

MEDIACIÓN Y TRANSACCIÓN EN EL DERECHO CIVIL

Carlos Rogel Vide
catedrático de Derecho civil

- 1. Mediación y solución de conflictos.**
- 2. Mediación y mandato.**
- 3. Mediación en conflictos. Relación del mediador con las partes y contrato de mediación.**
- 4. Obligaciones del mediador y fuentes de las mismas.**
- 5. Mediación y transacción.**
- 6. Límites de la transacción.**
- 7. Capacidad para transigir**
- 8. Materias sobre las que se puede y sobre las que no se puede transigir.**
- 9. Transacción y cuestiones matrimoniales.**
- 10. Recapitulación.**

1. Mediación y solución de conflictos

En los tiempos presentes, ha alcanzado extraordinario auge la **mediación** entendida como **sistema o procedimiento** mediante el cual un experto tercia, se coloca en medio de personas con posturas enfrentadas, con **conflictos de intereses** entre ellas, haciendo lo posible para que estos se resuelvan y lleguen las personas dichas, incluso y llegado el caso, a suscribir un acuerdo transaccional que ponga fin a los mismos¹.

La mediación -entendida como acabo de decir- se integra, habitualmente, dentro de las llamadas ADR, siglas de las palabras inglesas *Alternative Dispute Resolution*, que tanto quiere decir, en español, como Sistemas

¹ En un artículo titulado “La mediación en España. Edición 2009” accesible en la Red http://www.mediate.com/articles/la_mediacion_en_espana_2009.cfm , Franco Conforti nos recuerda la siguiente definición de mediación hecha por John M. Hayner, fundador de la Academia de Mediadores Familiares de los Estados Unidos: “Procedimiento en virtud del cual un tercero, el mediador, ayuda a los partícipes en una situación conflictiva a su solución, que se expresa en un acuerdo consistente, mutuamente aceptado por las partes y documentado de manera tal que permita, si fuese necesario, la continuidad de las relaciones entre las personas involucradas en el conflicto dicho”.

En la misma línea, pueden traerse a colación las siguientes definiciones de mediación:

- “Procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por si mismas un acuerdo con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho” (artículo 3.a) de la Directiva 2008/52, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles).

- “Procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial que se dirige a facilitar la comunicación entre las personas, a fin de que gestionen, para ellas mismas, una solución de los conflictos que los afectan, con la asistencia de una persona mediadora que actúa de forma imparcial y neutral” (artículo 1.1 de la Ley catalana de 2009, de mediación en el ámbito del Derecho privado).

La mediación familiar, específicamente, viene definida en el artículo 2.1 de la ley andaluz 1/2009, sobre la materia, del siguiente modo: Procedimiento extrajudicial de gestión de conflictos no violentos que puedan surgir entre miembros de una familia o grupo convivencial, mediante la intervención de profesionales especializados que, sin capacidad de decisión sobre el conflicto, les asistan facilitando la comunicación, el diálogo y la negociación entre ellos y ellas, al objeto de promover la toma de decisiones consensuadas en torno a dicho conflicto”.

Alternativos de Solución de Conflictos², hablándose también, en la Unión Europea, de MASC, siglas de *Modalidades Alternativas de Solución de Conflictos*³.

Alternativas, a lo que parece y por cuanto se dice, al **proceso** -al **arbitraje** incluso-, a pesar de que, en tales casos y a la postre, lo que resuelve la disputa, propiamente hablando, es la sentencia -o el laudo-, siendo el proceso -o el arbitraje-, cual la **mediación** -que desemboque en la transacción-, meros cauces o **medios para lograr el resultado apetecido**, por mucho que, en ocasiones y no pocos, puedan pensar lo contrario, confundiendo, al hacerlo y en mi opinión, el camino seguido con la meta perseguida⁴.

Una cierta confusión en la utilización de los términos se aprecia, al respecto y en efecto, en los textos legales que se ocupan de la cuestión. Así, en el Considerando 6 de la Directiva 2008/52, sobre ciertos aspectos de la mediación, se dice que la misma puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a determinados conflictos, en tanto que, en el Considerando 10 de la misma se precisa que son las partes las que han de

² A los sistemas alternativos de resolución de conflictos (ADR) dedica Marta BLANCO CARRASCO los capítulos 1º (páginas 9 a 26) y 2º (páginas 27 a 71) de su monografía sobre *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica* -Madrid, Reus, 2009-.

³ En un Documento de la Comisión Europea –Red Judicial Europea- accesible en la Red http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_es.htm puede leerse, a respecto, lo siguiente: “A partir del Plan de Acción de Viena de 1998 y las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 1999, el Consejo de Ministros de Justicia e Interior invitó a la Comisión a que presentara un Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en materia civil y mercantil distintas del arbitraje, publicando la Comisión, en 2002, un documento de debate al respecto.

⁴ Confusión del género puede apreciarse, de algún modo, en las conclusiones sobre “el concepto del sistema alternativo de resolución de conflictos o ADR” contenidas en las páginas 341 y 342 del libro, ya citado, de Marta BANCO CARRASCO sobre *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos*, al incluir, en los mismos -entendidos en sentido estricto-, a la transacción y, luego, dejarla fuera, entendiendo que en los ADR -entendidos en sentido estricto- ha de participar un tercero en la solución del conflicto, a pesar de haber dicho antes que han de ser las partes en conflicto las que alcancen la solución del mismo al margen del proceso, razón que -por cierto- lleva a excluir al arbitraje de los mismos, a pesar de haberlo incluido, antes, en ellos.

alcanzar por si mismas la solución -resolución se dice, por influencia del término inglés *resolution*- del conflicto, con la ayuda, eso si, del mediador.

La misma imprecisión se aprecia en el artículo 1.1 de la Directiva en cuestión, a decir del cual el objeto de la misma es “facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios promoviendo el uso de la mediación”.

Solución, resolución e, incluso, gestión y transformación de conflictos referidas, siempre, a la mediación, por mucho que estemos en presencia de realidades distintas y más próxima, a la postre y posiblemente, a la transacción que a la mediación propiamente dicha.

Una cierta confusión, al respecto, se aprecia también en la Ley catalana de mediación en el ámbito privado, de 2009, al señalar, en su artículo 1.2, que “la mediación, como método de gestión pacífica de conflictos, pretende evitar la apertura de procesos judiciales de carácter contencioso, poner fin a los ya iniciados o reducir su alcance”, cuando ésta es, precisamente, la finalidad de la transacción, “contrato por el cual -dice el artículo 1809 del Código civil, iniciando su regulación- las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”.

