

Las medidas cautelares del proceso civil y la mediación

Ana María Rodríguez Tirado

Profesora Titular de Universidad, Área de Derecho Procesal. Universidad de Cádiz

Práctica de Tribunales, Nº 107, Sección Tribuna Libre, Marzo-Abril 2014, Editorial LA LEY

I. APROXIMACIÓN A LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE

En los últimos años, se ha potenciado la mediación como método extrajudicial de solución de conflictos, tanto desde las instituciones comunitarias como desde las internas. A raíz de la aprobación de la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo (LA LEY. 334004/2008), por la que se regula ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, se ha efectuado su transposición a nuestro ordenamiento por la Ley 11/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, LMACM), que, además de referirse a la mediación en los asuntos transfronterizos (1), desarrolla la mediación en nuestro ordenamiento que, hasta entonces, adolecía de falta de regulación general (2).

El arbitraje es una institución asentada en nuestro ordenamiento (3), cuya regulación básica se contiene, tanto para los arbitrajes internos o internacionales, en la vigente Ley 60/2013, de 23 de diciembre (4), de Arbitraje (en adelante, LA), sin olvidar la existencia de regulación específica de determinados arbitrajes sectoriales (5), de los que será norma supletoria (art. 1 LA).

Pero qué es la mediación, qué es el arbitraje y por qué considerarlos medios alternativos a la jurisdicción o complementarios. Cuando se vulnera una norma jurídica, el ordenamiento jurídico ha de disponer de mecanismos para que se tutelen los intereses jurídicos socialmente relevantes. Ha de prevenir y componer pacíficamente los conflictos surgidos entre quienes forman parte de la sociedad. Surge el conflicto de intereses cuando hay una necesidad no satisfecha y una pretensión de satisfacerla, siguiendo a *Montero Aroca*. La Constitución Española de 1978 (LA LEY. 19668/1978) (en adelante, CE) reconoce a todas las personas el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE (LA LEY. 19668/1978)), de modo que, cuando surge un conflicto, un litigio, una controversia, sea posible solventarlo por los órganos jurisdiccionales a través del proceso, como garantía jurisdiccional del Estado.

Ahora bien, la controversia surgida podría solucionarse también por otras vías alternativas o, incluso, complementarias del proceso *jurisdiccional*, lo que dependerá de la naturaleza del interés afectado—público o privado— y de que los particulares puedan y quieran hacer uso de su autonomía de la voluntad. Es decir, hay que distinguir aquellos conflictos que afectan al interés público de los que afectan al interés intersubjetivo. El Estado ha de proteger ambos. Sin embargo, cuando afecta al interés intersubjetivo, las personas deciden voluntariamente si acuden al proceso para solucionarlo o lo resuelven por otra vía.

Los métodos extrajudiciales de solución de conflictos pueden ser alternativos al proceso (6), de modo que el ordenamiento jurídico puede otorgar a la resolución que ponga fin una eficacia ejecutiva (laudo arbitral o acuerdo homologado de mediación) o, incluso, complementarios o coetáneos al proceso ya iniciado (7) (la mediación puede provocar la suspensión del proceso para acudir a la mediación y, si se trata de mediación familiar, el acuerdo habrá de introducirse en el proceso necesariamente para su homologación judicial).

En otras palabras, se pone al alcance de las personas diversas vías para solucionar controversias. Según el método elegido, los particulares serán los que se proporcionen la solución, con o sin ayuda de un tercero, o la resolución

provendrá de un tercero. En el primer caso, se habla de métodos de autodefensa y de los métodos de autocomposición; en el segundo caso, de los métodos herecompositivos.

Como métodos autocompositivos (8) , la doctrina mayoritaria incluye la mediación (en la que se dice que espontánea la intervención del tercero) y la conciliación (en la que la intervención del tercero es provocada) (9) . Las partes ceden de forma voluntaria en sus posiciones para llegar a un acuerdo. Aun cuando intervenga un tercero, éste no podrá imponer acuerdo alguno, pues son las partes las que alcanzarán el acuerdo, las que mantienen su capacidad de decidir sobre la controversia.

Los métodos heterocompositivos se ciñen al arbitraje y al proceso. En ellos, un tercero interviene para solucionar la controversia, situándose *supra* partes (10) , en cuanto se le atribuye capacidad decisoria, bien por la propia voluntad de las partes (arbitraje), bien como ejercicio de la función jurisdiccional (proceso).

La definición de qué sea la mediación no resulta fácil. A pesar de que la Ley de Mediación proporciona un concepto de mediación, en concordancia con el de la Directiva 2008/52/CE (LA LEY. 334004/2008), existe una considerable diversidad de definiciones en la doctrina. La Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (LA LEY. 485413/2012) no es precisa en este punto, si bien en el art. 13.2 dispone que «el mediador desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta Ley», que se completa con el art. 8 LEC (LA LEY. 58/2000) al prever que «las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación» en correlación con el concepto del art. 1 LMACM.

Como punto de partida, en la mediación, las partes resuelven por sí mismas la controversia surgida entre ellas llegando a acuerdo, con la ayuda del mediador que tratará de acercar posturas, pero sin proporcionales la solución. En este punto, la doctrina no es unánime, pues algún sector otorga al mediador la posibilidad de efectuar una propuesta de acuerdo (11) que, obviamente, las partes voluntariamente podrán aceptar o rechazar.

