene el mediador en el procedimiento de mediación.

Es cierto que el acta final que *"reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible"* según señala la LMACM debe ser firmada por el mediador, pero ésta incorpora escuetamente los acuerdos de mediación que puede abordar muchos perfiles que no se acogen en el acta final. Como señala VIOLA DEMESTRE *"Tal vez, el legislador está pensando que el acta recoge los acuerdos, en sentido general... cuyos detalles se concretan en un acuerdo posterior (condiciones particulares), firmado, este sí, únicamente por las partes o, en su caso, sus representantes"*. En cualquier caso, todo ello podría plantear muchos problemas que podrían derivarse de la falta de coincidencia de los acuerdos redactados en el acta final y en el propio acuerdo.

Dicho lo anterior se observa una tensión entre la falta de exigencia legal de que el mediador firme el acuerdo en relación a la existencia de otras normas que colocan al mediador en una posición de garante de legalidad del acuerdo. Y así se desprende de leyes de mediación de las CCAA donde se sanciona el comportamiento del mediador de favorecer acuerdos ilegales²⁸. Pero difícilmente pueden los mediadores velar por la legalidad del acuerdo cuando no fiscalizan el acuerdo con su firma. Además entra en contradicción con el art. 23.3 de la LMACM²⁹, donde se señala que a las partes se les entrega el acuerdo, y el mediador se reserva el mismo. Por ello si se lo reserva,

²⁷ A mayor abundamiento manifiesta SENÉS MONTILLA (2014, p. 303) *"La supresión de la firma del mediador es lógica, pues ni el acuerdo vincula al mediador, ni le corresponde a éste acreditar otra cosa que no sea la realidad del procedimiento de mediación desarrollado, de cuya tramitación dejará constancia en el acta final, mediante firma"*.

²⁸ En el art. 31.f) LMF Andalucía se califican como infracciones muy graves *"La adopción de acuerdos manifiestamente contrarios a Derecho que causen perjuicio grave a la Administración o las partes sometidas a mediación"*. Según el art. 33.2 estas infracciones se consideran "muy graves" y podrán ser sancionadas con multa y suspensión temporal para ejercer como persona mediadora.

²⁹ Art. 23.3 LMACM: *"Del acuerdo de mediación se entregará un ejemplar a cada una de las partes, reservándose otro el mediador para su conservación. El mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo"*.

parece que ha de alguna manera debería intervenir en el mismo, aunque el acuerdo sea de las partes.

Quizás la mejor opción a fin de favorecer una interpretación integradora sería entender que el mediador aunque no firma el acuerdo está encargado de su redacción lo que justificaría la mención del art. 23.2 LMACM en tanto que señala que del acuerdo de mediación se entregará un ejemplar a cada una de las partes, reservándose el mediador otro ejemplar para su conservación y que el mediador procederá a informar a las partes del carácter vinculante del acuerdo. Sólo ello explicaría la mención del art. 23.3 LMACM de 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*".

Por lo expuesto, hubiese sido deseable que se hubiese mantenido la previsión del RDL de exigirse la firma del mediador en el acuerdo de mediación.

Otro tema de interés es el relativo a la función que ha de cumplir el mediador (véase TAMAYO HAYA, 2012, pp.291 y ss). El art. 13.2 de la LMACM establece que "*El mediador desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta Ley*". La interpretación de este precepto puede hacerse desde la distinción entre la mediación valorativa y la mediación facilitadora según que el mediador proponga una solución o bien se limite a ayudar a las partes a llegar a un acuerdo. En el primer caso "la conducta activa" del mediador le llevará a proponer soluciones, en el segundo únicamente a favorecer la comunicación y el diálogo. No obstante, opino que la LMACM dibuja una mediación facilitadora³⁰ pues según el art. 1 en mediación las partes "*intentan alcanzar por sí mismas un acuerdo*" lo que se aviene mal con propuestas de soluciones realizadas por el mediador.

El tema es conflictivo y ni siquiera la DM clarifica la cuestión. Por ello la solución que han adoptado los países es diversa. Mientras en Italia se admite una mediación valorativa permitiendo al mediador formular "una propuesta de acuerdo", sin embargo, en otros países la mediación se configura con un carácter facilitador como es el caso de Francia (TAMAYO HAYA, 2012, p.293).

Obsérvese que, en Italia, el Decreto Legislativo de 4 de marzo de 2010 n.28 (pubblicato nella G.U. n.53 del 5 marzo 2010) admite la posibilidad de que el mediador haga propuestas³¹ tras la

³⁰ En contra, TAMAYO HAYA (2012, p. 293) al afirmar "*parece que nuestro legislador se ha decantado por una mediación valorativa*".

³¹ Señala TAMAYO HAYA (2012, p. 293) en relación a esta norma que "*Lo que ha resultado más llamativo y fuente de numerosas críticas ha sido, no tanto la facultad del mediador de proponer soluciones, como las consecuencias que puede suponer para las partes la no aceptación de la propuesta del mediador. En este sentido, el D. Legis. 28/2010 introduce la*

reforma del citado Decreto por Decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 (decreto "del fare", convertido in legge 9 agosto 2013 n. 98) donde se estableció en su art. 1.1.a): "*a) mediazione: l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa*". Se abre con ello la puerta a la mediación valorativa³².

En nuestro ordenamiento, la mayor parte de las normas autonómicas que regulan la mediación familiar señalan entre las obligaciones del mediador facilitar la comunicación y propiciar que las partes tomen sus propias decisiones. Además al clarificar el principio de neutralidad destacan que el mediador no podrá imponer soluciones concretas, ni influir en las decisiones de las partes³³, respetando sus puntos de vista³⁴. En parecido sentido se pronuncia la LM Cataluña donde prevé en su art. 6.2 que "*La persona mediadora debe ayudar a los participantes a alcanzar por ellos mismos sus compromisos y decisiones sin imponer ninguna solución ni medida concreta y sin tomar parte*". Y en la misma línea se pronuncian el art. 10 de la LMF Castilla y León donde se regula que el mediador debe evitar "*tomar parte por una solución o medida concreta*", y más específicamente la LM Cantabria en cuyo art. 6 se afirma que "*La persona mediadora deberá abstenerse de proponer acuerdos... Su labor será conseguir que las partes alcancen por sí mismas soluciones al asunto sometido a mediación*".

No obstante, en otra legislación se adopta una postura diametralmente opuesta al acogerse claramente una mediación valorativa. Nos referimos a la LMF Galicia en la que se afirma en art. 7.2 "*La actividad mediadora tendrá por objeto la prestación de una función de auxilio o apoyo a la negociación de las partes, concretándose, en su caso, en la facultad de la persona mediadora de proponer soluciones, a aceptar o no libremente por los sujetos en conflicto*".

Se manifiesta así una diferente regulación de la materia en las distintas legislaciones y se deja abierta la opción en alguna de ellas a la mediación valorativa que en nuestra opinión plantea graves riesgos de desnaturalizar la mediación. El éxito de la mediación radica en la autocomposición, de modo que los sujetos del conflicto son los protagonistas del acuerdo y admitir que el mediador formule propuestas lo sitúa en una situación muy complicada frente a los principios de neutralidad e imparcialidad que debe respetar³⁵.

posibilidad para el Juez de condenar a costas a la parte que gana el juicio en el caso de que el contenido del fallo coincida con la propuesta de acuerdo que había sido formulada por el mediador y rechazada por la parte ganadora del pleito".