Primera precisión, ésta, que me parece necesaria, en pagos básicamente procesales, pareciéndome necesaria también la que sigue, en sede, ya, de Derecho civil.

2. Mediación y mandato

En tiempos relativamente recientes, la **mediación** -en Derecho civil- era, solo y exclusivamente, un **contrato atípico**, dotado de tipicidad social y **próximo al mandato**, en virtud del cual una persona, a cambio de una remuneración normalmente, ponía en relación a personas sin conflictos

pendientes, con el fin de que pudieran cerrar o cerrasen acuerdos entre ellas⁵.

El mediador podía haber sido contratado previamente, al efecto, por una de las partes -o, incluso, por ambas-, cabiendo también que, sin contrato previo, ofreciese sus servicios a las partes dichas, partes que, si se servían de los datos e información suministrada por el mediador, habrían de compensar sus esfuerzos, so pena de ser acusadas de enriquecimiento injusto.

Tal mediación -cuando no idéntica⁶- es muy **similar al corretaje**, denominación más utilizada en el ámbito mercantil, dedicando, por otra parte, nuestro Código de comercio el Título VI de su Libro I (artículos 88 y siguientes) a la regulación *De los agentes mediadores del comercio y de sus obligaciones respectivas*, dedicando la Sección Primera a las disposiciones comunes al respecto, y la tercera a los Corredores colegiados de Comercio⁷.

⁵ CASTAN TOBEÑAS, en la página 567 del *Tomo Cuarto. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias* de su *Derecho civil español* -Decimoquinta edición revisada y puesta al día por Ferrandis Vilella, Reus, Madrid, 1993- dice: “Se llama contrato de corretaje o mediación aquel por el cual una de las partes (el corredor o mediador) se compromete a indicar a la otra... la oportunidad de concluir un negocio con un tercero o a servirle de intermediario en esta conclusión, a cambio de una retribución... Lo característico de la actuación del mediador consiste en que se limita a poner en relación, directa o indirectamente, a los futuros contratantes, sin participar él personalmente en el contrato”.

⁶ CASTÁN TOBEÑAS -*op. loc. ult. cit.*- y muchos otros hablan indistintamente de mediación o corretaje.

⁷ *El contrato de corretaje* fue estudiado monográficamente por el abogado Manuel SAMPONS DELGADO, que publicó una monografía con dicho título en la Editorial Montecorvo de Madrid el año 1965. En la misma y entre otras cosas dice: “La intervención de una persona reducida a realizar las gestiones necesarias para poner en relación a otras dos para la celebración de un contrato, sin contratar aquella en nombre propio ni en el de su pretendido comitente, no puede calificarse de comisión mercantil y sí debe considerarse como un contrato innominado...; es la figura propia del contrato de corretaje (página 42).

A decir de Sampóns -páginas 48 y 49-, el corredor ha de indicar la ocasión de concluir un negocio, poniendo en relación a quienes puedan llevarlo a cabo, eliminando diferencias y logrando la avenencia entre ellas -“manejando, con su técnica profesional, la suave lima que reduzca a cero al diferencia de intereses de los contratantes-

La mediación dicha sigue existiendo y es bueno saberlo para no confundirla con la anterior, más reciente, sabido el viejo aforismo *prior in tempore, potior in iure*, aforismo -justo es decirlo- más citado que respetado.

Para intentar superar la **confusión resultante de designar, con un mismo término, dos realidades distintas**, se ha recurrido -si no me equivoco- a la **distinción entre mediación e intermediación**⁸, lo cual no deja de plantear problemas, pues también el mediador está siempre entre las personas respecto de las cuales ejerce sus buenos oficios. Por otra parte, no se sabe bien cual de las mediaciones, en buena lid, habría de pasar a llamarse “intermediación”, por mucho que los mediadores en conflictos tiendan -con más éxito que menos- a monopolizar el término.

Quizás sería mejor solución utilizar el término “**corretaje**” para referirse a la mediación sita en las proximidades del mandato, como quiere Sampons⁹, reservando el de “mediación”, como quiere Blanco Carrasco¹⁰, para la mediación sita en las proximidades del conflicto.

En todo caso, es un hecho consumado la existencia de numerosas **leyes autonómicas españolas relativas**, expresamente, **a la mediación familiar** -la última de las cuales, por cuanto me resulta, es la de Andalucía (Ley

gestionando, además, los necesario --autorizaciones, permisos- para obtener el contrato deseado.

⁸ De “intermediación en ventas” habla CASTÁN TOBEÑAS -*op. ult. cit.*, p. 569-.

⁹ SAMPONS DELGADO -*El contrato de corretaje*, cit., pp. 51 y 52- dice, al respecto, lo siguiente: “Más esencial que la puridad del nombre de las figuras del Derecho es la de su concepto. Pero, en el caso del corretaje, tiene o puede tener bastante importancia que se le atribuya un sinónimo tan confuso como es el término “mediación”...Mejor sería, en el futuro, prescindir de él y acoger, tan solo, el término corretaje, que define la Real Academia como *diligencia y trabajo que pone el corredor en los ajustes y ventas*”.

¹⁰ “Para distinguir ambas situaciones -dice Marta BLANCO CARRASCO en la página 251 de su monografía, ya citada, sobre *Mediación y Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos-*, utilizaremos los términos *contrato de mediación y mediador* para referirnos a esta figura como ADR y los de *contrato de corretaje y corredor* para referirnos al contrato por el cual un sujeto solicita la ayuda de un tercero para la conclusión de un contrato con una tercera persona”.

1/2009, de 27 de febrero)-¹¹, como hecho consumado es la existencia de la Ley catalana de mediación en el ámbito del derecho privado de 2009¹², ello sin olvidar la ley española de mediación de ámbito general, anunciada por la Ley 15/2005¹³, ni la **Directiva** de la Unión Europea -la 2008/52, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008- **sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles**¹⁴.

¹¹ Las restantes leyes autonómicas sobre la materia, por cuanto me resulta, son las siguientes: Galicia: ley 4/2001, de 31 de mayo. Valencia: Ley 7/2001, de 26 de noviembre. Canarias: Ley 15/2003, de 8 de abril. Castilla / La Mancha: Ley 4/2005, de 24 de mayo. Castilla y León: Ley 1/2006, de 6 de abril. Islas Baleares; Ley 18/2006, de 22 de noviembre. Madrid: Ley 1/2007, de 21 de febrero. Asturias: Ley 3/2007, de 23 de marzo. Euskadi: Ley 1/2008, de 8 de febrero.