Cuando el tercero aparece *supra partes* en el arbitraje y en el proceso. En el arbitraje (12) , la intervención del tercero es provocada por las partes para solventar el conflicto, cuya solución es de obligado cumplimiento, en cuanto que les viene impuesta por la existencia del convenio arbitral en el que las partes manifiestan dicho compromiso. Las partes asumen, pues, de forma previa y voluntaria, la imposición de la solución adoptada *a posteriori* por ese tercero.

En cualquier caso, la mediación y el arbitraje han de estar revestidos de las máximas garantías y con el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva, que se consagra en el art. 24.1 de nuestro texto constitucional y que se predica de cualquier persona. Ambos métodos se basan en la autonomía de la voluntad de las partes, en su capacidad de disponer jurídicamente de lo que sea objeto del conflicto, y en su voluntad de querer solucionarlo por cualquiera de estos medios, sin dejar de ser dos métodos diferentes.

La mediación (13) se diferencia básicamente del arbitraje en que el mediador no impone la solución, mientras que, en el arbitraje, sí, debido a que las partes se comprometen voluntariamente a aceptar el laudo arbitral, siendo éste de obligado cumplimiento al predicarse la eficacia de cosa juzgada. En ambos casos, dictado el laudo arbitral o alcanzado el acuerdo de mediación, no cabrá iniciar un posterior proceso con el mismo objeto. Sin embargo, si la mediación resulta infructuosa, cualquiera de las partes podrá poner en marcha un proceso con idéntico objeto.

El mediador no está investido de *auctoritas* mientras que el árbitro, sí. Así, los árbitros podrán adoptar medidas cautelares si lo prevé el ordenamiento jurídico, como hace el art. 23.1 LA. El mediador no podrá en modo alguno acordarlas al carecer de *auctoritas*, situándose al mismo nivel de las partes. Ahora bien, ambos adolecen de falta de *potestas*, de modo que ni mediadores ni árbitros podrán adoptar medidas ejecutivas para hacer cumplir las

medidas cautelares acordadas por los árbitros o poner en marcha la ejecución forzosa del laudo arbitral que ponga fin al mismo y del acuerdo de mediación. Se requerirá instar su ejecución forzosa por vía jurisdiccional.

En efecto, el laudo arbitral tiene es de obligado cumplimiento, posee eficacia de cosa juzgada y es vinculante. Su falta de cumplimiento voluntario abre la fuerza de su ejecución forzosa a través de las previsiones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución de sentencias (art. 44 LA), correspondiendo a los jueces y tribunales. También corresponderá a los jueces y tribunales la ejecución de las medidas cautelares de no ser cumplidas voluntariamente por la parte a la que se hayan impuesto. El acuerdo de mediación tendrá una eficacia similar y, con la posibilidad de su ejecución forzosa, en caso de incumplimiento del mismo.

Cucarella Galiana puntualiza que la solución que impone el árbitro no es carácter público como en el proceso, proviniendo la potestad del árbitro de un acuerdo de las partes (convenio arbitral) por el que deciden someterse voluntariamente «a la decisión de ese tercero para que les solucione la controversia» (14) y se obligan a aceptar la decisión que el árbitro adopte mediante el laudo arbitral. Mediante en el arbitraje sólo se pueden solucionar controversias de Derecho Privado con respecto a las que las partes tengan poder de disposición, aunque el legislador permite el arbitraje en relación con algunas controversias en materia administrativa (en marcas, por ejemplo).

II. LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES

Con la aprobación de la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (LA LEY. 485413/2012), se prevé que, para salvaguardar derechos y bienes, puedan adoptarse medidas cautelares *u otras medidas urgentes*. El art. 10 LMACM dispone que, «durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos».

El legislador es parco al respecto, sin concretar cuestiones relativas a qué órganos serán competentes para adoptarlas, el alcance de las mismas al distinguir entre medidas cautelares y otras medidas urgentes, cuándo se pueden solicitar, si prevé algún plazo en caso de solicitarse antes del inicio del procedimiento de mediación, cuándo se alzan las medidas adoptadas en caso de que finalice sin acuerdo, teniendo en cuenta quedará expedito el proceso, o, qué ocurre si se hubieran adoptado medidas cautelares en el curso de un proceso que se suspende a solicitud de las partes para someterse a una mediación (art. 19.4 LEC (LA LEY. 58/2000)), si se mantendrían durante el plazo de los sesenta día a que se refiere el art. 19.4 LEC (LA LEY. 58/2000) o, superado aun cuando no haya finalizado la mediación, se alzarían o resultaría de aplicación el plazo de seis meses previsto en el art. 731 LEC (LA LEY. 58/2000).

Quizá la falta de respuesta de algunas de estas cuestiones se deba a que ni el Proyecto de Ley ni el Real Decreto-Ley 5/2012, de 6 de marzo, del que dicho Proyecto procede (15) , habían previsto la posibilidad de que se adoptaran medidas en relación con un procedimiento de mediación. El inciso final del apartado 10.2.II se incorporó en el mismo trámite parlamentario a través de la presentación de enmiendas (16) . Y, tal vez, esta incorporación sobrevenida en la elaboración de la norma, ha dificultado evaluar la trascendencia de su previsión y, sobre todo, detectar la insuficiencia de la regulación general de las medidas cautelares del proceso civil. Éstas se han de acomodar a la mediación a través de las especialidades necesarias en relación con la determinación de la competencia, el momento de solicitud (previas o coetáneas a la mediación), duración, entre otras cuestiones. Estas especialidades no se prevén ni en la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (LA LEY. 485413/2012) ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ello no quiere decir que no constituya un aspecto favorable la posibilidad de que se adopten dichas medidas cautelares, que lo es. Lo que no está tan claro es que la redacción del art. 10.1 LMACM sea muy afortunada. Quizá, hubiera sido deseable una mayor concreción en el Título IV de la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (LA LEY. 485413/2012), relativo al procedimiento de mediación, y en la propia Ley de Enjuiciamiento Civil.

