

**Carmen Lázaro Guillamón**

Universitat Jaume I, Castelló de la Plana (Hiszpania)

## **La transactio romana y el actual acuerdo de mediación**

Como ocurre en la actualidad, en el Derecho romano y en caso de conflicto, cabe la posibilidad de excluir la vía judicial llegando a una solución amigable mediante concesiones recíprocas de derechos entre las partes: nos estamos refiriendo a la *transactio*, mecanismo que en la fase *in iure* permitía interrumpir el proceso antes de la *litis contestatio*. Muy probablemente, la iniciativa transaccional correspondía a las partes, pero las fuentes aluden a que el Pretor puede propiciar el acuerdo: D. 12.1.21. *cum ad officium eius pertineat lites deminuere* dónde quizá puede verse la construcción de un compromiso para el Magistrado en la fase *in iure*: inducir a las partes a pacificarse.

Desde la Ley de las XII Tablas Tav. 1.6: *Rem ubi pacunt, orato* el pacto o la transacción se vislumbran como una forma de acuerdo de autocomposición amistoso que tenía lugar entre ofendido y ofensor al accionar un proceso ante el Pretor renunciado, a través de ese acuerdo, al juicio que se estaba preparando, es decir, la renuncia a las pretensiones mutuas y la construcción del acuerdo era el objetivo que, además, restablecía la paz poniendo fin al conflicto. El interés en erradicar la intervención judicial, hace que la transacción se llegue a configurar jurídicamente como un pacto por el que el actor pueda renunciar a emplear o seguir empleando la acción a cambio de alguna entrega real o promesa del demandado.

El acuerdo privado se sustancia en todo caso en la libre contratación de las partes. Esta idea es la que integra la reciente Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. La mediación como sistema alternativo de resolución de conflictos se constituye como instrumento complementario de la Administración de Justicia y que representa, tal y como se recoge en la esencia del Preamble de la mencionada ley “la desjudicialización de determinados asuntos, que pueden tener una solución más adaptada a las necesidades e intereses de las partes en conflicto que la que podría derivarse de la previsión legal”, “la deslegalización o pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo que rige también en las relaciones que son objeto de conflicto” y “la desjuridificación, consistente en no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio”.

¿Podemos ampliar la idea de “desjudicialización” a la *transactio* romana? ¿La idea de “deslegalización” es conforme a los principios del sistema jurídico romano?, y por último, la “desjuridificación” merced al reconocimiento del acuerdo de mediación como título ejecutivo si se eleva a escritura pública: ¿no es esa “formalidad” la *transactio* del período postclásico?

La mayor parte de trabajos que se dedican a la conceptualización y origen de la mediación en Derecho romano<sup>1</sup> quizá no han encontrado el camino más acertado: esencialmente fundamentan sus orígenes en D. 50.14 (*De proxenetis*) dedicado al contrato de corretaje, en concreto, la sitúan en el ámbito de actuación del *pater familias* y la conectan con el contrato de mandato calificándola como institución típicamente oriental que se extiende a Roma durante el principado, es entonces cuando la mediación se desliga de la actividad del *pater familias* y del contrato de mandato y se vincula al ámbito mercantil<sup>2</sup>.

No debemos confundir el término y el concepto de mediación como modo de resolución alternativa de conflictos fuera del ámbito estrictamente judicial (en moderna terminología anglosajona: *Alternative Dispute Resolution*) con la mediación en asuntos comerciales, etc. En Roma y en la actualidad existe la posibilidad de que un conflicto pueda llegar a solventarse a través del consenso fuera de la esfera estrictamente judicial; como pone de manifiesto Tamayo Haya<sup>3</sup>, en la Roma más antigua el *pater gentis* podía llegar a solucionar cualquier tipo de controversia que suscitada entre los miembros de la estirpe asistido por el consejo de los diferentes jefes domésticos a través de una composición voluntaria.

El repaso del *iter* histórico de la mediación permite realizar una reflexión sobre el dato innegable de que es una forma de resolución de conflictos consustancial a la historia de la humanidad. La mediación se ha ido adaptando a lo largo de la historia a las distintas culturas en función de sus características sociológicas<sup>4</sup>. Es decir, cabe la

<sup>1</sup> En Grecia, según E.I. Highton, G.S. Álvarez, *Mediación para resolver conflictos* (Buenos Aires 2008, p. 144ss) se encuentra la figura de un agente facilitador que acercaba la diferencia, en concreto, la sociedad ateniense solicitaba que los conflictos se dirimieran sin necesidad de recurrir al juicio, para ello se encargaba a los Thesmotetas “la disuasión y persuasión de los espíritus en crisis para avenirlos en transacción o compromisos arbitrales”. Los Thesmotetas o Tesmotetas de Atenas eran unos magistrados que realizaban labor disuasoria respecto de las intenciones litigiosas de los ciudadanos buscando avenir a las partes del posible proceso; daban fuerza de ley a las conciliaciones que se realizaban por los llamados a comparecer en juicio, en este sentido vid. Cap I, VII: *Archon numerabatur athenis inter thermotetas hoc est legum conditores: qui erant sex: inter hos archon. lege. Archontes fueruntur athenis novem: et ex his sex dicti Thesmotex* en Tito Lucrecio Caro, *In Carum Lucretium poetam Comentarium a Ioanne Baptista Pio editi Codice Lucretiano diligenter emendato* (Parisiis 1514).

<sup>2</sup> L. García Gerboles, M. Muesmann, *El entronque histórico – jurídico del concepto de la mediación desde el Derecho Romano hasta la actualidad*, [en:] J. Rodríguez, A. Muñoz, M. de Prada Rodríguez (dir.), *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Madrid 2010, p. 23ss.

<sup>3</sup> S. Tamayo Haya, *El contrato de transacción: principales líneas de su evolución histórica*, “Anuario de Derecho Civil” julio 2004, LVII-3, p. 1105ss.