¹² Ley aprobada por el Pleno del Parlamento Catalán en la Sesión nº 60, del 15 de julio de 2009 (DSPC-P 89). Dicha Ley deroga la Ley catalana de mediación familiar 1/2001, de 15 de marzo. En el Preámbulo de la Ley catalana de 2009 se dice que la misma se inscribe en una corriente europea para la actualización de las leyes de mediación, indicándose también que Austria -Ley 29/2003- y Bélgica -Ley de 21 de febrero de 2005- han promulgado leyes generales de mediación, no circunscritas al ámbito familiar y válidas para la mediación comunitaria, social, ciudadana, para los conflictos derivados de compartir un espacio común, las relaciones de vecindad, profesionales, asociativas, colegiales, empresariales o las que puedan suscitarse en asuntos civiles y mercantiles.

¹³ La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, señala, en su Exposición de Motivos, que “se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo, con la intervención de un mediador, imparcial y neutral”, habiendo precisado antes que “las partes pueden pedir, en cualquier momento, al Juez la suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a la mediación familiar”. Ello sabido, decir que la Disposición final tercera de la dicha Ley 14/2005 establece que “El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea y, en todo caso, en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad”.

¹⁴ La Directiva referida señala que el principio de acceso a la justicia es fundamental y que, con vistas a facilitarlo, el Consejo Europeo, en su reunión de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, instó a los Estados miembros a que instauraran procedimientos alternativos de carácter judicial, adoptando, en mayo de 2000, unas Conclusiones sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en asuntos civiles y mercantiles, seguidas, en abril de 2002, de un Libro Verde de la Comisión al respecto, antecedentes, todos, de la actual Directiva sobre la materia, 2008/52, cuya incorporación al ordenamiento jurídico de los Estados miembros ha de hacerse antes del 21 de mayo de 2011, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la misma.

3. Mediación en conflictos. Relación del mediador con las partes y contrato de mediación

Centrado la atención, seguidamente, en la acepción de **mediación** primeramente vista, cabe decir que ésta tiene su punto de partida en el contacto establecido entre las partes en conflicto y el mediador o mediadores que han de terciar en él, ya sea mediante el oportuno **contrato al respecto**, ya en el marco de **servicios de mediación propiciados** por distintas entidades, públicas o privadas, que ponen a disposición de determinadas personas o colectivos, gratuitamente incluso y cual ponen médicos de familia o abogados de oficio, mediadores vinculados con las entidades dichas por una relación funcionarial o laboral que conlleva remuneración por los servicios prestados a las personas en conflicto, sin que medie relación contractual alguna entre los mediadores y las personas dichas¹⁵. Sin que medie contrato de **mediación** previo, que conducir pueda a ulterior contrato o **negocio jurídico mediado**¹⁶.

¹⁵ Marta BLANCO CARRASCO, en la página 143 de su monografía, ya citada, sobre *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, distingue, al respecto, entre la que llama mediación pública y la que llama privada, diciendo lo siguiente: “La mediación privada se desarrolla por mediadores que ofrecen sus servicios como profesionales libres, a cambio de una remuneración previamente pactada con los mediados... La mediación pública -por el contrario- se desarrolla por mediadores que llevan a cabo su función dentro de un servicio de marco institucional y administrativo, prestando el servicio de mediación como integrante de un servicio social y, por lo tanto, de carácter gratuito para los mediados”.

¹⁶ De contrato de mediación y de negocio jurídico mediado habla Leticia GARCÍA VILLALUENGA en las páginas 461 y siguientes de su monografía sobre *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de familia* -Madrid, Reus, 2006-, indicando, en la página 465: “no vemos inconveniente en asimilar el negocio jurídico mediado tanto a la transacción extrajudicial... como a la transacción judicial”.

Del mismo parecer es Marta BLANCO CARRASCO, que trata el asunto en las páginas 156 y siguientes de su libro, ya citado, sobre *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos*, recordándonos que el negocio jurídico mediado puede ser recogido en escritura pública, pudiendo ser, asimismo, homologado en sentencia judicial o en laudo arbitral.

4. Obligaciones del mediador y fuentes de las mismas

El contrato de **mediación**, cuando existe, se mueve en la órbita de los contratos de prestación de **servicios profesionales**, de servicios en los que, aun persiguiéndose resultados, como es lógico, se asumen solo **obligaciones de medio**, al no poderse garantizar los resultados deseados.

Se trata de servicios en los que la **diligencia** exigible es la **del buen profesional**, que no, simplemente, la del buen padre de familia, padre que, aun siendo bueno, puede no ser particularmente competente o instruido.

Remuneración al margen y cualquiera que sea el origen y la razón de ser de la mediación facilitada, la persona, el profesional que la presta ha de actuar conforme a las **reglas del arte** y conforme a ellas responderá.

Para fijar las **obligaciones** dichas ha de estarse a lo establecido **en las leyes existentes** sobre la materia, cual la Directiva 2008/52, la Ley catalana de mediación de 2009 o -entre otras- la Ley reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, del 2009 también.

Para fijar las obligaciones dichas ha de estarse, a mayor abundamiento, a lo establecido **en las normas deontológicas** que puedan existir sobre el particular, ya europeas, ya españolas; ya específicas de la mediación, ya propias de colegios profesionales -como los de abogados- a los que puedan -o deban- pertenecer las personas que medien, sabida la ausencia, hasta el presente y en nuestro país, de un colegio específico de mediadores.

En la Unión Europea existe un **Código de conducta europeo para mediadores**, que data de 2004¹⁷, existiendo también -en nuestro país y en

¹⁷ Dos años después del documento de debate sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos, publicado por la Comisión Europea en abril de 2002, dicha Comisión, decidió crear un Código de conducta de los mediadores, Código elaborado en colaboración con muchas organizaciones y personas con experiencia en la materia, que

lo que a los abogados respecta- un **Código deontológico de la abogacía española**, fechado en el año 2000¹⁸.