Es acertado no encomendar a los mediadores que pudieran adoptarlas, aunque tampoco se diga expresamente que serán jueces y tribunales a los que habrá de solicitarse. No en vano se debe partir de la base de que los mediadores carecen de *auctoritas* para establecer medidas cautelares. Como se apuntó *supra*, el mediador es un tercero que interviene en la mediación sin capacidad decisoria. Asume como misión lograr activamente el acercamiento entre las partes, y acordar medidas cautelares supone tomar una decisión. Es una actuación incompatible con las funciones del mediador.

En la mediación, no hay demandantes ni demandados en la medida en que se pretende un acercamiento en la posición de las partes para lograr un acuerdo entre ellas. Sin embargo, la mediación no finalizará mediante acuerdo en todo caso. En este sentido, el art. 22 LMACM establece que la mediación podrá concluir en acuerdo o finalizar sin alcanzarlo, quedando en este último supuesto abierta la posibilidad de iniciar un ulterior proceso. Además, las partes no están obligadas a permanecer en un procedimiento de mediación, que pueden abandonar voluntariamente, quedando expedita la vía jurisdiccional. Cuestión diferente es la relativa a las consecuencias de ese abandono en el futuro proceso (17).

El legislador pretende que el procedimiento de mediación sea lo más breve posible (art. 20 LMACM). Dependerá de la complejidad de la controversia y de los plazos que se acuerden para su resolución. Al hablar de procedimiento, eso quiere decir que las actuaciones se desarrollan en el tiempo y no de forma instantánea en unidad de acto, aun cuando esté previsto que las actuaciones de la mediación se concentren en el mínimo número de sesiones. Al requerir un mínimo desarrollo en el tiempo, puede ser suficiente para que una de las partes pueda poner en riesgo bienes y derechos, probando su pérdida, de modo que quede impedida la efectividad del acuerdo en caso de alcanzarse. O de lograrse el acuerdo e iniciarse un posterior proceso, impedirá la efectividad de una hipotética sentencia condenatoria (art. 721 LEC (LA LEY. 58/2000)) (18). Es decir, han de concurrir los presupuestos procesales para la adopción de una medida cautelar y, por consiguiente, ha de existir una situación jurídica cautelable.

La incorporación de esta previsión en la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (LA LEY. 485413/2012) guarda paralelismo con la previsión en la Ley de Arbitraje, en la que se dispone que, para la adopción de medidas cautelares, será Tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 724 LEC (LA LEY. 58/2000) (art. 8.3 LA).

Ahora bien, la Ley de Arbitraje prevé la adopción de medidas cautelares por resolución judicial, estableciendo las reglas para determinar la competencia, o por los propios árbitros (arts. 8.3 y 23 LA, respectivamente) mediante laudo salvo que las acuerden excluyan dicha potestad a los árbitros, con la posibilidad de recurrir en anulación las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares.

En consonancia, el art. 724 LEC (LA LEY. 58/2000) prevé la determinación de la competencia para adoptar medidas cautelares en casos especiales como es la adopción de medidas estando pendiente un proceso arbitral o la formalización judicial del arbitraje (19). Además, el art. 722 LEC (LA LEY. 58/2000) dispone que «podrá pedir al Tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de convenio arbitral con anterioridad a las actuaciones

arbitrales. También podrá pedir las que quien acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España; o, en su caso, haber pedido la formalización a que se refiere el art. 15 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre (LA LEY. 1961/2003), de Arbitraje; o en el supuesto de arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento».

También se podrá pedir medidas cautelares por quien acredite ser parte de un procedimiento arbitral que se siga en un país extranjero cuando se den los presupuestos legalmente previstos, salvo que los tribunales españoles sean exclusivamente competentes por razón de la materia y sin perjuicio de las reglas especiales previstas en tratados, convenios o normas comunitarias que sean de aplicación.

Además, en el caso de que se formalice judicialmente el arbitraje o de arbitraje institucional, no se exigirá el cumplimiento del requisito temporal del art. 730.2 LEC (LA LEY. 58/2000), es decir, el previsto para presentar la demanda cuando se adoptan medidas cautelares con carácter previo a su presentación. Se exigirá que la parte beneficiada por las medidas cautelares adoptadas realice todas las actuaciones necesarias para poner en marcha el procedimiento arbitral (art. 730.3 LEC (LA LEY. 58/2000)).

En consonancia con la *auctoritas* que se atribuye al árbitro, la Ley de Arbitraje les atribuye potestad cautelar, si bien sujeta a la voluntad de las partes en la medida en que no la excluyan expresamente o por remisión a un reglamento arbitral (20). Ahora bien, la falta de cumplimiento de las medidas cautelares acordadas por el o por los árbitros, conllevará la intervención de los órganos jurisdiccionales, puesto que los árbitros no tienen *potestas* para imponer coactivamente su cumplimiento. Las medidas cautelares se adoptarán mediante laudo, tanto la Ley de Enjuiciamiento Civil como la Ley de Arbitraje prevén la ejecución forzosa de laudos por los órganos jurisdiccionales.