<sup>4</sup> S. Fernández Riquelme, *La mediación social: itinerario histórico de la resolución de conflictos sociales*, “Contribuciones a las Ciencias Sociales” enero 2010, [online] <[www.eumed.net/rev/cccss/07/sfr.htm](http://www.eumed.net/rev/cccss/07/sfr.htm)>.

autocomposición a la hora de dar solución a los conflictos aunque éstos, obviamente, puedan ser resueltos optando por mecanismos heterocompositivos.

En este punto, el Derecho romano es un claro ejemplo en ofrecer a las partes en desacuerdo la posibilidad de obviar la vía estrictamente judicial, nos referimos a la posibilidad de gestionar el consenso a través de la *transactio*. En sentido general, la transacción del Derecho romano arcaico era producto de un pacto cuya finalidad era que las partes evitaran la prosecución de un litigio o que pusieran fin a uno ya comenzado. Se trata de un modo de evitar las luchas entre los grupos gentilicios y las reivindicaciones familiares admitido en las *mores maiorum* como una forma más ventajosa de buscar la paz, dado que se mitiga el empleo de la venganza privada<sup>5</sup>; en particular, consistía en que el ofensor proponía un precio para la composición y el ofendido se comprometía a no desencadenar la venganza privada. Desde la Ley de las XII Tablas (Tab. 1.6: *Rem ubi pacunt, orato*; Tab. 1.7: *Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem caussam coiciunto. Com perorando ambo praesentes*) el pacto (o la transacción) se vislumbra como una forma de acuerdo de autocomposición amistoso que tenía lugar entre ofendido y ofensor al accionar un proceso ante el Pretor renunciado, a través de ese acuerdo, al juicio que se estaba preparando, es decir, se producía la renuncia a las pretensiones mutuas de forma que la construcción del acuerdo era el objetivo que, además, restablecía la paz poniendo fin al conflicto<sup>6</sup>. Esto significaba la aprobación de un convenio realizado por los litigantes antes de dirigirse al tribunal que, precisamente, tendía a evitar dicho rumbo. Sin embargo, como pacto, la eficacia sólo llegaba a producirse a través de *exceptio*.

Para el *pactum* (transacción) se exigía una controversia iniciada y no zanjada definitivamente ante la autoridad competente y a la que las partes deseaban poner fin mediante el acuerdo de recíprocas concesiones. Como resume Panero, el presupuesto es una relación jurídica incierta o litigiosa que quiere sustituirse por las partes por otra cierta e incontestable a través de recíprocas concesiones<sup>7</sup>.

En definitiva, hay que pensar en la plausibilidad de un litigio propiciado por una *res dubia* o la verificación de una eventual *res litigiosa* que se da en el contexto de una actividad jurisdiccional: la del magistrado. En el Derecho romano y, en caso de conflicto, cabe la posibilidad de excluir la vía judicial llegando a una solución amigable mediante concesiones recíprocas de derechos entre las partes a través de la *transactio*, mecanismo que en la fase *in iure* permitía poner fin al proceso antes de la *litis contestatio* es decir, antes de la preclusión. Muy probablemente, la iniciativa transaccional

---

<sup>5</sup> Como afirma S. Tamayo Haya, *El contrato de transacción: principales líneas...*, p. 1107, el ofendido renunciaba a la reintegración a mano armada de su derecho dada la oferta de composición pecuniaria o satisfacción dirigida a reparar la ofensa por parte de su ofensor. Este pacto propiciaba la extinción de la acción penal que hubiera correspondido al ilícito cometido – téngase en cuenta el propio dictado de las XII Tablas: Tab. VIII, 2: *Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*.

<sup>6</sup> Puede tenerse en cuenta en relación con el *pactum*, por ejemplo, D. 2.14.17.1 (Paulus 3 ad ed): *Quaedam actiones per pactum ipso iure tolluntur: ut iniuriarum, item furti*.

<sup>7</sup> R. Panero, *Derecho romano*, Valencia 2008, p. 658.

correspondía a las partes, pero las fuentes aluden a que el Pretor puede propiciar el acuerdo. En esta asignación pretoria puede verse la disposición de una tarea para el magistrado en la fase *in iure*: “debe” inducir a las partes a pacificarse<sup>8</sup>. Vayamos al texto que, particularmente, refiere esta misión. D. 12.1.21 (Iulianus 48 dig.): *Quidam existimaverunt neque eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere et reliqua persequi, neque eum, qui fundum suum diceret, partem dumtaxat iudicio persequi: sed in utraque causa humanius facturus videtur praetor, si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur, cum ad officium eius pertineat lites deminuere.*

En el texto, ubicado en el título I del Libro XII (*de rebus creditis, si certum petetur et de conditione*) pasa desapercibido el giro *cum ad officium eius pertineat lites deminuere*, sin embargo, es de suma importancia. Juliano recoge la opinión generalizada de que el acuerdo al que lleguen las partes que se encuentran en determinado conflicto ha de ser fruto de su voluntad y producto del ejercicio de la autonomía privada y la libertad. La solución fuera del estricto ámbito judicial no puede venir impuesta y no corresponde al Pretor proponerla, sin embargo, el magistrado sí que puede “gestionar” el conflicto si “compele” al actor a recibir lo que se le ofrezca y facilitar la gestión preocupándose, por ejemplo, de que el ofrecimiento sea equilibrado. Si el Pretor actúa de esa forma conseguirá disminuir los pleitos (actividad que el texto atribuye directamente a su *officium*) y esto, en cualquier caso, es obrar con más humanidad: *causa humanius causa humanius facturus*. En sentido similar se puede interpretar D. 39.1.1.10 (Ulpianus 52 ad ed.): *Inde quaeritur apud Celsum libro duodecimo digestorum, si post opus novum nuntiatum conveniat tibi cum adversario, ut opus faceres, an danda sit conventionis exceptio? et ait Celsus dandam, nec esse periculum, ne pactio privatorum iussui praetoris anteposita videatur: quid enim aliud agebat praetor quam hoc, ut controversias eorum dirimeret? a quibus si sponte recesserunt, debebit id ratum habere;* texto ubicado en el título I del libro XXXIX (*de operis novi nuntiatione*) donde Ulpiano recoge la opinión de Celso en el caso de acuerdo en la realización de una obra tras haberse intentado previamente la *operis novi nuntiatio*, en particular y, por lo que interesa en relación con la actividad pretoria, se atribuye al magistrado la facultad de dirimir la eventual controversia dado que es facultad de las partes apartarse voluntariamente de aquella bajo la directriz del Pretor en la construcción del acuerdo.