³² Según AUTORINO ET ALIO (2011, p. 153) "*Rappresenta quindi, rispetto alla definizione comunitaria di mediazione, una soluzione originale. Una soluzione, peraltro, alquanto problematica. La formulazione della norma interna è, invece equivoca, e rende disagevole la qualificazione giuridica della natura dell'intervento del terzo, che oscilla tra conciliazione facilitativa e conciliazione valutativa o aggiudicativa*".

³³ Vid arts. 8 y 16 LMF Andalucía, art. 8 LMF Aragón, art. 6 LMF Asturias, En parecido sentido se pronuncian art. 9.g) de la LMF Valencia, art. 2 LMF Islas Baleares, art. 14 LMF Madrid.

³⁴ Véase Art. 4 de la LMF Canarias

³⁵ En el mismo sentido TAMAYO HAYA (2012, p. 293).

No obstante, es preciso hacer una puntualización en materia de familia, el mediador ha de favorecer la protección del interés del menor y de la persona dependiente, discapacitada o con capacidad modificada judicialmente, y ello determina que sea plausible que adopte cuando concurren estos sujetos, una postura más intervencionista que se proyecte en el acuerdo de mediación. Vemos con ello una importante matización a la regulación civil prevista en el art. 7 LMACM donde se señala que el mediador no podrá "*actuar en perjuicio o en interés de cualquiera de*" las partes pues esta exigencia legal debe ser adaptada a la mediación familiar que obliga al mediador a proteger el interés de los sujetos antes mencionados.

6. Contenido del acuerdo de mediación familiar

La desjuridificación caracteriza al acuerdo de mediación en general y por tanto al acuerdo de mediación familiar. Así lo constata la Exposición de Motivos de la LMACM que de los tres ejes que señala de la mediación: desjudicialización, deslegalización y desjuridificación, identifica éste último con la regulación del acuerdo de mediación, clarificando que implica "*no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio*". Pero esa afirmación merece ser matizada pues la desjuridificación se proyecta sobre las materias objeto de conflicto que son recogidas en el acuerdo (contenido material), pero no se traslada al ámbito formal pues en todas las leyes de mediación se acogen diversas previsiones (contenido formal) que necesariamente debe constar en el acuerdo. Así se constata en la LMACM en su art. 23.1 cuando establece:

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

El contenido formal es trascendente a los efectos de la suspensión de la prescripción/ caducidad de las acciones y una posible ejecución del acuerdo. Pero junto a este contenido formal, el acuerdo ha de incorporar el contenido material, es decir, los concretos pactos que han asumido las partes.

Llegados a este punto, cabe sostener que el término "desjuridificación" en el ámbito familiar se debe centrar en la diversidad de materias que pueden centrar su contenido y en el hecho de que pueden ser objeto del mismo todas o algunas de las materias tratadas en la mediación. En las distintas leyes de mediación familiar se aborda de diversa manera el contenido material del acuerdo o bien concretando las concretas materias que pueden ser objeto del mismo, o bien señalándola de forma general. Así podemos destacar que mientras aquellas CCAA que no tienen competencia para legislar en materia de derecho civil suelen circunscribirla a materias propias del derecho de Familia, sin embargo en otras CCAA con capacidad para legislar en materia de derecho civil se extiende su ámbito. Este es el caso de la LMF Aragón que así lo recoge en el art.

5.2.i) donde se recoge como materias propias de la mediación familiar la sucesión por causa de muerte o la empresa familiar. No obstante, dicha inclusión debe ponerse en relación con el art. 5.1 de la citada norma en la que se afirma que "*la mediación regulada en la presente Ley podrá referirse a cualquier conflicto familiar surgido en el ámbito del derecho privado*" incluso como señala en el apartado 2.h) a problemáticas referidas al derecho civil patrimonial. Por tanto, alcanza un ámbito más extenso que el propio de la mediación familiar.

Con referencia al contenido del acuerdo de mediación familiar, es conveniente hacer otra distinción entre aquellos acuerdos que tienen por exclusiva finalidad mejorar las relaciones entre las partes (contenido relacional), de aquellos otros que versan sobre contenidos personales, económicos y relaciones pero que tienen una vocación jurídica al ser susceptibles de ser judicializados (contenidos con vocación jurídica). Mientras los primeros son propios de la mediación extrajudicial, los segundos pueden ser intrajudiciales o extrajudiciales pero dada su vocación jurídica es conveniente su formalización en escritura pública u homologación, para en su caso ser susceptibles de ejecución.

En cualquier caso, el acuerdo de mediación familiar al ser construido por y para las partes, debe tener como señala ACEVEDO BERMEJO (2009, p. 63) un lenguaje sencillo y de fácil comprensión y las partes no deben quedar limitadas por los contenidos con trascendencia jurídica, pues debería abarcar todas aquellas materias que sean conflictivas. Además el acuerdo de mediación familiar debe ser especialmente sensible al cambio de las circunstancias. Como ya hemos puesto de manifiesto, los conflictos familiares son dinámicos y por ello junto a los acuerdos sobre contenidos en disputa debería acoger como señala el autor antes citado "*la filosofía que orienta la voluntad de los mediados y las intenciones que mueven a éstos en la adopción de los acuerdos*". La resolución puntual de los mismos no es significativa pues los conflictos familiares con el tiempo evolucionan y se modifican. No es extraño el comentario de algunos magistrados que señalan que en ocasiones cuando los asuntos llegan a apelación, realmente esos conflictos ya no existen pues han cambiado. Por este motivo, los acuerdos de mediación deben estar más centrados en generar cauces de diálogo y de gestión de conflictos, que en la resolución concreta de temas conflictivos. Deben ser acuerdos abiertos que permitan su adaptabilidad al cambio de las circunstancias.

Por otra parte en mediación familiar se observa una significativa matización al criterio acogido en el art.2 de la LMACM que establece que la citada ley se aplica a mediaciones en asuntos civiles que sean disponibles para las partes. Sin embargo, en materia de mediación familiar también cabe la posibilidad de afrontar temas que no son disponibles, pero respecto de los que cabe la homologación judicial. Nos referimos por ejemplo a aquellos supuestos de crisis de pareja en los que existe un conflicto relacionado con los hijos menores en los que se viene exigiendo el pronunciamiento de la autoridad judicial. De ello se ha hecho algunas legislaciones como queda constancia en el art. 3 de la LMF Canarias y en el art. 5 de la LMF País Vasco donde se refieren a materias con "posibilidad de ser homologadas judicialmente". También merece ser traída a

colación el art. 78 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo del Gobierno de Aragón por el que se aprueba con el título de "Código civil de Aragón " el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (BOA núm. 63, de 29.03. 2011), que también prevé la exigencia de que los acuerdos de mediación obtenidos por los progenitores sean aprobados por el Juez; además en el art. 20 de la LMF Aragón distingue entre acuerdo que afectan a menores que serán aprobados como los pactos de relaciones familiares y el resto de los acuerdos familiares que podrán ser formalizados en escritura pública u homologados judicialmente.