El inciso final del art. 10.2 LMACM dispone que no sólo podrán adoptarse medidas cautelares, sino también *otras medidas urgentes*. El legislador no aclara a qué se refiere con dicha previsión. Desde la doctrina, se ha querido entender que podría estar aludiendo a las diligencias preliminares (21). Incluso, cabe pensar si el legislador estaba pensando en el aseguramiento de la prueba. En ambos casos, las diligencias preliminares y el aseguramiento de la prueba son instituciones procesales distintas de las medidas cautelares (22), aunque puedan guardar alguna afinidad. Cumplen finalidades diversas. O si alude a la posibilidad de que se adopten medidas cautelares en prevención del art. 725.2 LEC (LA LEY. 58/2000).

III. LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DEL PROCESO CIVIL A LA MEDIACIÓN

La regulación general de las medidas cautelares del proceso civil se contiene en los arts. 721 y ss. LEC, sin perjuicio de lo que se disponga en los procesos civiles o en normas procesales foráneas. La adopción de una medida cautelar exige que se cumplan los presupuestos procesales de *fumus boni iuris*, *periculum in mora* y caución, a los que se añade la idoneidad de la medida (23) (art. 726.1.2.ª LEC (LA LEY. 58/2000)). Con las medidas cautelares se persigue «asegurar que la futura sentencia que se dicte como culminación del proceso declarativo pueda llevarse a la práctica de modo útil, pueda, en suma, ser ejecutada con todas las posibilidades de éxito» (*sic*) (24). Las medidas cautelares tienen carácter jurisdiccional como viene sosteniendo la doctrina mayoritaria (25).

Aunque el art. 10.2 LMACM no disponga expresamente el órgano de su adopción, sólo jueces y tribunales podrán adoptarlas. En ningún caso podrá acometerlas un mediador por no estar investido de *auctoritas* y por ser incompatible con las propias funciones que le son atribuidas, de las que excluyen las decisorias.

Por consiguiente, serán de aplicación las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de medidas cautelares, sin perjuicio de lo previsto en las normas procesales civiles foráneas a la Ley de Enjuiciamiento Civil (26), de modo que el art. 10.2 LMACM se ha de interpretar en concordancia con la Ley de Enjuiciamiento Civil y la

legislación especial, lo que no queda exento de dificultades. Al respecto, cabe efectuar las siguientes consideraciones:

a) En cuanto a la determinación del órgano judicial competente, habrá de atender a la previsión del art. 723.1 LEC (LA LEY. 58/2000), entendiéndose que la suspensión de un proceso para intentar una mediación se enmarcaría en el inciso primero del art. 723.1 LEC (LA LEY. 58/2000), es decir, será competente el Tribunal que hubiera estado conociendo, hasta el momento de su suspensión, del asunto en primera instancia. Si no se hubiera iniciado proceso anterior, será competente el Tribunal que lo sería para conocer de la demanda principal (27) .

b) Es cuestionable que sólo puedan adoptar medidas cautelares durante el desarrollo de un procedimiento de mediación. Surgida una controversia, pueden concurrir razones de urgencia o de necesidad que, junto que con la concurrencia de los presupuestos para ello, justifiquen su adopción. Y de no adaptarse, siempre que una de las partes las inste, podría conllevar a la pérdida de eficacia del acuerdo. La dificultad estriba en que el art. 730 LEC (LA LEY. 58/2000) vincula su adopción a la presentación de la demanda en los veinte días siguientes, quedando sin efecto si no se presentase en dicho plazo. Y a diferencia del arbitraje (art. 730.2 LEC (LA LEY. 58/2000)), la LEC no contiene cláusula alguna que excepcione del cumplimiento de dicho plazo en relación con la mediación.

Es cierto que la mediación es voluntaria, pero si existe un pacto por escrito en los términos del art. 6.2 LMACM, las partes quedan vinculadas a la mediación, por lo que no podrá ponerse en marcha un proceso mientras no se haya terminado la mediación, con o sin acuerdo (28) .

De *lege ferenda*, sería deseable que el legislador regulase el requisito temporal del art. 730.3 LEC (LA LEY. 58/2000) en relación con la mediación o que la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (LA LEY. 485413/2012) estableciese la especialidad al respecto.

¿Y mientras cómo se subsana dicha laguna legal? Estamos en el supuesto de que se han solicitado medidas previas, por razones de urgencia, al inicio del procedimiento de mediación. Nada obsta a que el solicitante de las medidas cautelares presente su demanda en el plazo de los veinte días para mantener su vigencia, dejando al demandado la alegación de la declinatoria la existencia de un compromiso de sometimiento a mediación (art. 10.2.II LMACM). Pero esta solución presenta más inconvenientes que ventajas en la medida en que la presentación de la demanda exija, en su caso, la utilización de postulación procesal (que no es necesaria para solicitar medidas urgentes previas del art. 730.2 LEC (LA LEY. 58/2000)) (29) , el abono de la tasa judicial en aplicación de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre (LA LEY. 492873/2012), por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (BOE núm. 280, de 21 de noviembre) o el alzamiento de las medidas de estimarse la declinatoria.