A esta atribución pretoria puede añadirse el dictado de D. 2.4.22.1 (Gaius 1 ad l. XII Tab.): *Qui in ius vocatus est, duobus casibus dimittendus est: si quis eius personam defendet, et si, dum in ius venit, de re transactum fuerit.* En el pasaje, perteneciente al título IV del Libro II dedicado a la citación a juicio, Gayo, al comentar precisamente la Ley de las XII Tablas, afirma tajantemente que el pleito puede obviarse si *dum in ius venit*, se transige sobre la cuestión litigiosa.

Como se observa, hemos estado haciendo referencia a la posibilidad de solucionar un conflicto fuera del ámbito judicial (no estrictamente extrajudicial, dado que la

<sup>8</sup> A. Fernández de Buján, *Derecho privado romano*, Madrid 2011, p. 112.

intervención del Pretor es esencial) merced a la autocomposición y desde la dirección de la gestión del conflicto por parte de un guía que tiene la facultad (y quizá la obligación) de ayudar a dirimir ese conflicto sin proponer la solución: ¿Esto no suena a mediación? Sí, pero realizada con el control y la guía de un órgano jurisdiccional: el Pretor.

No vamos a caer en la trampa del denominado “presentismo” advertida por Grossi<sup>9</sup>, es decir, proyectar conceptos actuales a otra época histórica de forma impropia, pero debemos reconocer que la actividad del Pretor como coadyuvante y facilitador de la construcción del acuerdo (*transactio*) recuerda a la intervención del mediador referida por el artículo 1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, cuando hace referencia al concepto de mediación: “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”, aunque el “mediador romano” – si se nos permite la expresión – es el órgano jurisdiccional que dirige la fase *in iure*.

No es objeto de este trabajo realizar un análisis de la evolución de la *transactio*, pero sí es necesario advertir que su inicial régimen de pacto cuya eficacia viene limitada a la *exceptio*, se amplía en el período clásico a la posibilidad de que a ese inicial pacto se le pueda adjuntar una *stipulatio*. Es decir, en el derecho clásico el acuerdo puede ser causa de un acto abstracto – una *stipulatio* – a través de la cual las partes realizarían sus mutuas concesiones. Generalmente, contiene una renuncia a la *actio* de forma que si llegara a intentarse, se paralizaría con la correspondiente *exceptio*. La tendencia que se percibe es dotar al acuerdo transaccional de una mayor accionabilidad, esto es, que el incumplimiento del *pactum* pudiera revestir la forma de efectiva *obligatio* exigible judicialmente (se persigue confeccionar un acuerdo que, de no cumplirse, propicie el ejercicio de la correspondiente acción)<sup>10</sup>.

En la última época, la transacción se configura como un contrato autónomo en el conjunto de los denominados *nova negotia* o contratos innominados con su correspondiente tutela jurídica a través de la *actio praescriptis verbis*. Como se ha afirmado anteriormente, no es intención del presente trabajo realizar un minucioso análisis de la historia de la *transactio*, baste por ahora recoger la afirmación de Tamayo Haya<sup>11</sup>: “Así las cosas, la transacción, de simple acuerdo en origen, pasó posteriormente a convertirse en un contrato autónomo protegido con una acción *sui generis*”. La evolución de la institución sigue la estela de lograr una mayor efectividad y eficacia del acuerdo, del consenso sobre un asunto que fue controvertido en el sentido de que las partes quieren asegurar al máximo su cumplimiento. El punto fuerte de la evolución denota la necesidad de dotar de seguridad al acuerdo transaccional, es decir, posibilitar que éste sea

<sup>9</sup> P. Grossi, *Un Derecho sin Estado. La noción de autonomía como fundamento de la constitución jurídica medieval*, “Anuario Mexicano de Historia del Derecho” 1997, no. 9, p. 169.

<sup>10</sup> De esta forma, el acuerdo transaccional, poco a poco, va asumiendo autonomía propia, sobre todo en controversias sobre herencias y alimentos – en este sentido: D. 2.14.7.17; D. 40.4.54.1; D. 42.8.23.

<sup>11</sup> S. Tamayo Haya, *El contrato de transacción: principales líneas...*, p. 1121–1122.

reclamable en caso de incumplimiento. Las partes quieren construir una paz segura y poner definitivamente fin a un conflicto por obra del concurso de voluntades que es la verdadera causa de la *transactio*<sup>12</sup>. Todo ello considerando además que la *transactio* no es gratuita dado que no ha de consistir en una cesión de derechos, ni en una renuncia, etc., la reciprocidad ha de ser una constante. Tampoco debe olvidarse la consideración de *res dubia*, de conflicto D. 2.15.1 (Ulpianus 40 ad ed.): *Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit. qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitata liberalitate remittit*; como determina Ulpiano, con la *transactio* se trata de evitar un litigio – una *lis incerta* – pero puede ampliarse a una *res dubia* en general, esto es, una *res dubia* por si sola podía constituir la base de la transacción y basta con que la incerteza sea así tenida por las partes. En resumen, se exige una controversia iniciada y no zanjada definitivamente y a la que las partes desean poner fin a través del acuerdo de recíprocas concesiones<sup>13</sup> (tenga origen la controversia en un momento anterior – *res dubia* – o como consecuencia del choque de pretensiones – *res litigiosa*). Es tal el poder de la voluntad que la *transactio* se puede dar en cualquier litigio salvo en los que comportan lo que en la actualidad<sup>14</sup> se denominan “derechos irrenunciables”, esto es: los relativos al estado civil (libertad, ciudadanía y familia) y los conexos (edad, tutela, dote...).