Evidentemente, las normas jurídicas son vinculantes y llevan aparejada una sanción, en tanto que las deontológicas, las morales, vinculan más en el fuero interno, sanción social al margen. Con todo, justo es decir que, siendo obligatoria, en muchas ocasiones, la colegiación para los mediadores pertenecientes a profesiones con colegios establecidos¹⁹ y siendo obligatorio el cumplimiento de las normas deontológicas, establecidas por

fue aprobado por un amplio número de expertos reunidos en Bruselas, en julio de 2004, siendo adoptado en octubre de dicho año (PDF File 118 KB).

¹⁸ Código aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española de 30 de junio de 2004, que trae causa del Código Deontológico Europeo, aprobado por el *Conseil Consultatif des Barreaux Européens (CCBE)* -máximo órgano representativo de la Abogacía ante las instituciones de la Unión Europea-, en la sesión plenaria celebrada por dicho Consejo en Lión el 28 de noviembre de 1998.

¹⁹ En las leyes de mediación familiar de las Comunidades Autónomas venía siendo frecuente señalar las carreras -Derecho, Psicología, Trabajo Social, etc.- que permitían el acceso al ejercicio de la mediación, señalándose también la obligación de integrarse en los colegios profesionales propios de las carreras dichas para dicho ejercicio. Recientemente, se pone el acento, por el contrario, en la especialización en mediación, como requisito previo para el ejercicio de la misma, más que en la pertenencia a una determinada carrera, siendo posible que cualquier titulado medio o superior suficientemente instruido en la materia ejerza como mediador y se inscriba en los Registros de Mediadores existentes. Con todo y cuando el mediador pertenezca a una profesión que cuente con colegio profesional, la integración en el mismo sigue siendo obligatoria, al menos hasta el presente y por mucho que tal necesidad de colegiación sea más cuestionada cada vez.

En la línea señalada se mueve la Ley catalana de mediación en el ámbito del derecho privado de 2009. En su artículo 3.1, en efecto, dice: “Puede ejercer como mediadora, a los efectos de la presente Ley, la persona física que esté en posesión de un título universitario de carácter oficial y acredite una formación y una capacitación específicas en mediación... Además, tiene que estar colegiada en el colegio profesional respectivo, o prestar servicios en calidad de mediador o mediadora para la administración pública”. La Disposición Adicional Tercera de la Ley dicha precisa, con todo, lo siguiente: “Las personas que dispongan de titulación universitaria y que ejerzan una profesión no sujeta a colegiación, o las que prestan servicios en calidad de mediadores para la administración pública, pueden solicitar... su inclusión en los registros respectivos de mediadores”.

La no pertenencia a un colegio, en mi opinión, no libera a los mediadores del sometimiento a normas deontológicas, sobre todo cuando las mismas van referidas, con carácter general, a los mediadores todos, al margen de que sean aplicables a los no colegiados, por analogía, las normas deontológicas de los colegios profesionales a que pertenecen la mayoría de los mediadores.

el colegio, por parte de los colegiados integrados en el mismo, so pena de sanción disciplinaria, las normas deontológicas dichas, a la postre, hacen tránsito hacia las jurídicas, vinculando en el fuero externo y llevando aparejada una sanción para el caso de incumplimiento, sanción que bien puede consistir en la expulsión del colegio y consiguiente prohibición de la actividad mediadora²⁰.

En unas y otras normas se contienen los **comportamientos debidos por el mediador**, así como los **deberes** que ha de cumplir **en el desempeño de su tarea**, comportamientos y deberes cuyo elenco intentaré hacer seguidamente, “docendi causa” y cualesquiera que sean las normas en que se contengan. Es el siguiente:

Conducta profesional íntegra, honrada, leal, veraz y diligente²¹; actuación de acuerdo con las exigencias de la adecuada práctica profesional y de la buena fe²²; dedicación;²³ competencia²⁴; independencia²⁵ y neutralidad²⁶;

²⁰ Una cierta inseguridad -una inseguridad cierta- puede apreciarse, con todo, en el carácter asignable a las normas deontológicas que venimos considerando, colocadas, en algunos casos, fuera del Derecho y, en otros, dentro del mismo.

Así y mientras que, en el Preámbulo del Código de conducta europeo para mediadores, se dice que el cumplimiento de los principios establecidos en el mismo “se deja al arbitrio de los mediadores individuales, bajo su propia responsabilidad”, en el Preámbulo del Código Deontológico de la Abogacía Española se afirma, de modo un tanto heterodoxo, que, “como toda norma, las deontológicas -establecidas para el ejercicio de la abogacía- se insertan en el universo del Derecho, regido por el principio de jerarquía normativa”. Mejor se diría que las normas incardinadas en el Derecho y provistas de una sanción para el caso de incumplimiento son, lisa y llanamente, jurídicas, aunque hubiese sido solo morales antes.

²¹ Artículo 4.1 del Código Deontológico de la Abogacía Española.

²² A la adecuada práctica profesional remite el artículo 16 de la Ley andaluza de mediación familiar de 2009.

Se refiere a la buena fe el artículo 9 de la Ley catalana de mediación en el ámbito del Derecho privado de 2009, que no precisa nada al respecto. La buena fe, en todo caso, es contraria a la mala fe, al dolo. Actuaría dolosamente el mediador que, valga por caso, no tenga intención seria de mediar, queriendo solo averiguar datos confidenciales, o el que oculte incompatibilidades para el ejercicio de su función conocidas por él.

Se refiere también a la buena fe el artículo 11 de la Ley andaluza de mediación en el ámbito familiar de 2009, diciendo, al respecto, lo siguiente: “La actuación de la persona mediadora y de las partes en conflicto se ajustará a las exigencias de la buena fe. Las partes se comprometerán a colaborar con la persona mediadora durante el desarrollo del

imparcialidad²⁷; confidencialidad y secreto profesional²⁸; suministro de información, en fin, sobre las características y finalidad del procedimiento

proceso y al cumplimiento de los acuerdos que finalmente se adopten, si en ellos concurren los requisitos necesarios para la validez de los contratos”.

²³ “El Abogado -dice el artículo 10 del Código Deontológico de la Abogacía Española- asumirá personalmente la responsabilidad del trabajo encargado, sin perjuicio de las colaboraciones que recabe”.

Tal afirmación viene matizada, en el ámbito que le es propio, por la Ley catalana de mediación en el ámbito del derecho privado de 2009, cuyo artículo 3.2 dice: “La persona mediadora puede contar con la colaboración de técnicos, a fin de que intervengan en calidad de expertos, y con la participación de co-mediadores, especialmente en las mediaciones entre más de dos partes”.