Pérez Daudí, por su parte, apunta que «la solicitud de inicio de mediación suspenderá el cómputo del plazo para presentar la demanda desde la fecha en la que conste la recepción de la solicitud por el mediador o el depósito ante la institución de mediación, que se reanudará cuando finalice el procedimiento de mediación. Como es obvio el objeto de la mediación debe ser la pretensión asegurada a través de la adopción de la medida cautelar y deberá ser notificado al Tribunal que ha adoptado la medida cautelar para que no se alcen automáticamente por no iniciar el proceso judicial» (30) y, añadimos, que no se condene en costas al solicitante ni se le declare responsable de los daños y perjuicios del art. 730.2.II LEC.

c) Requiere una mayor concreción, según lo que vimos *supra*, la expresión *otras medidas urgentes*, distintas de las medidas cautelares, para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos. De las figuras previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, las diligencias preliminares, cuya finalidad es la preparación del proceso, y el aseguramiento de la prueba, cuya finalidad es evitar la destrucción o alteración de fuentes de prueba. En cualquiera de estos dos casos, no se contiene previsión alguna vinculada a la mediación, exigiéndose para que se mantenga la eficacia de la diligencia preliminar en cuestión o de la fuente de prueba asegurada, la presentación de la demanda en los plazos previstos, respectivamente, en los arts. 256.3 (LA LEY. 58/2000) y 297 LEC (LA LEY. 58/2000). No obstante, no parece que puedan tener virtualidad en la mediación, por su propia naturaleza y finalidad perseguida en la misma.

No parece que se refiere a las medidas en prevención que no dejan de ser medidas cautelares adoptadas por razones de urgencia, con carácter previo al inicio del proceso, por órgano incompetente territorialmente (art. 725 LEC (LA LEY. 58/2000)).

d) Sería recomendable regular todo lo relativo al mantenimiento o alzamiento de las medidas cautelares en caso de se ponga fin al procedimiento de mediación sin llegar a un acuerdo de mantenerse la situación jurídica cautelable y los presupuestos procesales (31) , estableciendo un plazo para interponer la demanda, transcurrido el cual se alzarían las medidas con el consiguiente pronunciamiento sobre condena en costas.

En caso de que inicio del procedimiento de mediación haya provocado la suspensión del proceso por petición de las partes en aplicación del art. 19.4 LEC (LA LEY. 58/2000) y se hubieran adoptado medidas cautelares en el mismo, será de aplicación el plazo de seis meses previsto en el art. 731 LEC (LA LEY. 58/2000), en lugar del contenido en el art. 19.4 LEC (LA LEY. 58/2000), que se refiere al plazo de suspensión del proceso.

e) Y, finalmente, coincidiendo con *Pérez Daudi* (32) , no cabe vincular la no solicitud de medidas cautelares durante el desarrollo de un procedimiento de mediación con respecto a las situaciones de hechos consentidas a que se refiere el art. 728.1 LEC (LA LEY. 58/2000). Sería obviar la propia naturaleza de la mediación, a la que se someten voluntariamente las partes, en la que el mediador ayuda al acercamiento de las partes para que alcancen un acuerdo.

(1) Aunque el ámbito de aplicación de la Directiva sea el de los procedimientos de mediación en litigios transfronterizos, «nada debe impedir que los Estados apliquen dichas disposiciones también a procedimientos de mediación de carácter nacional» (considerando octavo). Será aplicable «a los procedimientos en los que dos o más partes en un conflicto transfronterizo intenten voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo amistoso sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador, fundamentalmente, en asuntos civiles y mercantiles sobre los que las partes puedan disponer» (considerando décimo).

Ver Texto

(2) Hasta entonces, la mediación no estaba regulada en nuestro ordenamiento, a excepción de algunas Comunidades Autónomas que habían regulado la mediación dentro de sus competencias como, por ejemplo, la Comunidad Autónoma de Cataluña o la de Cantabria, y sectorialmente, de la mediación familiar, objeto de diversas leyes autonómicas.

Ver Texto

- (3) Los orígenes se remontan al Derecho Romano, como *Barona Vilar* señala, pasando por distintos momentos históricos: Breviario de Alarico, Las Partidas de Alfonso X, la Constitución de 1812, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, entre otros.

[Ver Texto](#)

- (4) La LA derogó la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, y ésta, a su vez, la de 22 de diciembre de 1958, por la que se regulaba los arbitrajes de Derecho Privado.

[Ver Texto](#)

- (5) *Vid., v. gr., D. Bello Janeiro*, «La modernización del arbitraje internacional», en *Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada*, Dir. A.J. Pérez-Cruz Martín, Pamplona, Thomson-Reuters-Civitas, 2011, 978-84-470-3798-8, pág. 446.

[Ver Texto](#)

- (6) Algún autor opina que el arbitraje no es alternativo al proceso, sino equivalente. Para V. Pérez Daudí, «el legislador confunde en ocasiones la verdadera naturaleza de la mediación, que es un método autocompositivo de resolución del conflicto [...]. Es decir, considera a la mediación como un mecanismo equivalente al proceso judicial y no como una alternativa al mismo, que tiene una distinta naturaleza jurídica» («La relación entre las medidas cautelares y la mediación civil y mercantil», en *Proceso, eficacia y garantías en la sociedad global (Liberamicorum II)*, coords. A. Pérez-Cruz Martín y L. Bujosa Vadell, Barcelona, Atelier, 2013, ISBN: 978-84-15690-33-7, pág. 155) sino paralelo al proceso.

[Ver Texto](#)

- (7) Desde la Unión Europea se potencia los métodos alternativos (o complementarios) de solución de conflictos. Aparte de disponer el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que «la Unión facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil» (art. 67.4 —antiguo art. 61 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea—), en su art. 81.1 (antiguo art. 65 TCE) establece que «la Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros». Así, a los efectos de dicho apartado y cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento y el Consejo adoptarán medidas para garantizar, entre otros, «el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución» y «el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios» (apartado 2, letra g).