Como dice Tamayo Haya<sup>15</sup>, se trata de otorgar poder a la voluntad de los interesados para la tutela de sus intereses (autotutela y autocomposición) a través de la transacción que implica concesiones recíprocas. La resolución de un conflicto no ha de ser obligatoriamente monopolio del estado y ha de ser tenida en cuenta la voluntad de los particulares, que alcanza su máxima expresión en el ámbito del Derecho privado: en los contratos, estos se dibujan como la mejor fuente de resolución de conflictos. En la

<sup>12</sup> Como manifiesta D.R. Domingo de Morató, *El Derecho civil español con las correspondencias del romano tomadas de los códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto Romano Hispano de D. Juan Sala*, Facsímil de la de Valladolid de 1877, Pamplona 2002, p. 459: “La transacción no conoce otra causa que la voluntad de los contrayentes”.

<sup>13</sup> C. 2.4.38: *Imperatores Diocletianus, Maximianus a Nicomediae cc. cons. Transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedit* (a 294).

<sup>14</sup> Téngase en cuenta el artículo 1.814 del Código civil español: “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros”. El estado civil de las personas es una materia de orden público y por tanto indisponible, en relación con la duda sobre la posibilidad de transigir sobre las consecuencias patrimoniales que dimanarían del mismo, se aplica analógicamente el artículo 14 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953 que impide que se puedan someter a arbitraje las materias disponibles que se encuentran indisolublemente unidas a otras indisponibles. En cuanto a las cuestiones matrimoniales, la indisponibilidad deriva de la misma razón anterior y, por tanto, en ningún caso cabrá la transacción sobre la existencia o subsistencia del vínculo, aunque se debe puntualizar que cuando se trate de materias sobre las que los esposos puedan disponer, cabe la transacción (por ejemplo: pensiones compensatorias o atribuciones de vivienda conyugal en causas de separación o divorcio, etc.). Sobre alimentos futuros – no aquellos que ya devengados todavía no se han satisfecho – la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera exclusivamente los alimentos entre parientes. Por último, se permite la transacción sobre la acción civil procedente de un delito o falta, pero sin que por ello se extinga la acción pública para la imposición de la pena correspondiente (1.813 del Código civil) en concordancia con el carácter público de la acción penal (cfr. artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

<sup>15</sup> S. Tamayo Haya, *El contrato de transacción*, Madrid 2003, p. 30, 36 y 44.

transacción, el papel de Derecho queda relegado a un segundo plano y se mantiene en la sombra, es la actividad de las partes la que permite crear una norma adaptada al caso a través de la transacción.

La eficacia del contrato de transacción y, en definitiva, su éxito, depende de su efectivo cumplimiento. La posibilidad de que las partes en conflicto construyan la solución y pongan fin a la disputa utilizando mecanismos autocompositivos y alternativos a la vía estrictamente judicial depende, en gran medida, de la activación de instrumentos que puedan proporcionar un alto grado de seguridad en el cumplimiento del acuerdo alcanzado. En resumen, que el poder de la voluntad sea efectivo y eficaz no sólo porque las partes han construido el acuerdo y han llegado al consenso, sino porque dicho acuerdo (manifestado, por ejemplo, en el contrato de transacción) es efectivamente definitivo en relación con el conflicto o conflictos resueltos y zanjados.

La historia de la búsqueda de formas alternativas a la vía judicial para solucionar conflictos es tan antigua como la del propio conflicto (pensemos en el arbitraje, la conciliación...); en este punto, la fuerza del Derecho romano estriba en que no escapa al *officium* del magistrado jurisdiccional dado que entre las tres palabras solemnes *do, dico y addico – tria verba solemnia* – correspondientes a la actividad pretoria se encuentra la posibilidad de “mediar” – nos permitimos la expresión actual, de guiar la conformación del consenso para que las partes en conflicto lleguen a una *transactio* antes de la efectiva *litis*<sup>16</sup>.

La reciente ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, recoge en su exposición de motivos toda una serie de principios informadores dignos de análisis: En particular, declara que “desde la década de los años setenta del pasado siglo, se ha venido recurriendo a nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos, entre los que destaca la mediación, que ha ido cobrando una importancia creciente como instrumento complementario de la Administración de Justicia”, de acuerdo, aunque con la salvedad de que no es nuevo el recurso a medios alternativos de resolución de conflictos, es más, la mayor parte de las disputas no se solventan en la vía judicial<sup>17</sup>. Sigue el preámbulo con la afirmación de que la mediación es una “alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, de los que se ha de deslindar con claridad”, en efecto, la autocomposición es y debe ser un corolario en los consensos alcanzados en virtud del poder de la voluntad de las partes en disputa que someten la gestión del conflicto a la “la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el

---

<sup>16</sup> El contenido de la *iurisdictio* se resume en los llamados *tria verba solemnia: do, dico, addico* (Macrobio, *Saturnalia*, 1.16.14). A decir de FESTO, *De verborum significatione*, 13, *addicere* significaría aprobar en virtud de la presencia del Pretor, cualquier actividad que se llevara a cabo en el órgano jurisdiccional: *addicere est proprie idem dicere et approbare dicendo*.

<sup>17</sup> En palabras de P. Salvador Coderch, *ABC de la transacción*, “InDret” octubre 2002, no. 101, p. 4: “la inmensa mayoría de los conflictos se resuelven extrajudicialmente: en la realidad social, las partes hacen y soportan casi todo antes de verse abocadas a la maldición de un litigio judicial”.

mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto”<sup>18</sup>.

Los ejes fundamentales de la mediación se recogen en la exposición de motivos de la Ley 5/2012; en resumen, se trata de los siguientes:

- La “desjudicialización” de determinados asuntos.
- La “deslegalización” o pérdida del papel central de la ley.
- La “desjuridificación” que se vincula al reconocimiento del acuerdo de mediación como título ejecutivo.