²⁴ “Los mediadores -dice el artículo 1.1 del Código de conducta europeo para mediadores- serán competentes y deberán conocer el proceso de la mediación. Será esencial que posean la formación apropiada y actualicen constantemente sus competencias teóricas y prácticas”.

“El abogado -dice el artículo 8 del Código Deontológico de la Abogacía Española- no aceptará ningún asunto si no se considera o no debiera considerarse competente para dirigirlo, a menos que colabore con un abogado que lo sea”.

²⁵ Independencia -dice el artículo 2 del Código Deontológico de la Abogacía Española- “frente a presiones, exigencias o complacencias que la limiten, sea respecto de los poderes públicos, económicos o fácticos, los tribunales, su cliente mismo o, incluso, sus propios compañeros o colaboradores”.

²⁶ “La persona mediadora -dice el artículo 5.2 de la Ley catalana de mediación en el ámbito del derecho privado de 2009- tiene que ayudar a los participantes a alcanzar, por ellos mismos, los compromisos y las decisiones, sin imponer ninguna solución ni medida concreta, ni tomar partido”. La persona mediadora, por ende y a decir del artículo 13.a) de la dicha Ley, “facilita el diálogo, promueve la comprensión entre las partes y ayuda a buscar posibles soluciones al conflicto”.

“Antes de iniciar o continuar su tarea, el mediador -dice el artículo 2.1 del Código de conducta europeo para mediadores- debe revelar toda circunstancia -relación con una de las partes, amistad íntima o enemistad manifiesta con ella, interés en el resultado de la mediación- que pueda afectar a su independencia o suponer un conflicto de intereses”.

²⁷ “La persona mediadora -dice el artículo 6.1 de la Ley catalana de mediación en el ámbito del derecho privado de 2009- ejerce su función con imparcialidad, garantizando la igualdad entre las partes. Si es necesario, tiene que interrumpir el procedimiento de mediación mientras la igualdad de poder y la libertad de decidir de las partes no está garantizada, especialmente como consecuencia de situaciones de violencia”.

En clave de imparcialidad, el artículo 3.2 del Código de conducta europeo para mediadores permite a éstos poner fin a la mediación si las partes pretenden llegar a un acuerdo ilegal o imposible de aplicar o cuando resulte improbable que la continuación de la mediación de lugar a un acuerdo, requiriéndose en otras normas, cual el artículo 15.b).II de la Ley andaluza de mediación familiar de 2009, una justificación, escrita y razonada, de la dicha decisión del mediador de poner punto final a su tarea.

En la misma línea, pero más drástico, el artículo 14.b) de la Ley catalana de mediación en el ámbito del derecho privado de 2009, señala, como deber del mediador, el siguiente: “Dar por acabada la mediación ante cualquier causa previa o sobrevenida que haga incompatible la continuación del procedimiento con las exigencias establecidas por

de mediación, el papel de las partes y del mediador en él mismo y los honorarios correspondientes a éste, cuando la mediación sea remunerada.

Los antes dichos son principios inspiradores, deberes, obligaciones del mediador que juegan por regla muy general, lo cual no impide, entiéndase bien, que, en ocasiones y justificando la propia regla, existan excepciones a la misma²⁹. Tal sucede, pongo por caso, con el secreto o la confidencialidad que, en ocasiones y en base a intereses superiores, han de ser rotos³⁰. Tal sucede con la neutralidad, que cede ante la superior

la dicha Ley y, también, si aprecia falta de colaboración de las partes o si el procedimiento deviene inútil para la finalidad perseguida”.

²⁸ “El mediador -dice el artículo 4 del Código de conducta europeo para mediadores- observará la confidencialidad sobre toda información, relativa o con respecto a la mediación, incluido el hecho de que existe o haya tenido lugar... Salvo obligación legal, ninguna información revelada confidencialmente a los mediadores por una de las partes se revelará a las otras partes sin su permiso”.

El artículo 7.1 de la Directiva 2008/52 señala, por su parte, que “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 obligadas 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”.

Al secreto profesional se refiere también el artículo 5 del Código Deontológico de la Abogacía Española, que remite al artículo 437.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

²⁹ Un estudio minucioso de los principios que rigen la mediación familiar -singularmente, de la voluntariedad, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad y profesionalidad (formación de los mediadores incluida)- y de su reflejo en la legislación española se contiene en las páginas 379 y siguientes de la monografía, ya citada, de Leticia GARCIA VILLALUENGA sobre *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de familia*.

³⁰ El artículo 7.1.a) de la Directiva 2008/52 permite y hasta obliga a prescindir de la confidencialidad “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”. De razones legales o de orden público contrarias a la confidencialidad habla también el artículo 4 del Código de conducta europeo para mediadores.

El secreto, por su parte y a decir del artículo 7.5 de la Ley catalana de mediación en el ámbito del derecho privado de 2009, no juega cuando el mediador tiene datos que revelen la existencia de una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona o la de hechos delictivos perseguibles de oficio, en cuyo caso ha de detener el procedimiento de mediación e informar de las circunstancias dichas a las autoridades judiciales. En la misma línea se mueve el artículo 16.h).II de la Ley andaluza de mediación en el ámbito familiar.

necesidad de proteger a los menores, a los discapacitados o a las personas que sean víctimas de una situación de violencia³¹.

5. Mediación y transacción

En muchas ocasiones, la mediación -si tiene éxito- determina la celebración, por las personas con las que se ha mediado, de un **acuerdo transaccional** mediante el cual y como ha quedado dicho se pone fin a todas las disputas existentes entre las mismas o a algunas de ellas, cabiendo también, en el ámbito del Derecho de familia que tal acuerdo se plasme, específicamente, en un **convenio regulador** o, si cabe, en cualquier otro **negocio jurídico singular** y propio de la materia, normas imperativas sabidas y respetadas necesariamente.