El contenido del acuerdo de mediación familiar no puede centrarse únicamente en las cuestiones sustantivas que emergen como si fuese un iceberg ocultando una importante base conflictual que la sustenta. No puede desvincularse de la naturaleza del conflicto familiar y de su propio ciclo evolutivo. Como señala BOLAÑOS (2007, p.3) "*Cuando dos o más personas se encuentran inmersas en una situación conflictiva es fácil reconocer la tendencia a identificar el conflicto con el objeto de la disputa, la mayoría de las veces centrada en los aspectos sustantivos de lo que se está discutiendo. Desde esa perspectiva, lo obvio sería buscar soluciones únicamente en esas cuestiones... pero sabemos que las cosas son mucho más complejas*". Y el acuerdo de mediación familiar se debe hacer eco de esta complejidad incorporando en el mismo todos los aspectos que inciden en el conflicto. Ello explica que cuestiones intrascendentes desde el punto de vista legal pueda tener su reflejo en el acuerdo de mediación, pues aunque no tengan ninguna trascendencia jurídica afectan principalmente a la situación de conflicto entre los sujetos como podrían ser a modo de ejemplo las causas que han llevado al divorcio.

7. Eficacia del acuerdo de mediación

El acuerdo de mediación familiar, una vez cumplidos los presupuestos previstos en la LMACM , será "vinculante", es decir, eficaz para las partes según señalan las distintas regulaciones. Para ello debe tratarse un acuerdo legal es decir que no afecte a materia indisponibles en el que se haya respetado, en su caso, los intereses de los menores y de los dependientes, discapacitados y personas con capacidad modificada judicialmente.

En este ámbito se hace preciso distinguir entre lo que hemos denominado acuerdos de mediación de contenido relacional de aquellos otros que tiene vocación jurídica. Con referencia a la eficacia, aquellos acuerdos de mediación familiar que se correspondan exclusivamente con contenidos centrados en cuestiones relacionales no se plantean problemas. Tendrán la eficacia propia de los negocios de familia que puede incluso entenderse cualificada dado que en el procedimiento de mediación interviene el mediador velando por el respeto a la igualdad de partes, voluntariedad, buena fe. No obstante, por la propia naturaleza de los acuerdos no van a ser coercibles pues la voluntad de las partes sólo aspira a mejorar o restablecer relaciones personales y abrir cauces de comunicación (mediación entre hijos de una persona dependiente a fin de gestionar los conflictos generados por su cuidado).

Más problemático es el análisis de la eficacia de los acuerdos que hemos denominado con vocación jurídica. Frente a algunas opiniones que otorgan a estos acuerdos el valor de mera declaración de intenciones de contenido contractual³⁶, parece más plausible defender que todos los acuerdos de mediación sea cual sea su contenido deben ser valorados como plenas declaraciones de voluntad y tener la eficacia propia de los negocios de familia siempre que no se traspasen los límites de la autonomía de la voluntad y no se encuentren afectados por causas de nulidad (art. 23.4 LMACM). No tendría sentido exigir más a los acuerdos de mediación que a otros negocios jurídicos, especialmente cuando en éstos va a intervenir un mediador que probablemente, en casos complejos, promueva la intervención de consultores³⁷ o bien anime a los mediados a contar con asesoramiento antes o durante la mediación.

Pero en cualquier caso, los acuerdos de mediación deberían tener plena eficacia pues como se afirma en la STS, 1ª, 24.06.2015 (Ar. 2657, MP: Francisco Javier Arroyo Fiestas) resolviendo sobre un asunto relativo a pactos prematrimoniales:

"en el profundo cambio del modelo social y matrimonial que se viene experimentando (artículo 3.1 del Código Civil (LEG 1889, 27)) la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el art. 1323 C. Civil , a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (art. 1255 C. Civil)..."

Pero es más, la eficacia de los acuerdos de mediación familiar debería ser cualificada por los argumentos expuestos en SPI Málaga, 5, 27.09.2012 (AC 2012\1920, JP: José Luis Utrera Gutiérrez):

"...ha de tenerse presente que los acuerdos alcanzados en un proceso de mediación, como el que nos ocupa, tienen un "plus" de obligatoriedad. En efecto y aunque no sea de aplicación a este proceso, ha de recordarse que el artículo 23.3 de la precitada Ley 5/2012 en su último párrafo habla del carácter vinculante del acuerdo alcanzado en mediación. Pero sobre todo esa obligatoriedad "reforzada" vendría dada porque estaríamos ante negocios jurídicos de familia cuya elaboración se desarrolla en un entorno especialmente apto para que la expresión de la voluntad allí recogida lo haya sido sin vicio alguno, pues se desarrolla, por la intervención técnica del mediador, la voluntariedad de la participación, la igualdad en el desarrollo de los debates que llevan al consenso e incluso la posibilidad de

³⁶ Esta es la opinión mantenida por la SAP Barcelona, 12ª, 21.02.2007 (JUR 2007\204550, MP: Pascual Ortuño Muñoz) donde se sostiene que han de tener un valor de mera declaración de intenciones de contenido precontractual. En concreto se señala en la sentencia citada: *"Es importante resaltar que en la práctica de la mediación en conflictos familiares los mediadores, aun cuando posean una formación específica respecto de las instituciones jurídicas objeto de negociación, su función no es la de asesorar (tarea reservada a los abogados de las partes). De hecho pueden proceder de otras licenciaturas o disciplinas, y no obstante ser excelentes profesionales que pueden ayudar a las partes a alcanzar acuerdos muy positivos para sus vidas y la de sus hijos. Mas en lo que se refiere a los aspectos jurídicos, tanto sustantivos, como en el caso de autos es la previsión de la cesión de un inmueble a una sociedad mercantil, como formales o fiscales, el mediador no es un asesor legal, por lo que no puede garantizar que la redacción de los pactos sea la idónea. El caso de autos es paradigmático, puesto que el acuerdo recoge el diseño de una serie de operaciones complejas.... En consecuencia, con lo anterior, la decisión de la Juez de primera instancia de no reconocer efectos al acuerdo de mediación, al considerarlo una mera declaración de intenciones de carácter precontractual, es plenamente acertada y compartida por la Sala..."*

³⁷ Véase art. 23.2 del RMF Andalucía, art. 15 de la LMF Valenciana y art. 12 LMF Canaria.

contar con información y asesoramiento suficiente. Esa "pureza" comercial puesta en relación con las numerosas referencias del Código Civil al "acuerdo de las partes" a la hora de fijar las medidas del artículo 91 y siguientes en los procesos de familia (artículos 91, 92.5, 96 y 97.1^a), supone que los pactos alcanzados en un proceso de mediación técnicamente correcto pero no trasladados a un convenio regulador ratificado judicialmente, deben tener un alto peso en la adopción por el Juez de las medidas a que se refieren. O dicho de otra forma, que tenga que ser quien se aparta de lo convenido en mediación quien acredite, de forma rotunda, aquellas circunstancias coetáneas o posteriores al proceso mediacional que justifiquen el que lo pactado por las partes entonces no debe ser ahora ratificado judicialmente."