La Directiva comunitaria 2008/52/CE señala que «el objetivo de asegurar un mejor acceso a la justicia [...] debe abarcar el acceso a métodos tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de conflictos». Así, «la mediación puede dar una solución extrajudicial y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también se preserven una relación amistosa y viable entre partes. Estos beneficios son aún más perceptibles en situación que presentan elementos transfronterizos» (considerando 5).

En su considerando segundo recuerda que «el principio de acceso a la justicia es fundamental y, con vistas a facilitar y mejorar el acceso a la justicia, 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 extrajudicial».

[Ver Texto](#)

- (8) Para I.M. González Cano, «la autocomposición representa un mecanismo para la solución de los conflictos que se

caracteriza por ser las partes en litigio quienes, bien por un sacrificio unilateral, bien por mutuo acuerdo en sus respectivas posiciones iniciales mantenidas al tiempo del planteamiento del conflicto, deciden ponerle fin» («Los métodos alternativos de resolución de conflictos», en *Mediación y solución de conflictos*, AA.VV., Madrid, Editorial Tecnos, 2007, ISBN: 978-84-309-4511-5, pág. 134). Los propios interesados solucionan el conflicto, «sin que altere la naturaleza autocompositiva la eventual intervención de un tercero, cuya función se limita a aproximar a las partes al objeto de favorecer el consenso», no pudiendo el tercero en modo alguno «imponer coactivamente solución alguna» (*ibidem*).

Ver Texto

-
- (9) Tradicionalmente, se venía clasificando la mediación y la conciliación como métodos heterocompositivos de solución de conflictos, basados en la intervención de un tercero situado *inter partes*, en la medida en que un tercero intenta acercar las posiciones de las partes o, incluso, puede proponer soluciones. Esta concepción tradicional se ha superado por parte de la doctrina actual.

Ver Texto

-
- (10) Por ejemplo, *vid.*, I. M. González Cano, «Los métodos alternativos de resolución de conflictos», en *op. cit.*, pág. 133. Para esta autora, «las formas heterocompositivas para la resolución de conflictos previstas en los modernos ordenamientos jurídicos son dos: el arbitraje y el proceso jurisdiccional» (*ibidem*).

Ver Texto

-
- (11) *Vid.*, v. gr. J.L. Gómez Colomer, *Derecho jurisdiccional*, AA.VV., Valencia, Tirant Lo Blanch, 20.^a ed., 2012, tomo I, ISBN 978-84-9033-068-5, pág. 46, o que atribuye al conciliador el papel de acercar posturas y no de proponer soluciones. En sentido contrario, *vid.* R. Hinojosa Segovia, «La conciliación», en *Sistemas de solución extrajurisdiccional de conflictos*, coord. R. Hinojosa Segovia, Madrid, Ramón Areces, 2006, ISBN: 84-8004-741-0, pág. 91. Este último autor entiende que, a diferencia del mediador, el conciliador no se limita «a aproximar las posiciones de los sujetos en conflicto, sino que puede ofrecer la solución para, de este modo, componer las posiciones opuestas entre sí» (*ibidem*, pág. 65).

Para M.P. Galeote Muñoz, la mediación es «el mecanismo que permite a las partes llegar a un acuerdo que satisfaga al máximo sus intereses con la ayuda de un tercero, que es el mediador». A las partes «se les sugiere una propuesta de acuerdo que [...] aceptarán o no: depende de ellas» («La negociación», en *Sistemas de solución extrajurisdiccional de conflictos*, *op. cit.*, pág. 68). El mediador no podrá valorar la propuesta de acuerdo final, sino que, «en función de lo que le plantean las partes elabora una propuesta de acuerdo que satisfaga al máximo los intereses» de las mismas (*ibidem*, pág. 65).

Para R. Pérez Martell, «en la conciliación el tercero no hace ninguna proposición de posible solución a las partes, su fin es poner en contacto a las partes para que ellas mismas den solución a sus conflicto(s), de este modo el conciliador es un tercero que interviene (*sic*) para ayudar a alcanzar un acuerdo que surge de ellas mismas». Y «en la mediación el tercero tiene más participación, hace proposiciones de posibles soluciones a las partes, así el mediador interviene en la negociación y pone en consideración de las partes fórmulas específicas de arreglo» (*Mediación civil y mercantil en la Administración de Justicia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, ISBN: 9788498761948, pág. 150). Así, concibe la mediación como «un método de resolución de conflictos mediante el cual un tercero, experto y neutral, ayuda a dos o más personas a buscar soluciones negociadas a su conflicto, intentando un acercamiento entre ellas con el fin de (que) estas resuelvan su disputa. En general, se define como aquel procedimiento de resolución de conflictos que tiene como características: ser flexible, voluntario y en el que una tercera persona denominado mediador facilita la negociación entre las partes para ayudarles a llegar a un acuerdo» (*ibidem*).

El Consejo General del Poder Judicial, en su Informe al Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles de 19 de mayo de 2011, entra en la definición de la mediación al decir que «la mediación es un método de solución de controversias jurídicas basado en la autocomposición, de tal forma que son las propias partes las que

ponen fin al conflicto por vía del acuerdo (en ello se distingue de los métodos de heterotutela, como serían el arbitraje y la decisión judicial). Ahora bien, a diferencia de otros medios de autocomposición, en la mediación es esencial la intervención de un tercero (el mediador), quien se erige en propiciador o catalizador del acuerdo entre las partes, desplegando pues una actividad en pos del acuerdo, proponiendo a las partes posibles soluciones y tratando de acercar las posturas de ambas, aunque sin capacidad para imponer ninguna decisión que no sea querida y aprobada por los propios interesados» (parágrafo IV, epígrafe 1). «Partiendo de un enfoque cooperativo en el que las posiciones de las partes son dinámicas, y en el que la solución final se construye merced a un progresivo acercamiento de las posturas iniciales de cada parte, éstas deben mostrarse de acuerdo en alcanzar un resultado con el que ninguna resulte vencedora ni perdedora» (parágrafo IV, epígrafe 1).