En tales casos y a la postre, **la mediación conduce a la transacción, como el arbitraje al laudo o el proceso a la sentencia.**

6. Límites de la transacción

Las personas no son siempre enteramente libres para zanjar, por su sola voluntad, las cuestiones que a ellas afectan o a las personas que de ellas dependen por vía transaccional, mediación previa mediante, llegado el caso y en esa línea se mueve el Preámbulo de la Ley 1/2009, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad de Andalucía, cuando dice: “No debe considerarse que la mediación vaya a posibilitar la resolución de todos los problemas o conflictos familiares y es preciso reconocer que, como

³¹ La Ley andaluza de mediación familiar de 2009 dice, en su artículo 16.d), que es deber de los mediadores velar, en todas sus actuaciones, por el interés preferente de los hijos e hijas menores y de las personas dependientes, como es deber suyo, en base al artículo 16.h), dar efectivo cumplimiento al principio de igualdad por razón de género.

cualquier otro procedimiento, tiene sus limitaciones, por lo que es preciso verificar, según el caso, la pertinencia o idoneidad de la misma”.

En efecto, hay muchas **cuestiones** -relacionadas, en mayor o menor medida, con el orden público, o en las que hay un interés, legítimo y atendible, prevalente, o la necesidad de proteger a personas desvalidas y necesitadas de protección, cual los niños o los dementes- **reguladas por normas imperativas**, normas particularmente frecuentes en los pagos del Derecho de familia o del Laboral, que no pueden ser cambiadas ni alteradas por pactos ni por acuerdos de voluntades, transaccionales o no.

La transacción, pues, **tiene sus límites**, límites que, de buena fe, pueden ignorar los buenos padres e hijos de familia, las buenas madres e hijas de la misma guisa, mas no los mediadores, que son profesionales y, como tales, conocedores obligados de la materia que les ocupa, en todas las vertientes conocidas o previsibles de la misma³².

Los mediadores, pues y en mi opinión, **han de saber**, necesariamente, cosas sobre la transacción, meta deseable de su quehacer. Han de saber,

³² La preparación, la competencia de los mediadores, citada desde siempre entre los deberes, entre las obligaciones propias de los mismos -cual hemos hecho nosotros ya-, aparece particularmente destacada en el Preámbulo de la Ley catalana de mediación en el ámbito del derecho privado, cuando señala la necesidad de que, el reto de incrementar la calidad de los servicios de mediación, sea visible desde el punto de vista legislativo, la necesidad de fijar nuevos objetivos en la especialización y el reciclaje profesional de los mediadores, de incentivar la preparación técnica de las persona mediadoras.

Insistía ya en la necesidad de conocimientos especializados de los mediadores, de formación y de competencia de los mismos, la Directiva 2008/52, cuyo artículo 4 insta a los Estados a que fomenten la formación inicial y continua de los mediadores y el establecimiento de mecanismos efectivos de control de calidad referentes a la prestación de servicios de mediación.

Insistía en lo mismo, también y antes, el Código de conducta europeo para mediadores, cuyo artículo 1.1, bajo el común denominador de “competencia”, señala: “Los mediadores serán competentes y deberán conocer el proceso de mediación. Será esencial que posean la formación apropiada y actualicen constantemente sus competencias teóricas y prácticas”.

señaladamente, **quien puede transigir** y quien no³³. Han de saber **sobre que cosas se puede transigir** y sobre cuales no.

Para ello, y al margen de las leyes y normas deontológicas específicas sobre mediación ya citadas, han de tener presentes los **artículos 1809 a 1819 del Código civil**, que integran el Capítulo dedicado a la transacción en el mismo -Capítulo I del Título XIII del Libro IV- y, muy en particular, los artículos 1809 a 1814, que se ocupan de señalar quienes pueden transigir y sobre que materias. Han de tener presentes también los artículos concordantes con los mismos del citado Código -162 a 168 (en sede de patria potestad), 268 a 273 (en sede de tutela) y 1713 (en sede de mandato), cuando menos-. Han de tener presentes, también, determinados **artículos de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil** -Ley 1/2000, de 7 de enero-, como los artículos 6 a 11 (que integran el Capítulo que trata de la capacidad para ser parte, de la capacidad procesal y de la legitimación), los 19 a 22 (que se ocupan del poder de disposición de las partes sobre el proceso y sobre sus pretensiones) y los 414 a 429 (sitos en el Capítulo que trata de la audiencia previa al juicio). Han de tener presentes, por ende, los **artículos 2011 y siguientes de la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil**, aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, cuyo Libro III queda en vigor hasta la vigencia de la Ley sobre Jurisdicción voluntaria, en base a lo dispuesto en la Disposición Derogatoria Única 1.1ª de la Ley 1/2000- (los artículos 2011 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil del XIX se enmarcan en un Título que trata de la enajenación de bienes de menores e incapacitados y transacción acerca de sus derechos).

Transacción, como se ve, en la vieja y en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil, en normas que se mezclan, que se cruzan, sin confundirse, con las

³³ El Código Deontológico de la Abogacía Española -de aplicación en buena parte de estos pagos, cual sabemos-, al hablar de las relaciones del abogado con los clientes, dice, tajantemente, en el artículo 13.2, “in fine”: “El Abogado deberá comprobar la identidad y facultades de quien hace el encargo”.

dedicadas, en el Código civil, a la cuestión. A todas nos iremos refiriendo seguidamente -sobre todo y como quedó dicho, a las relativas a quienes pueden transigir y sobre qué materias es posible la transacción-.

7. Capacidad para transigir

En cualquier caso y circunstancia, **transigir** -de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1713.II del Código civil y cual enajenar o hipotecar- **es alienar**, es un **acto de riguroso dominio**, mas allá de los actos de administración -ordinaria o extraordinaria que sea -ésta-, exigiéndose, pues y para ello, la **capacidad** necesaria para enajenar -capacidad de obrar plena, no restringida por ningún estado civil, cual la menor edad o la incapacitación, que la pueda limitar- y, cuando fuese necesario, las oportunas **autorizaciones** judiciales, requeridas, fundamentalmente, en el ámbito de la **representación legal**.

En clave de mediación, la Ley catalana relativa a la misma en el ámbito del Derecho privado cuenta con un artículo 4, titulado “personas legitimadas para participar en un procedimiento de mediación”, del siguiente tenor: “1. Pueden intervenir e instar un procedimiento de mediación las personas que tienen capacidad para disponer del objeto de la mediación. 2. Los menores de edad, siempre que tengan bastante conocimiento, pueden intervenir en los procedimientos de mediación que les afecte. Excepcionalmente -y en asuntos que les afecten directamente- pueden instar la mediación”.

En clave de transacción ya, el artículo 1812 del Código civil sienta que las corporaciones que tengan personalidad jurídica solo podrán transigir en la forma y con los requisitos que necesiten para enajenar sus bienes.