En relación con el primer punto – la “desjudicialización” de determinados asuntos – la exposición de motivos de la ley manifiesta que algunas desavenencias “pueden tener una solución más adaptada a las necesidades e intereses de las partes en conflicto que la que podría derivarse de la previsión legal “para el caso en que “el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible; se trata de una “fórmula de autocomposición [...] ordenada a la paz jurídica”; hasta aquí nada diverge del contrato de transacción romano (nos atrevemos a aventurar: tampoco del actual). Se añade que la mediación es un “hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de los tribunales”: recordemos, en Roma la actividad pretoria en la *transactio* humanizaba el conflicto e impedía el recurso no tan agradable a la vía judicial. La autonomía de la voluntad de las partes (el poder de la *voluntas* y del *consensus*) es palmario en la ley 5/2012: “El modelo de mediación se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes y en la intervención de un mediador, del que se pretende una intervención activa orientada a la solución de la controversia por las propias partes”. En la *transactio* romana la intervención del pretor era activa y en ningún caso ofrecía la solución, similar (*mutatis mutandi*) a la actividad del mediador pero desde un planteamiento jurisdiccional (esa es la diferencia) que permitía el control y la gestión del acuerdo.

El segundo eje de la mediación – la “deslegalización” o pérdida del papel central de la ley – se halla íntimamente relacionado con el aumento del poder de la voluntad de las partes en la construcción del acuerdo, se otorga relevancia, al principio dispositivo que va a regir también en las relaciones que son objeto de conflicto. No olvidemos que, siguiendo a Schulz<sup>19</sup>, en sentido estricto en Roma se observa muy escrupulosamente “la moderación observada, como principio, en relación con toda promulgación estatal del Derecho”, el modo de formación del derecho viene dado por el lento y leve progreso a través de la resolución de casos prácticos y de la discusión jurídica, nunca frenado por las reglas rígidas de una ley [...] en estrecha colaboración con el magistrado jurisdiccional”. La cuestión es si estamos en disposición de simular al genio jurisprudencial romano...

<sup>18</sup> A decir de A. De La Oliva Santos, *Mediación y justicia: síntomas patológicos*, “Otrosi” octubre-diciembre 2011, no. 8, p. 8: “la mediación no es Administración de Justicia, ni por sus protagonistas ni por su método. En la mediación no tiene por qué intervenir el Estado; puede llevarse a cabo con formas máximamente flexibles, simplemente amparadas por la ley en cuanto manifestaciones de la autonomía de la voluntad de los sujetos jurídicos y el acuerdo se basa en la conveniencia mutua y no necesariamente en reglas jurídicas aplicables al caso”.

<sup>19</sup> F. Schulz, *Principios del Derecho romano*, trad. de M. Abellán Velasco, Madrid 1990, p. 29 y 38.

En relación con el tercer eje – la “desjuridificación” – se vincula con el acuerdo al que puede llegarse en el proceso de mediación. Este acuerdo no es elemento esencial, aunque sí querido por las partes y resultado de una buena guía y actuación del mediador. La ley reconoce el acuerdo al que las partes pueden llegar como título ejecutivo, en concreto afirma que “corolario de esta regulación es el reconocimiento del acuerdo de mediación como título ejecutivo, lo que se producirá con su ulterior elevación a escritura pública, cuya ejecución podrá instarse directamente ante los tribunales”. En este punto se halla la aparentemente indiscutible novedad de la Ley 5/2012: La “obligatoriedad” del acuerdo de mediación mediante su elevación a escritura pública y, por tanto, conformación como título ejecutivo. A esta cuestión se dedican las siguientes líneas.

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, regula en su Título V el procedimiento de ejecución de los acuerdos derivados de un proceso de mediación. En la exposición de motivos la Ley se ajusta “a las previsiones que ya existen en Derecho español y sin establecer diferencias con el régimen de ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos cuyo cumplimiento haya de producirse en otro Estado; para ello se requerirá su elevación a escritura pública como condición necesaria para su consideración como título ejecutivo”. De esta forma, dispone su artículo 2.1: “Esta ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable”<sup>20</sup>.

En relación con el acuerdo de mediación y destacando lo más relevante, en el artículo 23.3 de la Ley, párrafo segundo, se dispone 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”<sup>21</sup>. En el artículo 23.4 afirma que “contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos”. En el artículo 25 recoge que para formalizar el acuerdo de mediación como título ejecutivo, aquél se deberá presentar a un notario (acompañado de copia de las actas de sesión constitutiva y final del procedimiento). El notario verificará que se cumplen los requisitos de la Ley 5/2012 y que el acuerdo no es contrario a Derecho. Por último, en el caso de la mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial: artículo 25.4: “las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Debe destacarse que nos encontramos con diferentes acuerdos de mediación con necesidades igualmente diversas en función del tipo de mediación llevada a cabo y en atención a diversos criterios, en concreto:

---

<sup>20</sup> Vid. nota 14: Es más, quedan excluidas del ámbito de aplicación de la ley (a tenor del artículo 2.2): a) La mediación penal, b) La mediación con las Administraciones públicas, c) La mediación laboral y d) La mediación en materia de consumo.

<sup>21</sup> En relación a la caracterización del acuerdo como título ejecutivo vid. S. Barona Vilar, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Valencia 2013, p. 433ss.

1) En función del contexto en el que se desarrolla:

a) Mediación intrajudicial: Se desarrolla existiendo un proceso judicial en marcha. En este caso el acuerdo de mediación está homologado por la propia autoridad judicial, no haría falta su elevación a escritura pública.

b) Mediación extrajudicial: Se desarrolla al margen y no habiéndose iniciado el proceso judicial. Aquí sí que haría falta elevar a escritura pública para que fuera título ejecutivo.