Ver Texto

-
- (12) Se distingue igualmente entre arbitraje de derecho y de arbitraje de equidad y entre arbitraje *ad hoc* y arbitraje institucional. Con la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, se introduce el arbitraje societario que, en realidad, es una modalidad (por el origen de la aceptación del arbitraje) puede ser *ad hoc* o institucional según la previsión de los estatutos sociales (art. 11 bis LA). S. *Barona Vilar* añade otras clases de arbitraje. Arbitraje ritual o formal y arbitraje irritual o informal, arbitraje general y arbitrajes especiales y arbitraje internacional y arbitraje interno (*Derecho jurisdiccional*, AA.VV., Valencia, Tirant lo Blanch, t. II, ISBN: 978-84-9876-567-0, págs. 872 y 873).

R. *Bonachera Villegas* analiza la naturaleza jurídica del Arbitraje, analizando dos posiciones antagónicas: la que considera que el arbitraje tiene naturaleza de contrato privado y la que le atribuye naturaleza jurisdiccional. Al lado de estas teorías, surge la teoría mixta que le confiere tanto carácter contractual como jurisdiccional en cuanto por su origen es contractual y por su desarrollo y efectos, jurisdiccional. Añade que progresivamente se va asentando como naturaleza jurídica del arbitraje su autonomía institucional (*Los arbitrajes especiales*, Pamplona, Civitas, 2010, ISBN: 978-84-4703-418-5, pág. 26). *Barona Vilar* concluye afirmando que «el arbitraje es el arbitraje; se trata de una institución autónoma».

Ver Texto

-
- (13) La doctrina distingue en la mediación entre mediación intrajudicial y mediación extrajudicial. La intrajudicial tendría lugar cuando se ha iniciado un proceso, si las partes llegan a un acuerdo que se trae al proceso, éste puede ser homologado como transacción, incluso, el proceso podrá suspenderse para intentar alcanzar un acuerdo a través de la mediación. En todo caso, si nos encontramos en materia no disponible y, en concreto, en los procesos matrimoniales, el legislador ha previsto dicha suspensión o que se aporte el acuerdo al proceso, puesto que será necesaria la homologación judicial (arts. 770.6.ª y 777.2 LEC).

La mediación extrajudicial tiene lugar fuera del proceso, que no tiene por qué haberse iniciado, por consiguiente. Si las partes llegan a un acuerdo en la mediación, ellas mismas se someten a su cumplimiento, previéndose su carácter ejecutivo una vez homologado (notarial o judicialmente según sea el caso —arts. 23.3 y 25 LMACM—).

Ver Texto

-
- (14) *Derecho procesal civil*, coord. M. *Ortells Ramos*, Pamplona, Thomson-Reuters, 10.ª ed., 2010, ISBN: 978-84-9903-558-1, págs. 68 y 69.

Ver Texto

-
- (15) *BOCCGG*, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A, 24 de mayo de 2012, núm. 6-7, y 11 de junio de 2012, núm. 6-9.

En el art. 10.2 del Real Decreto-Ley 5/2012 se dispuso que «durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto». Esta redacción es idéntica a la del art. 11 del Proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, publicado en *BOCCGG*

núm. 122-I, IX Legislatura, 29 de abril de 2011, cuya tramitación no finalizó.

La Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles en litigios transfronterizos no recoge referencia alguna a la posibilidad de adoptar medidas cautelares durante la tramitación de un procedimiento de mediación. También es cierto que resulta de aplicación el Reglamento (UE) núm. 44/2001, sustituido por el Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que entrará en vigor el 10 enero 2015, en el que se prevé la adopción de medidas provisionales o cautelares en litigios transfronterizos, si bien referido a resolución de conflictos por los órganos jurisdiccionales.

[Ver Texto](#)

(16) En el Congreso se adicionó el inciso sin la referencia a la pérdida de bienes, que se incorporó en el Senado.

[Ver Texto](#)

(17) Por ejemplo, el art. 395 LEC prevé la condena en costas del demandado que se allane antes de contestar a la demanda si hubiera iniciado un procedimiento de mediación antes de presentar la demanda.

[Ver Texto](#)

(18) Para V. *Pérez Daudí*, quien considera positivo la «referencia a la posible adopción de medidas cautelares durante la tramitación (d)el procedimiento de mediación» («La relación entre las medidas cautelares y la mediación civil y mercantil», en *Proceso, eficacia y garantías en la sociedad global (Liberamicorum II)*, coords. A. *Pérez-Cruz Martín* y L. *Bujosa Vadell*, *op. cit.*, pág. 155).

[Ver Texto](#)

(19) C. *Arangüena Fanego* entiende que el art. 724 LEC no se acomoda al art. 8.3 LA, posterior en el tiempo, en la medida que parece impedir la adopción de medidas cautelares *ante causam*, es decir, antes de iniciar un procedimiento arbitral, ya que las vincula a un arbitraje iniciado o su formalización judicial, expresión desaparecida en la Ley de 2003. Además, la Ley de Arbitraje no excluye dicha posibilidad en su art. 8.3 LA [«Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje», en *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje* (Dir. V. *Guilarte Gutiérrez*), Valladolid, Lex Nova, 1.ª ed., 2004, ISBN: 84-8406-615-0, pág. 157].