Por su parte, el artículo 1810 del Código dicho establece que, para transigir sobre los bienes y los derechos de los hijos bajo patria potestad, se

aplicarán las mismas reglas que para enajenarlos, en el bien entendido de que, para llevar a cabo determinadas enajenaciones, los padres necesitan la oportuna autorización judicial, de conformidad con la dispuesto en el artículo 166 del Código y sabido que, en caso de conflicto y de conformidad con el 163 del mismo, el hijo será representado por el padre que no lo tenga con él y, si el conflicto es con ambos progenitores, por un defensor designado al efecto, que lo representará en juicio y fuera de él.

El 1811 del mismo cuerpo legal señala, por su parte, que el tutor, para transigir sobre los derechos de la persona que tiene en su guarda, necesita de la autorización judicial a que hace referencia el artículo 271.3º, en sede de tutela.

La Ley de Enjuiciamiento Civil, en fin, contiene también normas relativas a las personas que pueden iniciar procesos, pudiendo disponer, además y en su caso, del proceso iniciado. Son, básicamente, las siguientes:

Artículo 7: “1. Solo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. 2. Las personas físicas que no se hallen en el caso del apartado anterior habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley... 4. Por las personas jurídicas comparecerán quienes legítimamente las representen...”.

Artículo 19.1: “Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán... transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero”.

En suma y tanto para la mediación como para la hipotética transacción subsiguiente, se requiere la oportuna capacidad o, en su caso, la oportuna representación legal, mediante, llegado el caso, la oportuna autorización judicial, todo lo cual ha de ser sabido y tenido en cuenta por el mediador.

8. Materias sobre las que se puede y sobre las que no se puede transigir

Hay, como sabemos ya, **materias sobre las que se puede transigir y otras respecto de las cuales la transacción no es posible**, “por razones de moralidad -dice Manresa³⁴- o por otras consideraciones no menos atendibles”.

Se trata, ello sabido y sobre todo, de identificar los supuestos mas notables de la imposibilidad dicha, que restaría sentido a una previa mediación sobre el particular.

Contemplando el asunto desde la perspectiva de la mediación, el artículo 1 de la Ley andaluza de mediación familiar solo permite la misma respecto de los conflictos “sobre los que las partes tengan poder de decisión”.

Por su parte, la Ley catalana de mediación en el ámbito del derecho privado señala que, dicha mediación, solo es susceptible respecto de conflictos susceptibles de ser planteados judicialmente, de cuestiones o pretensiones que puedan ser objeto de conocimiento en un proceso judicial.

El Código civil, en sede ya de transacción y estableciendo restricciones por razón de la materia, señala textualmente, en su artículo 1814, que “no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros”, identificando - “prima facie”, al menos- una serie de temas excluidos de la transacción -y de la mediación también, lógicamente-, una serie de temas sobre los que los litigantes, con el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento civil -ya visto- en la mano, no pueden transigir.

No se puede transigir sobre el **estado civil** porque es materia de orden público, indisponible por los particulares. En opinión, muy autorizada, de

³⁴ MANRESA NAVARRO, *Comentarios al Código civil español. Tomo XII*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1907, página 115, en la que hace referencia, también y textualmente, a la existencia de “excepciones o limitaciones a la facultad de transigir”.

Gullón³⁵ tampoco se puede transigir sobre derechos patrimoniales derivados de un determinado estado civil. Con todo, hay autores, a decir de Manresa³⁶, y sentencias del Tribunal Supremo, como las de 19 de junio de 1944 y 13 de octubre de 1966 -citadas por el propio Gullón- han mantenido lo contrario.

Por cuanto a los **alimentos futuros** respecta, decir -con Gullón también³⁷- “los alimentos sobre los que el 1814 del Código civil prohíbe transigir son los legales -los alimentos debidos entre parientes-...

La prohibición contempla tanto el derecho otorgado por la ley a pedir alimentos... como el derecho a pensiones todavía no vencidas. En cambio, se puede transigir sobre las pensiones alimenticias que ya se han devengado y no se han pagado (artículo 151.II del Código civil)³⁸.

El artículo 1814 -en fin- no ha impedido a la jurisprudencia declarar la validez de las convenciones por las que se fija el monto de la pensión alimenticia... No obstante, se deja siempre abierta la intervención de la autoridad judicial para su revisión cuando no cumplan la finalidad prevista en la ley, que es, en esencia, la de procurar la subsistencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1976 y 25 de setiembre de 1985)”.

³⁵ GULLÓN BALLESTEROS, “Comentario al artículo 1814”, en *Comentario del Código civil. II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1772.

GULLÓN BALLESTEROS había escrito antes sobre la transacción monográficamente, publicando una monografía con tal título en el Tomo XLIII, Volumen Segundo, del *Tratado práctico y crítico de Derecho civil* del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1964.

³⁶ MANRESA NAVARRO dice, al respecto, lo siguiente -*op. ult. cit.*, p. 119-: “Algunos tratadistas estiman perfectamente válida la transacción sobre las consecuencias económicas o sobre el interés pecuniario que surgen o nacen del estado civil”.

³⁷ GULLÓN BALLESTEROS, *op. ult. cit.*, pp. 1772-1773.

³⁸ “Desde el momento de su vencimiento o de su devengo -los alimentos, a decir de MANRESA NAVARRO, *op. ult. cit.*, p. 120- entran ya en el patrimonio del alimentista, constituyendo un crédito legítimo a su favor contra el alimentante en el caso de no haber sido hecho efectivos y, como se trata de bienes o de derechos que están en el patrimonio de los interesados, pueden éstos transigir sobre ellos como sobre las demás cosas de su pertenencia”.

9. Transacción y cuestiones matrimoniales

El **artículo 1814 del Código civil**, en lo que ahora interesa y textualmente, dice que no se puede transigir sobre **cuestiones matrimoniales**, a pesar de ser, éstas -entendidas en su literalidad, aparentemente amplia-, fuentes cotidianas de conflictos que, en principio, la mediación puede ayudar a resolver, sin que de ello se derive perjuicio par nadie, lo cual anima a **trascender la literalidad del artículo 1814** dicho en este punto, teniendo en cuenta la existencia de distintas leyes posteriores de mediación familiar, así como la reciente aprobación de la Ley catalana de mediación en el ámbito del derecho privado, cuyo artículo 2.1 señala que la mediación familiar comprende cualquier conflicto en el ámbito del derecho de la persona y de la familia susceptible de ser planteado judicialmente y, de manera específica y entre otras, las materias que -en situaciones de nulidad del matrimonio, divorcio o separación judicial- tengan que ser acordadas en el convenio regulador, así como la liquidación de los regímenes económicos matrimoniales.