La eficacia de los acuerdos de mediación sólo puede verse frustrada en aquellos casos en que dichos acuerdos según afirma el art. 23.4 LMACM se vean afectados por "la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos". Frente a aquellos autores que consideran que la norma se refiere únicamente a las normas que acogen la nulidad absoluta y aquellos otros que sostienen que son aplicables todos los tipos de ineficacia: nulidad, anulabilidad y rescisión, debería adoptarse otra postura. Se puede defender que los tipos de ineficacia que puede afectar al acuerdo son la nulidad y anulabilidad, pues si bien es cierto que el precepto antes citado, señala que sólo cabe las causas de nulidad, también lo es que el Código civil se refiere indistintamente a la nulidad o anulabilidad con el término de nulidad. Por ello trasladando aquí las reflexiones que el profesor DÍEZ PICAZO (1996, pp. 473 y ss) realizó en otro ámbito, la nulidad del acuerdo de mediación procederá cuando se traspasen los límites de la autonomía de la voluntad, no exista, no esté determinado o sea ilícito el objeto, la causa sea ilícita o inexistente y falte la forma. Y se instará la anulabilidad cuando falte capacidad o existan vicios del consentimiento.

Ahora bien, en materia de derecho de familia no se puede desconocer que el cambio de las circunstancias ha de ser tenido presente de modo que si éstas cambiasen quedaría justificada la falta de eficacia del acuerdo. A ello se refiere MORENO VELASCO (2012, p. 4) aunque referido a los acuerdos que afectan a los hijos menores y con la matización de que al referirse a "cambio de circunstancias me refiero a circunstancias objetivas u objetivables y no un cambio de opinión de uno de los progenitores que puede venir motivado por multitud de motivaciones ajenas al interés prioritario de los menores".

Merecen una mención especial, los acuerdos donde los progenitores de un menor convienen sobre cuestiones que les afectan a éstos. En estos casos, si el acuerdo es intrajudicial deberá ser homologado judicialmente lo que no supondrá especialidad alguna.

La cuestión se suscita en aquellos casos en los que el acuerdo de mediación es extrajudicial y recae sobre cuestiones relativas a menores que ha sido convenida por sus progenitores pues nada se aborda en la LMACM sobre si se requeriría necesariamente homologación judicial para su eficacia. Es preciso destacar que en el Código civil al abordar la cuestión de los pactos referidos a los menores realizados por sus progenitores distingue según nos encontremos ante un caso de separación, divorcio o nulidad, o un supuesto en el que no exista crisis matrimonial. Mientras de los arts 154 y ss del CC se desprende que existiendo acuerdo entre los progenitores

no debe recabarse la intervención judicial y a la postre del Ministerio Fiscal que sólo intervendrán en los casos de divergencias entre los progenitores. Sin embargo en caso de separación judicial, divorcio o nulidad la intervención judicial y del Ministerio Fiscal es requerida siempre que existan hijos menores de edad, aunque nos encontremos ante un acuerdo. Y ello pone de manifiesto una contradicción.

Ante la falta de una respuesta clara del ordenamiento jurídico, frente a la abundante línea jurisprudencial de las Audiencias que proclama la ineficacia del referido pacto que afecta a hijos menores cuando no exista homologación judicial, nos encontramos salvo omisión una sola sentencia del Tribunal Supremo en la que se defiende la validez de los acuerdos de los progenitores referidos a sus hijos menores aunque no hayan sido aprobados previamente. En concreto señala la STS, 1ª, 14.2.2005 (Ar.1670; MP: José Almagro Nosete):

"en lo que respecta al valor de los convenios entre los padres, ... cabe señalar que tanto la Constitución –artículo 39– como el conjunto normativo que regula las relaciones paterno filiales –especialmente artículo 154 del Código civil– reconoce a los progenitores un amplio campo de libertad en el ejercicio de su función de patria potestad en que no cabe un dirigismo, por parte de los poderes públicos, cuya intervención –sin perjuicio de sus deberes de prestación– está limitada a los supuestos en que en el ejercicio de la función se lesione o ponga en peligro al menor, lo que explica el carácter y sentido de la intervención judicial sobre los acuerdos a que hayan llegado los progenitores en sus crisis matrimoniales o de rupturas de relaciones de otra índole, en que estén implicados sus hijos menores...".

Por ello frente a la falta de previsión judicial y en contra de lo que viene siendo el uso generalizado del foro de considerar esta cuestión indisponible y por tanto sometida a la necesaria homologación judicial, podría sostenerse que en el acuerdo de mediación que contenga previsiones de los progenitores sobre sus hijos menores debería ser considerado eficaz a no ser que vulnerase el interés del menor y ello porque como manifiesta PARRA LUCÁN (2012, pp. 158-159) *"cuando no hay crisis de pareja... se consideran válidos los acuerdos de los padres para distribuir entre ellos funciones de guarda; si no existe conflicto, tales acuerdos no precisan autorización judicial. No se ve la razón por la que la crisis que afecta a la relación de los padres deba judicializar todo el Derecho de menores cuando los padres son capaces de llegar a un acuerdo, ni tampoco para desconfiar de que el acuerdo adoptado no será beneficioso para los hijos"* Además esta interpretación sería la más favorable al interés del menor pues haría eficaces dichos convenios salvo que perjudicasen al menor. Sería un contrasentido que para favorecer la protección del menor, se declaren ineficaces acuerdos que les benefician.

En esta línea, la regulación catalana de la materia es clara y adapta una postura que parece más viable desde la perspectiva de la protección de los menores. En concreto, la LM Cataluña en su art. 19.1 señala:

"Los acuerdos respecto a materias y personas que necesitan especial protección, así como respecto a las materias de orden público determinadas por las Leyes, tienen carácter de propuestas y necesitan para su eficacia, la aprobación de la autoridad judicial".

Sin embargo, este precepto se encuentra complementado con el art. 233.6 del Código Civil catalán que expresamente expresa:

“Los acuerdos conseguidos en mediación respecto al régimen de ejercicio de la responsabilidad parental se consideran adecuados para los intereses del menor. La falta de aprobación por la autoridad judicial debe fundamentarse en criterios de orden público e interés del menor”.

Como señala ORTUÑO MUÑOZ (2014, p. 420), se acoge en el citado precepto una regla específica de interpretación que introduce una presunción legal "iuris tantum" *"en el sentit que tals acords sobre la custòdia han de merèixer una consideració especial pel jutge: la que el que se s'ha pactat en mediació (amb la intervenció de una persona mediadora acreditada), es adequat per als interessos del menor"*. Y una orientación de este tipo sería conveniente que se trasladase al Código civil al ser más acorde con la protección del interés del menor. No obstante la reforma operada en los arts. 82 y 86 CC en 2015, al exigir que siempre que existan menores debe instarse la separación o el divorcio judicialmente aunque exista acuerdo supone un inconveniente a esta interpretación, que podría ser salvada por la especialidad de la mediación en la que interviene un mediador que tiene la obligación de favorecer el interés del menor y por ser más acorde a la protección del menor.