2) En función de su carácter preceptivo o no:

a) Mediación voluntaria: Las partes acuden a la mediación libremente. Para que el acuerdo sea título ejecutivo es necesario elevarlo a escritura pública.

b) Mediación obligatoria: Impuesta por la ley o por la autoridad judicial. Nuevamente, la homologación judicial hace innecesario elevar el acuerdo a escritura pública.

3) En función de si existe o no comunicado al Juzgado:

a) Mediación abierta: Cuando el resultado de la mediación ha de comunicarse al juzgador – no hace falta elevar el acuerdo a escritura pública.

b) Mediación cerrada: Cuando el resultado de la mediación no ha de comunicarse al juzgador – sería conveniente la elevación del acuerdo a escritura pública.

Por tanto, no todos los acuerdos de mediación necesitan, para ser efectivos títulos ejecutivos, ser elevados a escritura pública; según lo expuesto, debemos fijar nuestra atención a acuerdos de mediación extrajudicial y, en ese caso, abordar toda una serie de cuestiones sobre las que es necesario reflexionar:

1. Se ha recibido como el gran progreso de la actividad de mediación la posibilidad de ejecución de los acuerdos alcanzados en un procedimiento de mediación regulado por la Ley 5/2012, es decir, la declaración de que el acuerdo de mediación es título ejecutivo si se eleva a escritura pública. En este sentido, es necesario señalar que en atención a lo dispuesto en el artículo 517.2.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que las escrituras públicas son título ejecutivo<sup>22</sup>. Por tanto ¿dónde estriba la novedad de la Ley 5/2012? ya antes de su publicación, las escrituras públicas eran y siguen siendo títulos ejecutivos al amparo del artículo 517.2.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La efectiva novedad descansa en la nueva redacción del artículo 517.2.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: [...] 2. Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”. Si embargo, al propio tiempo, parece que la Ley 5/2012 está componiendo un nuevo contrato: “el acuerdo de mediación”, sobre todo si tenemos en cuenta el segundo párrafo del artículo 23.3 de la Ley 5/2012 cuando obliga al mediador a informar a las partes que el acuerdo que firmen es vinculante y que se puede elevar

<sup>22</sup> Artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo a la acción ejecutiva y a los títulos ejecutivos, dispone en el punto 2º que “Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos”: en particular, por lo que nos interesa: “4. Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes”.

a escritura pública para convertir dicho acuerdo en título ejecutivo; es más, según esta disposición, podemos dudar sobre la atribución al acuerdo de voluntades de las consecuencias de la *res iudicata* material dado que, contra lo convenido en el acuerdo de mediación, se podrá ejercitar la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos (recordemos: en el artículo 23.4 de la Ley 5/2012 se dispone que “contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos”). En conclusión, si estamos ante una nueva figura contractual: ¿No es eso incongruente con el hecho de que el artículo 517.2.2 recoja que los acuerdos de mediación tendrán aparejada ejecución si fueran elevados a escritura pública? La reflexión está servida...

2. Todo lo expuesto en el supuesto de que ambas partes estén de acuerdo, pero ¿qué pasaría si al momento de elevar el acuerdo a escritura pública una de las partes se negara pese a haber manifestado en el acuerdo su consentimiento en tal sentido? Es fácil imaginar que sería necesario acudir a la justicia ordinaria para obligar a la parte a cumplir con las promesas recogidas en el acuerdo de mediación que, en tal caso, no sería título ejecutivo.

3. Nuestro derecho y la tradición jurídica – y esta última integrándolo en el espacio jurisdiccional – ya recogen el contrato de transacción como forma de autocomposición, entonces ¿para qué un “nuevo contrato”? – nos referimos, por supuesto, al acuerdo de mediación. Esencialmente, quizá se podrían alegar para la no adopción del contrato de transacción, tres objeciones:

2.1. La novedad de su constitución en título ejecutivo si se eleva a escritura pública (aunque ya se ha hecho referencia a las cuestiones controvertidas)

2.2. La cuestión de la eficacia del contrato de transacción en el caso de incumplimiento.

2.3. Llegar a evitar la aplicación del artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En relación con el primer punto: La bondad de que el acuerdo de mediación (y no un contrato de transacción) pueda conformarse como título ejecutivo si se eleva a escritura pública *ex* artículo 517.2.2: “Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: [...] Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>23</sup>, y no *ex* artículo 517.2.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo que respecta a la segunda cuestión: La eficacia del contrato de transacción en caso de incumplimiento, si tenemos en cuenta la jurisprudencia, y en concreto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1999, las obligaciones derivadas de los contratos de transacción, en orden a su cumplimiento o incumplimiento, no se regirán por normas distintas a las establecidas con carácter general para el resto de los contratos, por tanto, ante un eventual incumplimiento de lo acordado por transacción, el transigente frustrado puede optar por la resolución del contrato *ex* artículo

<sup>23</sup> En redacción dada por “Ley” no. 5 de 6 de julio 2012.

1.124<sup>24</sup> del Código civil, resolución que lleva inherente el efecto de la retroacción, en virtud del cual ha de volverse al estado jurídico preexistente<sup>25</sup>, o lo que es lo mismo, que los contratantes queden liberados de las obligaciones que hubiesen contraído por el acuerdo resuelto. Todo esto significaría en el contrato de transacción la legitimación para volver a reclamar las pretensiones sacrificadas por la propia transacción. En definitiva, no existe argumento válido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que permita excluir la normal aplicación del artículo 1.124 del Código civil a la figura de la transacción. La exclusión se podría fundamentar en el artículo 1.816 del Código civil que declara la fuerza de lo decidido en transacción igual a la de cosa juzgada, sin embargo, el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de abril de 1963 señala que lo establecido en el artículo 1.816 del Código civil no deroga preceptos fundamentales como el artículo 1.124 del Código civil que sanciona el incumplimiento de las obligaciones recíprocas.