El tenor literal del 1814 en este punto -con antecedentes, a decir de Manresa³⁹, en el Derecho romano y en la ley 24, título 4º de la Partida 3ª, a decir de la cual “contienda o pleyto que naciese sobre casamiento de algunos, non se podía meter en manos de avenidores”- fue puesto parcialmente en tela de juicio, antes de ver la luz incluso, por García Goyena, traído a colación por el propio Manresa⁴⁰, que dice así:

“Otros autores y, entre ellos, García Goyena opinan que, a pesar de la prohibición de la ley de Partida, que reprodujo el proyecto de 1851 - artículo 1720- y ha reiterado el artículo 1814 de nuestro Código, puede

³⁹ MANRESA NAVARRO, *op. ult. cit.*, p. 118.

⁴⁰ MANRESA NAVARRO, *op. ult. cit.*, pp. 119 y 120, que remite al folio 132 del tomo 4º de la obra titulada *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, escrita por Garcia Goyena.

transigirse en las causas matrimoniales en favor, pero no en contra, del matrimonio”.

Téngase en cuenta, por otra parte, que, a decir de Gullón⁴¹, “las cuestiones matrimoniales -rectamente entendidas y con las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1926 y 19 de diciembre de 1952 en la mano- son -solamente- las referentes a la sustancia del matrimonio -a la existencia o subsistencia del mismo-”.

Téngase en cuenta, en fin y con Gullón de nuevo⁴², que “la profunda modificación operada en el Derecho de familia por las reformas de 1981, han contractualizado, en gran medida, aspectos hasta ahora sometidos a la voluntad de las partes”.

Ello sabido, Leticia GARCÍA VILLALUENGA, sin ánimo exhaustivo y en vía de principio, señala, como ámbitos factibles de mediación familiar, los siguientes⁴³: promesa de matrimonio como justa causa de un desembolso patrimonial que podría pactarse; reconocimiento de un hijo mayor no matrimonial; algunos de los efectos personales derivados del matrimonio -elección de domicilio familiar, modo de hacer efectiva la ayuda mutua, modo de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado de personas- y los efectos patrimoniales -levantamiento de cargas familiares, atribución voluntaria de ganancialidad-; la separación y el divorcio consensual; el convenio, en fin, regulador de los efectos de las crisis matrimoniales.

10. Recapitulación

⁴¹ GULLÓN BALLESTEROS, *La transacción*, cit., p. 117. Ver también “Comentario al artículo 1814”, cit., p. 1772.

⁴² GULLÓN BALLESTEROS, “Comentario al artículo 1814”, *loc. ult. cit.*

⁴³ GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en ámbitos familiares*, cit., pp. 374 a 376.

La **mediación**, rectamente entendida y enmarcada en los confines que le señalan las normas imperativas, es un poderoso instrumento para lograr la **pacífica solución de conflictos** de intereses por quienes se ven inmersos en ellos; procedimiento, método, herramienta de autocomposición de conflictos a disposición de personas que, sabido el carácter dispositivo del proceso civil, tienen, con la Ley de Enjuiciamiento Civil en la mano, poder de disposición sobre el mismo, poder en virtud del cual pueden, entre otras cosas, transigir, evitando la heterointegración del conflicto y poniendo **punto final al proceso** comenzado por ellos, sin que tal signifique, a mi parecer, crisis del mismo, sino circunstancia que -afortunadamente- lo hace, **ya, innecesario**.⁴⁴

El **recurso a la mediación**, ello sabido, ha de ser **propiciado**, en la medida de lo posible, **por los abogados españoles**, a los que su Código Deontológico asigna, en el Preámbulo mismo, una función de concordia, que les impone la obligación de procurar un arreglo entre las partes y les exige que la información facilitada por ellos no sea tendenciosa ni invite al conflicto o litigio.

La inclinación de la deontología forense hacia la amigable composición del litigio fue tratada ya -de modo casi romántico- por Carlo Lega en su *Deontologia*, algunos de cuyos párrafos quiero traer a colación aquí, para finalizar. Son los siguientes⁴⁵:

⁴⁴ CORTÉS DOMINGUEZ Y MORENO CATENA -*Derecho procesal civil. Parte General*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 309 y 312- hablan de “las crisis procesales” para referirse a la renuncia a la acción, al allanamiento, a la transacción, al desistimiento y a la caducidad de la instancia, mas, acto seguido y para referirse a lo mismo, hablan -más en línea con la terminología de la vigente Ley de enjuiciamiento civil- de “ la terminación anticipada del proceso por voluntad de las partes o de alguna de ellas”, diciendo que “Lo común en todos estos supuesto es que el proceso se trunca, deviniendo innecesaria o imposible jurídicamente la terminación del mismo tras la tramitación completa y normal del procedimiento... La transacción -en particular- evita la sentencia y pone fin al proceso, porque deja a éste sin objeto”.

⁴⁵ Carlo LEGA, *Deontología de la profesión de abogado*, cit., pp. 136 y 137.

“Uno de los más importantes criterios informadores de la conducta del abogado... es su deber de intentar constantemente la amigable composición de la *litis*...

El hecho mismo de la contienda que se realiza en el proceso y el propio desarrollo procesal, aparte de constituir un trauma psíquico para las partes litigantes, contribuyen a disminuir sus valores éticos, incrementando el fenómeno de la litigiosidad, y constituyen un gasto inútil, no solo para las partes sino también para el Estado, por no decir otras cosas...

Una transacción razonable puede eliminar la materia contenciosa. Los intentos de conciliación que el abogado debe procurar apenas se vea su posibilidad, responden a una indicación bien de la moral usual, bien de exigencias sociales, bien de la deontología forense, que se orienta claramente en esa dirección.

Para conseguir la amigable composición de la *litis*, el abogado deberá renunciar, casi siempre, a su interés personal (económico o moral), directamente ligado al desarrollo del proceso (no tendrá los honorarios que derivan de un litigio largo, no se realzará su reputación profesional). Esta pérdida, efectiva o potencial, de actividad profesional constituye, ciertamente, un daño y un sacrificio para el abogado que, sin embargo - concluye Lega y yo, con él- ha de soportar, por obediencia al principio del desinterés”.