[Ver Texto](#)

(20) Se advierte desde la doctrina que, «al estar las medidas cautelares preordenadas al aseguramiento de la efectividad del futuro laudo arbitral, será preciso que el Juez ante quien se soliciten examine la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción en el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil lo que exige un análisis *prima facie* del fondo del asunto para extraer un juicio de probabilidad favorable al fundamento de la pretensión ejercitada por quien demanda la tutela cautelar» (C. *Arangüena Fanego*, C. *Arangüena Fanego*, «Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje», en *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, *op. cit.*, pág. 421).

[Ver Texto](#)

(21) V. *Pérez Daudí*, *op. cit.*, pág. 156. Este autor solventa el problema de la eficacia de la diligencia preliminar a la presentación de la demanda en el plazo de un mes (art. 256.3 LEC).

[Ver Texto](#)

(22) Los caracteres definitorios de las medidas cautelares se han reconducido a la instrumentalidad, temporalidad, provisionalidad y homogeneidad, siguiendo a Manuel *Serra Domínguez* en su construcción de la teoría general de las medidas cautelares en el proceso civil. Así, cita a *Calamandrei*, «quien centró en la instrumentalidad el carácter esencial de las medidas cautelares, siendo su doctrina sobre el particular casi unánimemente seguida por la doctrina italiana, y sin discrepancias por la doctrina española. Para CALAMANDREI la instrumentalidad de las medidas cautelares consiste en su relación de dependencia o subordinación respecto de la resolución definitiva sobre el fondo. Las medidas cautelares carecen en efecto de un valor en sí mismas consideradas, teniéndolo sólo en relación a la cuestión principal que se discute en el proceso. Una vez recaída resolución firme en el proceso, la medida cautelar queda sin efecto, bien por convertirse en medida ejecutiva, bien por desaparecer totalmente de declararse inexistente la situación material garantizada» («Teoría general de las medidas cautelares», en *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, 1974, pág. 15).

[Ver Texto](#)

(23) *Vid., v. gr., J. Garberí Llobregat, Las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (doctrina, jurisprudencia y formularios)*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2.ªed, 2007, ISBN: 978-84-8355-493-7, págs. 46 y ss.

[Ver Texto](#)

(24) *Ibidem.*

[Ver Texto](#)

(25) *Vid., v. gr., S. Barona Vilar, Derecho jurisdiccional*, AA.VV., Valencia, Tirant lo Blanch, 21.ª ed., 2013, t. II, ISBN: 978-84-9053-095-5, pág. 694.

[Ver Texto](#)

(26) En relación con la redacción del art. 24 del Convenio de Bruselas de 1968, F. *Gascón Inchausti* entiende que «medidas provisionales o cautelares» son aquéllas que presentan estos caracteres: «la idoneidad para combatir un *periculum in mora*»; «subordinación o accesoriedad respecto del proceso principal»; «provisionalidad en el tiempo», y «la instrumentalidad de su contenido», de modo que quedaría excluidos el aseguramiento y la anticipación de la prueba de la previsión del indicado art. 24. Dada la redacción sustancialmente similar entre el art. 24 del Convenio de Bruselas de 1968 y el art. 35 del Reglamento (UE) núm. 1215/2012, dicha interpretación se haría extensible al art. 35. [*Medidas cautelares de proceso civil extranjero (art. 24 del Convenio de Bruselas)*, Granada, Comares, 1998, ISBN: 978-84-8151-698-2, pág. 36].

[Ver Texto](#)

(27) V. *Pérez Daudi* plantea dos opciones válidas (la segunda se refiere al tribunal del lugar donde deba ejecutarse el acuerdo de mediación en virtud de lo previsto en el art. 26 LMACM), aunque se decanta con la primera, con la que coincidimos. *Vid.* «La relación entre las medidas cautelares y la mediación civil y mercantil», en *Proceso, eficacia y garantías en la sociedad global (Liberamicorum II)*, *op. cit.*, págs. 160 y 161.

[Ver Texto](#)

(28) «Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial» (art. 6.2 LEC).

[Ver Texto](#)

(29) J. Garberí Llobregat considera que, «debido a que la adopción preprocesal de medidas cautelares se subordina en la LECiv a la concurrencia de "razones de urgencia o necesidad" (art. 730.2.I LECiv), que son prácticamente las mismas de las que depende la aplicación del procedimiento acelerado de adopción de estas medidas sin audiencia previa del demandado [...], pensamos que debe sentarse al respecto la siguiente conclusión: las medidas cautelares preprocesales se han de adoptar por los tribunales en todo caso sin prestar previa audiencia al demandado, el cual, una vez que le sea debidamente notificado el correspondiente auto», podrá oponerse conforme a lo previsto en los arts. 739 y ss. LEC [*Las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (doctrina, jurisprudencia y formularios)*, *op. cit.*, pág. 115].

[Ver Texto](#)

(30) «La relación entre las medidas cautelares y la mediación civil y mercantil», en *Proceso, eficacia y garantías en la sociedad global (Liberamicorum II)*, *op. cit.*, pág. 158.

[Ver Texto](#)

(31) En caso de alcanzarse un acuerdo y éste no se homologue, V. Pérez Daudí entiende que se reanudará el plazo para incoar el proceso posterior en línea con lo señalado en la nota anterior.

[Ver Texto](#)

(32) Ibidem.

[Ver Texto](#)