8. El acuerdo de mediación familiar y su posible incumplimiento

Los acuerdos de mediación, por su propia naturaleza, tienen una mayor vocación de cumplimiento pues como manifiesta UTRERA GUTIÉRREZ (2014, p. 17) una de las ventajas de la mediación es *"que las partes asumen el control y la responsabilidad de sus propias decisiones, lo que se traduce en una mayor perdurabilidad de los acuerdos, menor número de incumplimientos y una mayor flexibilidad ante incidencias y posibles modificaciones"*. Y no podía ser de otra forma pues como señala VILLALUENGA GARCÍA Y VÁZQUEZ DE CASTRO (2012, p. 73) *"la mediación, como sistema cooperativo de gestión, transformación y solución de conflictos favorece la comunicación entre las partes para que tomen sus propias decisiones, por ello, es notable el compromiso de quienes participan en el proceso de mediación, lo que conlleva también un alto índice de cumplimiento de los acuerdos"*.

No obstante cabe la posibilidad de que se produzcan incumplimientos en cuyo caso sólo es posible recabar el auxilio judicial para hacer cumplir lo acordado. Una vez que sobrepasamos esta frontera, si bien nos movemos en un ámbito ajeno a la mediación pues se aplican las reglas procesales, sin embargo existen cuestiones que merecen ser reseñadas.

8.1. La formalización del título ejecutivo una perspectiva general

Los acuerdos de mediación son por sí mismos negocios jurídicos que vinculan a las partes y les obligan al cumplimiento. En el supuesto de ser incumplidos por una de las partes cabe la posibilidad de que se inste judicialmente su cumplimiento y en su caso la ejecución. Para ello es preciso distinguir entre los acuerdos según se hayan formalizado o no en título ejecutivo.

El acuerdo no formalizado en título ejecutivo, tiene valor vinculante cualificado como ya lo hemos expuesto siempre que no esté afectado por causa de nulidad. En estos supuestos, el acuerdo *"no será susceptible de ejecución forzosa, de manera que si las partes no lo cumplieren voluntariamente, habrá que acudir a un proceso judicial... en el que la existencia o contenido del acuerdo se hará valer como hecho de la pretensión planteada"*, GIBERT POMATA (2014, p.242).

Cuando el acuerdo se haya formalizado en título ejecutivo cabe proceder directamente a su ejecución. Ello nos lleva a distinguir siguiendo el tenor del art. 25 de la LMACM entre mediaciones extrajudiciales e intrajudiciales, pues con carácter general en las primeras la ejecutoriedad del título proviene de la elevación a escritura pública, mientras que en el segundo caso se hace precisa la homologación judicial. Pero debe tenerse presente que toda mediación se desarrolla fuera del juzgado sean intrajudiciales o extrajudiciales. Sólo existe una diferencia en lo que respecta a la sesión informativa ya que mientras en la mediación intrajudicial puede realizarse en el propio juzgado, en las extrajudiciales se desarrolla siempre en ámbitos privados; sin embargo esta cuestión no es trascendente porque las sesiones informativas no forman propiamente parte del procedimiento de mediación.

En el ámbito de la mediación extrajudicial, las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado, cuando el notario verifique el cumplimiento de los requisitos exigidos en la ley y que el contenido no es contrario a derecho. Cumple así el notario un filtro de legalidad que es exigido para que el acuerdo de mediación extrajudicial tenga vocación ejecutiva. Señala VARA GONZÁLEZ (2012, pp. 454 y 462) que *"vuelve a aparecer en una norma con rango de ley el concepto de control notarial de legalidad, suprimido de los artículos 145, 197 quater y 198 del Reglamento Notarial por la STS de 20 de mayo de 2008"*. Además coincidimos con el citado autor en que se trata de una escritura de reconocimiento a las que se refiere el art. 1224 del CC pues *"su contenido propio no son declaraciones de voluntad, sino declaraciones de verdad o ciencia, y más en concreto declaraciones confesorias. La escritura recogerá el reconocimiento de las partes acerca de que el acuerdo de mediación (consentimiento) se alcanzó en los términos que están recogidos en el "acuerdo" (documento) correspondiente"*. Por tanto, el control de legalidad del notario se centrará en valorar si se han cumplido las exigencias procedimentales de las distintas leyes de mediación y si las materias sobre las que se ha mediado son susceptibles de mediación.

El carácter de escritura de reconocimiento enfrenta al Notario a una dificultad pues dado que el mediador no firma el acuerdo de mediación, pueden existir términos del mismo no recogidos en el acta final respecto de los cuales no pueda tener la completa certeza de que han sido alcanzados en el procedimiento de mediación. Además por exigencias del art. 1224 CC si acaso la escritura se apartase del acuerdo de mediación nada prueba *"contra el documento en que éstos hubiesen sido consignado"* a menos que expresamente se haya hecho mención a que se procede a una novación pero ésta si no ha sido alcanzada en acuerdo de mediación no podrá tener su misma trascendencia jurídica.

Llama la atención que pese a la importancia que tiene la elevación a público del acuerdo de mediación, el art. 25 LMACM señale que *"las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo"*, dejando en sus manos la conversión del acuerdo en título ejecutivo y estableciendo la necesaria presencia de todas las partes. Aunque tal y como precisa NAVAS GLEMBTOZKY (2014, p.28) *"de conformidad con el principio de libertad de pactos, consagrado en el art. 1255 del Código Civil, las partes pueden incluir en el acuerdo de mediación una cláusula en virtud de la cual puedan compelerse a elevar a público el acuerdo de mediación"*; lo que sería aconsejable.

En las mediaciones intrajudiciales, según señala el art. 25.4 LMACM, las partes podrán solicitar la homologación del acuerdo del tribunal en cuyo procedimiento se hubiere alcanzado el acuerdo. Obsérvese que el precepto vuelve a utilizar el término "podrán" por lo que según su tenor literal los sujetos del acuerdo pueden solicitar la homologación judicial o bien instar la elevación a público del acuerdo. Ahora bien, esta opción obliga a realizar una matización que ha sido señalada por CATALAYUD SIERRA (2013, p. 190) en el sentido de que *"no parece que las partes puedan utilizar la vía notarial como subsidiaria de la judicial, como una especie de segunda instancia, si ha fracasado ésta, es decir, si, habiéndose intentado, el Juez ha denegado la homologación por considerar no ajustado a Derecho el acuerdo alcanzado, porque el Notario no puede revisar lo que el juez ha resuelto"*; aunque a la inversa si qué cabría ir a la vía de la homologación, cuando el notario haya denegado la elevación a público.

Si el acuerdo se encuentra formalizado en título ejecutivo, será posible en su caso la ejecución. El art. 26 de la LMACM³⁸ regula esta materia, distinguiendo entre mediaciones intrajudiciales y extrajudiciales de modo que la ejecución de los acuerdos homologados judicialmente, se instará ante el tribunal que los homologó. Cuando el título ejecutivo es una escritura pública se ejecutará ante el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde se hubiera firmado el acuerdo de mediación.