El resultado es que las partes que celebran una transacción con la intención de finalizar un conflicto mediante el acuerdo de recíprocas concesiones, en el caso de que una de las partes incumpla una concesión y la otra opte por reclamar su antigua pretensión en vía judicial haciendo caso omiso del contrato de transacción y en ese caso el demandado conteste con su antigua pretensión, el vínculo nacido de la transacción desaparece por el mutuo disenso tácito<sup>26</sup>. Sin embargo, si el transigente que excepciona opone la transacción (no hay mutuo disenso tácito), el juez se vería obligado a desestimar la demanda porque la transacción, aunque incumplida, continúa siendo válida y eficaz. Es más, el demandado podría reconvenccionar solicitando el cumplimiento de la transacción y el tribunal podría acceder a esta pretensión.

Como hemos dicho al principio de este punto, se podría alegar que el contrato de transacción presenta estos inconvenientes, en concreto, la transacción preprocesal y extraprocésal carecerían de la autoridad de cosa juzgada a pesar del artículo 1.816 del Código civil porque se trata de un convenio entre partes que sólo produce efectos entre ellas (artículo 1.257 del Código civil), igualmente, la transacción procesal no es la cosa juzgada material de los artículos 222 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>27</sup>.

Más aun, la Ley de Enjuiciamiento Civil regula la transacción al tratar del derecho de disposición de los litigantes sobre el objeto del juicio (en concreto, en el artículo 19.1 se dispone: “Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio

<sup>24</sup> “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo. Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria.

<sup>25</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1999.

<sup>26</sup> E.M. López Barba, *El contrato de transacción. Su resolución por incumplimiento*, Murcia 2001, p. 18.

<sup>27</sup> S. San Cristóbal Reales, *La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles*, “Anuario Jurídico y Económico Escorialense” 2011, XLIV, p. 297.

y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero”<sup>28</sup>). En relación con la transacción judicial recoge el artículo 19.2: “Si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin”. La transacción judicial es homologada por un auto del tribunal que conoce del litigio, esta transacción deriva, según el artículo 415.1, del hecho de que “las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 para someterse a mediación o arbitraje”. En relación con esta transacción judicial, dispone el artículo 415.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que “el acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados. Dicho acuerdo podrá impugnarse por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial” ¿Afecta toda esta consideración sobre la resolución por incumplimiento al acuerdo de mediación? Nuevamente estimamos que deberemos esperar al análisis de la jurisprudencia ante eventuales casos de incumplimiento de acuerdos de mediación porque, como hemos afirmado, aparentemente se trata de un contrato<sup>29</sup>, recordemos que en el artículo 23.4 de la Ley 5/2012 se afirma que “contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos”. En definitiva ¿qué se ha ganado con la consideración de título ejecutivo si se eleva a escritura pública el acuerdo de mediación si sigue siendo un contrato?

En cuanto a evitar la aplicación del artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Debe tenerse en cuenta que los títulos ejecutivos no judiciales ni arbitrales únicamente pueden documentar obligaciones pecuniarias, por tanto, si consideramos que el acuerdo de mediación (como puede ser el caso del acuerdo de mediación extrajudicial elevado a escritura pública) deberá hacer referencia a obligación pecuniaria. En efecto, los títulos ejecutivos no judiciales tienen condicionado su carácter ejecutivo al cumplimiento del artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que dispone que la acción ejecutiva basada en títulos no judiciales ni arbitrales cuando se trate de los títulos ejecutivos previstos en los números 4, 5, 6 y 7 – el supuesto de escritura pública es el del número 4 – del apartado 2 del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo podrá despacharse ejecución por cantidad determinada que exceda de 300 euro<sup>30</sup>. Por tanto, para hacer valer en vía de ejecución una obligación no pecuniaria (o no computable en dinero o que aun siendo pecuniaria no alcance el valor

<sup>28</sup> En redacción dada por “Ley” no. 5 de 6 de julio 2012.

<sup>29</sup> Vid. S. Barona Vilar, op. cit., p. 452.

<sup>30</sup> Además, debe tratarse de dinero efectivo y, en su caso, moneda extranjera convertible o en cosa o especie computable en dinero. Añade el artículo 520 en su apartado 2 que el límite de los 300 euro podrá obtenerse mediante la adición de varios títulos ejecutivos de los previstos en dicho apartado.

de 300 euro) reflejada en una transacción extraprocesal elevada a escritura pública y que, por tanto, se constituya en título ejecutivo no judicial, habrá que instar previamente el procedimiento declarativo oportuno aportando, eso sí, como documento público, la escritura<sup>31</sup>. Sin embargo, nuestro acuerdo de mediación no se encuentra entre los títulos exentos de documentar obligaciones pecuniarias referidos en el 520 (“acción ejecutiva basada en títulos no judiciales ni arbitrales”) a pesar de que forma parte de los títulos ejecutivos incluidos entre los del 517.2.2 que son, precisamente, los judiciales, los arbitrales y, por nueva redacción de la Ley 5/2012, los acuerdos de mediación elevados a escritura pública. Quizá hubiera sido conveniente dar también nueva redacción al 520 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el sentido de incluir a los acuerdos de mediación elevados a escritura pública (“acción ejecutiva basada en títulos no judiciales ni arbitrales *ni acuerdos de mediación elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*” – la cursiva es nuestra), aunque ello, no obstante, significara una contradicción que quizá esté presente en el subconsciente del legislador, dado que ¿no era el acuerdo de mediación un contrato?...

En definitiva, el legislador se ha visto superado por la situación en el sentido en que está intentando equiparar a sentencia firme o a resolución arbitral el acuerdo de mediación (otorgándole suma importancia en el ámbito del derecho adjetivo) al tiempo que se sigue sometiendo al ámbito derecho material, dado que el acuerdo de mediación es susceptible de ser impugnado por error, dolo, violencia o falsedad documental<sup>32</sup> y no se incluye en el artículo 520.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En definitiva, se está tratando de convertir a la concurrencia de voluntades en título ejecutivo. Quizá estas piezas no encajan en el puzzle de nuestro sistema de derecho procesal.

Otros aspectos no tan directamente vinculados con la eficacia del acuerdo de mediación son, por ejemplo, el de la responsabilidad del mediador sobre la redacción del acuerdo de mediación. Es indiscutible, dada esta atribución legal, la necesaria profesionalización del mediador sin que en ningún caso pueda verse en su actividad una acción heterocompositiva. Igualmente controvertido es el nivel de responsabilidad que la Ley 5/2012 otorga a los Notarios en relación con el control del procedimiento si el acuerdo se eleva a escritura pública, en concreto, su artículo 25.1, párrafo 2º dispone que “El acuerdo de mediación se presentará por las partes antes un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador”.

En definitiva, el modelo clásico de litigio tiene una base intuitiva clara: ante un pleito de derecho privado, las partes tienen casi siempre la alternativa de transigir. Estamos de acuerdo en que la inmensa mayoría de los conflictos no se litigan, los conflictos se resuelven extrajudicialmente ya que en la realidad social las partes hacen y soportan casi todo antes de verse abocadas a un litigio en sede judicial<sup>33</sup>, el recurso

<sup>31</sup> Vid. J. Montero Aroca, J. Flors Maties, *Tratado de proceso de ejecución civil I*, Valencia 2004, p. 50ss, donde se manifiesta claramente que “el legislador ha optado por mantener la tradición”.

<sup>32</sup> Vid. S. Barona Vilar, op. cit., p. 476 ss.

<sup>33</sup> P. Salvador Coderch, op. cit., p. 4.

a “la justicia” se presenta popularmente como la última opción. A pesar de ello ¿hasta qué punto el poder de la voluntad ha de tener tal amplitud que llegue a suplir completamente la actividad de un órgano jurisdiccional?, en palabras de De La Oliva Santos<sup>34</sup> “*a fortiori*, el acuerdo de mediación resulta equiparable a los títulos ejecutivos judiciales o parajudiciales actuales” y ello significa “abrir la puerta directamente a la ejecución forzosa sobre la base de documentos privados”, esta cuestión, cuanto menos merece “un debate extenso y a fondo”.

Hemos “olvidado” las bondades de la *transactio romana* dirigida por el Pretor y con una estructura consustancial a nuestro derecho y nuestra *forma mentis*. En su lugar, introducimos instituciones que pueden ser provechosas sólo si las adecuamos y las adaptamos a nuestros principios jurídicos. Quizá sería conveniente no importar aquello que simplemente “está de moda” – si se permite la expresión – porque corre el riesgo de “morir de éxito” antes de que se ponga en marcha. De ese modo, instituciones como la mediación que puede ser efectiva y sumamente útiles y desplegar así efecto beneficioso en la gestión del conflicto, en la consecución del consenso, en conseguir una mayor economía procesal, en desbloquear la justicia, en introducir un nuevo modelo de relaciones sociales, etc... se reporten y resulten inútiles e ineficaces por querer someterlas a una pretendida modernidad que olvida los fundamentos: ¿Por qué borramos de nuestra memoria jurídica lo que ya teníamos? ¿Por qué relegamos al olvido los elementos básicos de la *transactio romana*?... Quizá convendría “poner en valor” las instituciones históricas que han sido y son fundamento de nuestro ordenamiento jurídico porque, muy probablemente, ofrecerán soluciones renovadas y no extrañas a nuestra forma de trabajar en Derecho.

## Summary

### ***Transactio in Roman law and the currently mediation agreement***

Key words: self-resolution systems, mediation agreement, transaction, consensus, Roman law, enforceable title.

The building of the solution by the parties in a dispute in an out of court settlement system depends largely on the activation of instruments that can provide a high degree of safety in the fulfilment of the built agreement. It is proposed an analysis from a historical point of view of the elements that have led the fulfilment of the agreement built by the parties, at this point, Roman law offers a basic example as it belongs to the magistrate’s court *officium* to provide a guide for the formation of consensus between the conflicting parties in order to reach agreement before the effective process. The 5/2012 Act about mediation in civil and commercial matters, regulates in its Title V the procedures to enforce the agreements resulting from mediation process. In connection with the mediation agreement as is stated in its article 23.3, to

<sup>34</sup> A. De La Oliva Santos, op. cit., p. 7ss.

configure the agreement as an enforceable title it is necessary to give it public deed. The study raises the effectiveness of the mediation agreement as an enforceable title and analyzes the changes suffered by the Civil Procedure Act in Spain regarding the direct enforceability of the upon mentioned mediation agreement.

## Streszczenie

### ***Transactio w prawie rzymskim a współczesna ugoda mediacyjna***

Słowa kluczowe: ugoda mediacyjna, *transactio*, *consensus*, prawo rzymskie, tytuł wykonawczy.

Dążenie do rozstrzygnięcia sporu przez strony w ramach ugody pozasądowej zależy w dużej mierze od zastosowanych instrumentów zabezpieczających wykonanie warunków w niej zawartych. Artykuł przedstawia z historycznego punktu widzenia analizę tych elementów, które prowadziły do wypełnienia porozumienia zawartego przez strony – w takim przypadku prawo rzymskie przewidywało podjęcie działania przez *officium* magistratury w celu dostarczenia skonfliktowanym stronom wskazówek mających pomóc w osiągnięciu porozumienia i zawarciu ugody przed rozpoczęciem właściwego procesu. Hiszpański akt 5/2012, dotyczący mediacji w sprawach cywilnych i handlowych, reguluje w tytule 5 kwestię procedury prowadzącej do zawarcia porozumienia. Jak przewidziano w art. 23.3, aby zawrzeć w drodze mediacji skuteczną pod względem prawnym ugodę z tytułem wykonawczym, wymagany jest udział czynnika publicznoprawnego. Niniejsza publikacja porusza kwestię skuteczności prawnej ugody mediacyjnej i zawiera analizę zmian, jakie zaszły w hiszpańskim prawie cywilnym proceduralnym w zakresie zawarcia porozumienia w drodze mediacji.