Como señala SENÉS MONTILLA (2012) la novedad que ha supuesto este art. 26 LMACM *"no es otra que la extensión de la eficacia ejecutiva a la escritura pública que documente un acuerdo de mediación, cualquiera que sea la naturaleza de la obligación documentada"*. No obstante en caso de que la escritura pública contenga previsiones novatorias, éstas no podrán tener la eficacia ejecutiva propia del acuerdo de mediación, sino el propio de las escrituras públicas en general, lo que nos llevaría a la vía señalada en el art. 517.4 LEC que acoge la ejecutividad de las escrituras públicas que contienen una obligación susceptible de ello. Este tema es de gran interés y quizás dé sentido al art. 550 LEC que al regular los documentos que han de acompañar la demanda ejecutiva señalan que en caso de que el título ejecutivo sea un acuerdo de mediación elevado a escritura pública, se acompañará, además, copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento. Ello permitirá al Juez comprobar que los acuerdos que se van a ejecutar son acordes con los que se

³⁸ Señala el art. 26 LMACM *"La ejecución de los acuerdos resultado de una mediación iniciada estando en curso un proceso se instará ante el Tribunal que homologó el acuerdo. Si se tratase de acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar que se hubiera firmado el acuerdo..."*

recogiesen en su caso en el acta final.

Merece destacarse que frente a estas dos vías de formalización del acuerdo de mediación en título ejecutivo, en otros sistemas jurídicos se han arbitrado otras. En Alemania se admite un modo de ejecución del acuerdo de mediación que no es reconocida en nuestra legislación. Nos referimos al *Anwaltsvergleich*. Como señala NAVAS GLEMBOTZKY (2014, p. 18) "*consiste en un acuerdo concluido con la asistencia de los abogados de las partes en forma de transacción extrajudicial. En caso de que una de las partes no cumpliera con el Anwaltsvergleich, la otra parte podrá instar ante un Tribunal de Primera Instancia la ejecución forzosa del mismo*".

Siguiendo al mismo autor también en Italia se ha ido más allá de la DM y "*en un acuerdo de mediación alcanzado después de un procedimiento de mediación llevado a cabo en una Institución adscrita al Ministerio de Justicia italiano y por un mediador oficial, cualquiera de las partes interesadas en su ejecución, podrá solicitar la ejecución del acuerdo mediante una solicitud de homologación ante el Tribunal donde se encuentre la institución a la que se ha encomendado la mediación. El Tribunal se limitará a un control formal y otorgará la ejecutividad a menos que el acuerdo sea contrario al orden público italiano o a las normas de ius cogens*", NAVAS GLEMBOTZKY (2014, p. 19).

Los dos sistemas específicos de ejecución presentan la ventaja de favorecer la formalización en título ejecutivo del acuerdo a instancia de sólo una de las partes. Ello hace más efectivo la posible ejecución del acuerdo de mediación en caso de incumplimiento y hubiera sido aconsejable haber regulado un sistema similar en nuestro ordenamiento.

8.2. Especialidad en el ámbito de la mediación familiar

El acuerdo de mediación familiar presenta singularidades frente al acuerdo de mediación civil no familiar, nacida de la propia idiosincrasia jurídica y conflictual de la familia. Una de ellas deriva del contenido de la escritura pública que acoge el acuerdo de mediación pues éstos suelen abarcar diferentes y variadas materias que alcanzan desde las que tienen naturaleza extrajurídica como las jurídicas que a su vez, como indica VARA GONZÁLEZ (2012, pp. 479 y ss) pueden ser "*declaraciones de voluntad o negociales conectadas causalmente con el acuerdo alcanzado, pero extravagantes al mecanismo legal de la medición*". Respecto de éstas, señala el autor citado, la escritura puede contener liquidación de la sociedad de gananciales, extinción de comunidad sobre la vivienda familiar... de modo que "*si el acuerdo contiene, por ejemplo, el esquema de la liquidación de gananciales, formalizar dicha liquidación juntamente con la protocolización del acuerdo dotará de sentido negocial a la escritura resultante, sin merma de su ejecutividad respecto de las obligaciones pendientes. Si por el contrario el acuerdo contiene el compromiso de una de las partes de "prestar garantía real en seguridad del pago de la pensión compensatoria", tendrá sentido constituir hipoteca sobre finca privada del deudor en documento separado*".

Es especialmente singular, el acuerdo de mediación familiar que recae en casos de separación legal o divorcio. Si los cónyuges con hijos menores no emancipados o con capacidad modificada judicialmente, se separan judicialmente o se divorcian de mutuo acuerdo, existiendo acuerdo de mediación éste deberá necesariamente trasladarse a un convenio regulador para obtener la correspondiente homologación judicial, previo el preceptivo informe del Ministerio Fiscal. En el caso de que el juez denegase su aprobación, los cónyuges deberán presentar a éste nueva propuesta lo que determinará, en su caso, la necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de mediación familiar.

Cuando en procedimientos de separación y divorcio consensuales, no existen hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente, también los acuerdos de mediación deben ser trasladados al convenio regulador y ser aprobados por el Notario o el Letrado de la Administración de Justicia. En el caso de que éstos aprecien que el acuerdo puede ser *"dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente"*. En este caso, según el art. 90 CC los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador, lo que exigirá en su caso si así lo quieren las partes, reiniciar el procedimiento de mediación. Se observa en este punto, una importante diferencia con el régimen general señalado en la LMACM para los casos en los que el acuerdo no pase satisfactoriamente el control de legalidad notarial. Mientras en la LMACM cabe la posibilidad de que se convenga un nuevo acuerdo de mediación que sea llevado al mismo Notario, sin embargo en los casos señalados sólo cabe trasladar el nuevo acuerdo al Juez para solicitar su oportuna homologación.

Tanto el acuerdo de mediación como el convenio regulador deberían ser aportados al procedimiento. Así se señala en la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial publicada por el Consejo General del Poder Judicial en 2016³⁹ *"En el caso de la mediación hubiera terminado positivamente, es muy conveniente que los convenios reguladores de mutuo acuerdo redactados por los letrados y que se presenten para su aprobación, vayan acompañados del acuerdo mediado, debiendo los jueces recabar el cumplimiento de este requisito contemplado en la LEC"*.

Se aprecia una estrecha relación entre el acuerdo de mediación familiar y el convenio regulador (art. 90 CC) pese a la existencia de diferencias. Una primera distinción entre ambos se manifiesta en que mientras el convenio regulador debe tener una redacción técnica dado que debe ser presentado para su aprobación al Juez, Letrado de la Administración de Justicia o Notario; el acuerdo de mediación debe ser de redacción sencilla de tal manera que sea de fácil comprensión para las partes del mismo. ACEVEDO BERMEJO (2009, pp.59 y ss.) añade además otros significativos criterios de distinción. Señala el citado autor que el acuerdo de mediación deberá redactarse dando a cada uno de los concretos acuerdos explicación de la decisión que se haya

³⁹ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>; última visita: 16 de julio de 2017

adoptado a fin de que sirvan éstas para interpretaciones futuras. Estas aclaraciones sin embargo no tienen que constar en el convenio regulador donde basta que se consignen los contenidos legalmente exigidos. Además el acuerdo de mediación, continúa el autor, *"debe tener una redacción más amplia y pormenorizada que un convenio regulador al uso, sencillamente porque el acuerdo... es... un proyecto de vida de una unidad familiar"*. Y finalmente como *"la vida de la familia es pura dinámica cambiante"*, el acuerdo deberá contener *"una previsión de intenciones o un mantenimiento de la filosofía motivadora"* a fin de facilitar su adaptación al cambio de las circunstancias. Pero el dato que especialmente distingue uno y otro documento, es que mientras en el convenio regulador debe recaer necesariamente sobre contenidos jurídicos, el acuerdo de mediación puede además contener, como será habitual, contenidos extrajurídicos.

Obsérvese en estos supuestos de separaciones y divorcio legales tres importantes singularidades. Una primera es que los acuerdos de mediación se deben trasladar al convenio regulador y éstos son los que se homologan o se elevan a escritura pública. Una segunda especialidad se centra en que los convenios reguladores son negocios jurídicos complejos en los que todos los acuerdos pactados se encuentran en estrecha relación de interdependencia. Ello explica que numerosos acuerdos tengan una naturaleza compleja de carácter oneroso y familiar como sería el caso de cesiones por parte de uno de los cónyuges de su parte en la vivienda familiar en favor de los hijos habidos en el matrimonio. En estos temas el convenio regulador aprobado en el procedimiento legal correspondiente sería suficiente para instar su inscripción en el Registro. No obstante, como ya ha sido expuesto en los convenios reguladores son también frecuentes los acuerdos "extravagantes" al mecanismo de la mediación pero estrechamente relacionados con la misma, como podría ser una donación a un descendiente de un bien inmueble perteneciente a los cónyuges. En estos supuestos, será preciso elevar ese acuerdo a escritura pública independiente en el que conste también la aceptación del donatario para que sea susceptible de inscripción pues como se ha pronunciado la DGRN en Resolución de 18 de mayo de 2017 (BOE n.137, de 9.06.2017) *"la aprobación del convenio no puede ser suficiente para convertir un acto de naturaleza privada -como es el de una donación de un bien en favor de un hijo extraña al cumplimiento de los deberes paternos o familiares- en un negocio de naturaleza compleja-familiar susceptible de acceso per se al Registro de la Propiedad"*.

Una tercera peculiaridad, se centra en que en el divorcio y separación legal es imprescindible la presencia del abogado por lo que estos profesionales cumplen un papel trascendental al dar forma jurídica al acuerdo de mediación mediante su traspaso al convenio regulador. Su intervención es obligatoria tanto cuando existe un procedimiento ante el Juez o Letrado de la Administración de Justicia como cuando se utiliza la vía notarial (véase Ar.82 y 87 CC). Por ello hubiera sido aconsejable la incorporación en la LMACM de una norma similar a la que existe en la LM Cataluña en cuyo art. 15 donde se señala que *"La persona mediadora debe informar a las partes de la necesidad de recibir asesoramiento jurídico durante la mediación y la necesidad de la intervención de un letrado para en su caso redactar el convenio o documento jurídico adecuado"*.

Llegados a este punto, volvemos a incidir en la trascendencia del conocimiento del derecho en los acuerdos de mediación familiar con contenido jurídico, pues los mediadores deben evitar los acuerdos ilegales pudiendo incurrir en sanciones, y, además los acuerdos para ser ejecutables en caso de incumplimiento deben ser ajustados a derecho. Por otra parte, no se puede obviar que las partes acuden a mediación imbuidas de ideas jurídicas o pseudo-jurídicas que matizan su participación.

Finalmente otra significativa diferencia entre el acuerdo de mediación familiar y el civil en materia de ejecución, es la que deriva de la naturaleza cambiante de las circunstancias familiares. Obsérvese que de ello se hace eco el Código civil en cuyo art. 90.3 CC señala que los convenios reguladores aprobados pueden ser modificados si "*así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges*". Esta posibilidad de cambio debe trasladarse también al acuerdo de mediación, pues tanto el convenio regulador como el acuerdo de mediación beben del carácter peculiar de las relaciones familiares y en concreto de su dinamismo. Ello se observa especialmente en relación a los acuerdos de los hijos pues a medida que crecen cambian sus necesidades y circunstancias. Esta exigencia también se desprende del art. 2.5.e) LORPJM.

El dinamismo al que hemos hecho referencia se refleja no sólo en relación a las medidas adoptadas en los procedimientos de separación y divorcio sino también en relación a otros muchos conflictos familiares, pues la familia no puede entenderse sin el cambio que el devenir del tiempo les imprime y todo ello incide en el acuerdo determinando que en ocasiones no sea ejecutable, aunque se hayan cumplido todos los presupuestos legales, pues la modificación de las circunstancias impone el cambio del tenor del acuerdo. Y aquí radica sin duda la ventaja más significativa de la mediación familiar pues si con ella se ha conseguido restablecer o crear nuevos cauces de comunicación, éstos facilitarán la adaptación de las relaciones de las partes a la realidad cambiante.

Dicho todo lo anterior, la mediación familiar tendría que ser acogida en nuestro ordenamiento, siguiendo la terminología de OROZCO PARDO (2016), como un instrumento complementario y no alternativo del sistema judicial pues es imprescindible en la gestión y resolución de los conflictos familiares especialmente en los supuestos de crisis de parejas⁴⁰.

Como ya se ha puesto de manifiesto en este trabajo, el derecho de familia, como no podría ser de otra forma dada la realidad que regula, está compuesto por numerosas normas que contienen conceptos jurídicos indeterminados. Ello implica una imprecisión normativa que será especificada por el Juez aplicando criterios que aunque fundados en reglas jurídicas y en

⁴⁰ El término "complementario" ha sido acogido por OROZCO PARDO (2016, p.1) al analizar y reflexionar sobre "*la aparente contradicción entre la mediación como vía complementaria, más que alternativa, de resolución de conflictos y acceso a la Justicia, frente al proceso objetivo de carácter formal que representan los Tribunales de justicia*"

tendencias jurisprudenciales, estarán muy matizados por su propia sensibilidad. Además, las normas en familia responden a valores generales que pueden chocar frontalmente con las circunstancias personales y el sentir de la propia familia, provocando desajustes al aplicarlos a una familia en particular. Como señala MARLOW (1999, p. 269) mientras el Juez pretende que la pareja obtenga un acuerdo que se ajuste las normas jurídicas, el mediador aspira a que las partes lleguen a un acuerdo con el que sean capaces de vivir. Y en el ámbito familiar es difícil que las partes puedan vivir conforme a criterios dados que no se adecúen a su propia realidad.

Todo ello se agudiza especialmente cuando existen hijos menores por lo que debe promoverse la mediación como instrumento de gestión autocompositiva del conflicto de sus progenitores pues permitirá a éstos construir un camino de comunicación adecuado que les ayude a diferenciar entre los intereses propios y aquellos que son de sus hijos menores. La mediación es un instrumento idóneo para conseguirlo que debe ser fomentado e incentivado⁴¹. Por ello, existiendo crisis de parejas con hijos menores, se debería instaurar una mediación obligatoria entendida como asistencia ineludible a una sesión informativa de mediación. Quizás sea el momento de dar un paso más en el camino de la mediación familiar.

⁴¹ En esta línea véase la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (BOE n. 176, de 24.07.2015), País Vasco.

9. Tabla de jurisprudencia citada

Tribunal Supremo

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STS,1ª, 14.02.2005	RJ 1670	José Almagro Nosete	Patricia c. Santiago
STS,1ª, 20.10.2014	RJ 5613	Francisco Javier Arroyo Fiesta	Rodolfo c. Bibiana
STS, 1ª, 24.06.2015	RJ 2657	Francisco Javier Arroyo Fiesta	Cecilio c. Tomasa

Audiencia Provincial

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
SAP Barcelona,12ª, 21.02.2007	JUR 204550	Pascual Ortuño Muñoz	Bartolomé c. Ángeles

Juzgado de Primera Instancia

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
JPI Málaga,5ª, 27.09.2012	AC 1920	José Luis Utrera Gutiérrez	Gumersindo c. Virtudes

10. Bibliografía

Antonio ACEVEDO BERMEJO (2009), *El divorcio sin pleito. El abogado y la mediación familiar*, Tecnos, Madrid.

Ramón ALZATE SÁEZ DE HEREDIA (2008), "Dinámicas del conflicto en el entorno familiar", en Miguel Ángel SORIA, Carlos VILLAGRASA, Inmaculada ARMADANS (Coordinadores), *Mediación familiar*, Bosh, Barcelona.

Gabriella AUTORINO, Claudia TROISI, Daniela NOVELLO (2011) *La mediazione delle controversie civili e commerciali*, Maggioli editori.

Ignacio BOLAÑOS CARTUJO (2007), "La mediación transicional", *Portularia: Revista de Trabajo social*, vol.7. 1-2.2007.

Luis Díez PICAZO (1996), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Volumen Primero, Introducción. Teoría del Contrato*, 5ª edic., Civitas, Madrid.

Leticia GARCÍA VILLALUENGA, "Mediación civil. Mediación intrafamiliar", Publicaciones del Consejo General del Poder Judicial, http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial

M. Esperança GINEBRA MOLINS y Jaume TARABAL BOSCH (2013), "La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación", InDret 4/2013

(www.indret.com).

Marta GISBERT POMATA y Sara DíEZ RIAZA (2014), *El contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*, Civitas, Navarra.

María Elena LAUROBA LACASA (2011), "La mediación en Cataluña" en Núria GINÉS CASTELET (Coordinadora), *La familia del siglo XXI: algunas novedades del Libro II del Código Civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona.

Antonio LÓPEZ Y LÓPEZ (1999) en el Prólogo al libro de BLANDINO GARRIDO, *Régimen jurídico de las deudas tras la disolución de la sociedad de gananciales*, Valencia.

Antonio M. LOZANO MARTÍN (2015), en "La mediación como proceso de gestión y resolución de conflictos", en Guillermo OROZCO PARDO, José Luis MONEREO PÉREZ (Directores), *Tratado de Mediación en la Resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid.

Raquel LUQUIN BERGARECHE (2007), *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, Civitas, Pamplona.

Leonard MARLOW (1999), *Mediación familiar. Una práctica en busca de una teoría. Una nueva visión del Derecho*, Granica, Barcelona.

Cristina MERINO ORTIZ (2013), *La mediación en situaciones asimétricas: procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*. Reus, Madrid.

Víctor MORENO VELASCO, "La ejecución del acuerdo de mediación en relación a materias no disponibles en las crisis matrimoniales. Una propuesta de solución ", *Diario la ley*, nº 7899, 11 de julio de 2012, año XXXIII.

Juan Ramón NAVAS GLEMBOTZKY (2014), *El enforcement del acuerdo de mediación civil y mercantil en el ámbito internacional: Análisis, Estudio Comparado y Recomendaciones*, InDret 2/2014 (www.indret.com)

Guillermo OROZCO PARDO "La relación entre mediación y seguridad jurídica en el contexto de los conflictos familiares. Justicia objetiva versus justicia subjetiva", *Aranzadi Instituciones*, BIB 2016/80483.

Pascual ORTUÑO MUÑOZ (2014), "Comentario al art. 233.6" en Joan EGEA FERNÁNDEZ y Josep FERRER I RIBA (Directores), *Comentari al LLibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Atelier, Barcelona.

Encarnación ROCA I TRIAS (1999), *Familia y cambio social. (De la "casa" a la persona)*, Civitas, Madrid.

Carlos ROGEL VIDE (2009), "Mediación y transacción en el derecho civil", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 3.

Carmen SÁNCHEZ HERNÁNDEZ,

- (2012), "Solución extrajudicial de los conflictos familiares: la mediación familiar", Gema DíEZ-PICAZO (Coordinadora), *Derecho de Familia*, Aranzadi, Pamplona.

- (2014), "Cuestiones problemáticas en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos

civiles y mercantiles", Luis DÍEZ PICAZO (Coordinador), *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Vol. II, Aranzadi, Pamplona.

Ana SEISDEDOS MUIÑOS (2005), "Las medidas relativas a los hijos en los procesos de divorcio y de separación matrimonial: primera aproximación al nuevo texto del código civil (Ley 15/2005)", Aranzadi civil n 22, BIB 2005/2649.

Carmen SENÉS MONTILLA:

-(junio 2012), "La eficacia del "compromiso de mediación" y de los "acuerdos de mediación", *legaltoday.com*

- (2014), "El acuerdo de mediación y su ejecución", en Francisco LÓPEZ SIMÓ y Federico F. GARAU SOBRINO (Coordinadores), *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

Gonzalo SERRANO MARTÍNEZ (2008), "Eficacia y mediación familiar", *Boletín de psicología* nº 92, 2008.

Silvia TAMAYO HAYA,

- (2012), "Comentario al art.23. El acuerdo de mediación" en Leticia GARCÍA VILLALUENGA y Carlos ROGEL VIDE (Directores), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, dir., Reus. Zaragoza

- (2015), "Comentario al art. 1809 del Código civil", en Ana CAÑIZARES LASO, Pedro DE PABLO CONTRERAS, Javier ORDUÑA MORENO Y Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (Directores), *Código civil Comentado. Volumen IV*, 2ª edic, Civitas, Navarra.

Jose Luis UTRERA GUTIÉRREZ,

- (2013) "La mediación familiar en la Ley 5/2012. Cuestiones prácticas para los abogados", en Encarnación ROCA I TRIAS ET AL. , *Jurisdicción de Familia XX años*, Dykinson, Madrid.

- (2014), "Prólogo" al *Código de Mediación Familiar*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla.

José Manuel VARA GONZÁLEZ, "Aspectos notariales de la Ley de Mediación. Referencia a la mediación familiar", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 82, abril-junio 2012.

Bernardino J. VARELA GÓMEZ (2013), "Art. 10. Las partes en la mediación" en Raquel CASTILLEJO MANZANARES (Directora), *Comentarios a la Ley 5/2012, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO,

- (2012), "Comentario al artículo 19. Sesión constitutiva" (2012), en *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, dir. Leticia GARCÍA VILLALUENGA y Carlos ROGEL VIDE, Reus, Zaragoza.

- (2015,) "El papel de los hijos menores en el procedimiento de mediación familiar" (2015), *Revista de Derecho de Familia* nº 67/2015.

Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO y Leticia GARCÍA VILLALUENGA (2013), "La mediación civil en

España: luces y sombras de un marco normativo", *Política y sociedad*, 2013, 50, 1.

Isabel VIOLA DEMESTRE, "El carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes en mediación", en *Simposio sobre tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la Justicia. Comunicaciones*, 18-19 de junio de 2009, Huygens Editorial, Barcelona.