

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Procesal
MASTER EN DERECHO PÚBLICO



LA TUTELA CAUTELAR EN LOS PROCEDIMIENTOS DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES

Alumno: DANIEL GRIDILLA MARTÍNEZ – MANZANO

Tutora: Prof.^a Dra. CLARA FERNÁNDEZ CARRON

Comisión evaluadora

Presidente: Prof. Dr. IGNACIO DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ

Vocal: Prof.^a Dra. M. TERESA DE PADURA BALLESTEROS

Secretario: Prof. Dr. ÁLVARO GUTIÉRREZ BERLICHES

Convocatoria: Septiembre

Calificación: 9, Sobresaliente.

Todos los derechos reservados. El contenido de este trabajo no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido o registrado por ningún sistema de recuperación de la información, de ninguna forma ni por ningún medio sin previa autorización del autor.

RESUMEN

El presente trabajo aborda los distintos problemas que plantea el ejercicio de la tutela cautelar en el marco de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. La LM permite a las partes solicitar la adopción de medidas cautelares, pero no ha introducido ninguna reforma para ello en la LEC. Esto exige un análisis de los distintos obstáculos que pueden surgir en el ejercicio de esta facultad, tales como la determinación del tribunal competente, el momento para solicitarlas, o el mantenimiento o alzamiento de las mismas tras la terminación de la mediación, entre otros.

PALABRAS CLAVE

Mediación; partes; mediador; medidas cautelares; competencia judicial; alzamiento o mantenimiento; Secretario judicial; *fumus boni iuris*; *periculum in mora*; procedimiento; acuerdo; *dies a quo*; *dies ad quem*.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	6
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I: MARCO NORMATIVO	9
1. Ámbito comunitario: la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles	9
1. 1. Consideraciones generales	9
1. 2. Calidad de la mediación	15
1. 3. Relación entre el proceso civil y la mediación	16
1. 4. La eficacia de la mediación	18
2. Ámbito nacional: la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles	18
2. 1. Consideraciones generales	18
2. 2. Estructura	21
2. 3. Ámbito de aplicación	23
CAPÍTULO II: LA MEDIACIÓN	27
1. Concepto	27
2. Los principios de la mediación	34
2. 1. Voluntariedad	34
2. 2. Igualdad, imparcialidad y neutralidad	37
2. 2. 1. Igualdad e imparcialidad	37
2. 2. 2. Imparcialidad y neutralidad	39
2. 3. Confidencialidad	42
3. Breves notas sobre el procedimiento de mediación	45
3. 1. Cuestiones generales	45
3. 2. Solicitud	46
3. 3. Sesión informativa	47
3. 4. Sesión constitutiva	50
3. 5. Desarrollo de las actuaciones	51
3. 6. Terminación del procedimiento	54
CAPÍTULO III: MEDIACIÓN Y TUTELA CAUTELAR	58
1. Aproximación a la regulación de la tutela cautelar en mediación	58
2. Instrumentalidad	60
3. Incidencia de la mediación en los requisitos de las medidas cautelares	63
3. 1. <i>Periculum in mora</i>	63

3. 2. <i>Fumus boni iuris</i>	68
4. Incidencia de la mediación en el proceso cautelar	73
4. 1. Competencia judicial y momento de solicitud	73
4. 1. 1. Mediación extrajudicial	73
A. <i>Solicitud previa al inicio de mediación</i>	73
B. <i>Solicitud al inicio o durante la mediación</i>	78
4. 1. 2. Mediación intrajudicial	83
4. 2. Documentos que deben acompañar la solicitud	86
4. 3. Otras cuestiones	88
5. Incidencia del procedimiento de mediación en el mantenimiento o alzamiento de las medidas cautelares	91
5. 1. Mediación intrajudicial	92
5. 2. Mediación extrajudicial	95
6. Solicitud con posterioridad al acuerdo de mediación	102
7. Un caso hipotético: la tutela cautelar y las cláusulas escalonadas (<i>step-clauses</i>)	104
8. Una propuesta de <i>lege ferenda</i>	111
CONCLUSIONES	113
JURISPRUDENCIA REFERENCIADA	120
BIBLIOGRAFÍA	123
Libros y artículos doctrinales	123
Otros recursos utilizados	134

ABREVIATURAS

AAP	Auto de Audiencia Provincial
ADR	Métodos alternativos de resolución de conflictos
AJM	Auto de Juzgado Mercantil
AJPI	Auto de Juzgado de Primera Instancia
ALM	Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles
AP	Audiencia Provincial
art./arts.	artículo/artículos
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
DM	Directiva 2008/52/CE, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles
Ed.	Edición, editado por
LA	Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LECA	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881
LM	Ley 5/2012, de 5 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles
pág./págs.	página/páginas
PLM	Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles
RDM	Real Decreto - ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
<i>Vid.</i>	Véase

INTRODUCCIÓN

La mediación es un sistema autocompositivo de resolución de conflictos, cuya solución vendrá determinada por un acuerdo que las partes adoptan voluntariamente y por sí mismas, con ayuda de un tercero llamado mediador. Puede decirse que este recurso ha existido desde la antigüedad. Ya en el siglo V a. C., en China, Confucio preconizaba la conveniencia de acudir a un pacificador neutral para resolver las disputas. En Japón y ciertas comunidades de África se encuentran referencias a la mediación; incluso en la Biblia existen alusiones a ello. Asimismo, las primeras referencias en España a la mediación se sitúan en 1085, con el Fuero de Avilés. Sin embargo, la mediación tal como se concibe actualmente comienza a coger fuerza en la segunda mitad del siglo XX. De hecho, las instituciones europeas empezaron a mostrar especial interés en la década de los 80, a través de la aprobación de distintas resoluciones, culminando todo ello en la aprobación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, DM).

España ha transpuesto la norma con la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, LM), que ha supuesto la primera norma de carácter general en abordar la materia. Hasta entonces, las referencias a la mediación se circunscribían a determinados ámbitos sectoriales, con una destacada presencia en el ámbito familiar, ya que existía una panoplia de leyes autonómicas al respecto, que se centraba en el aspecto social.

La LM regula las mediaciones en asuntos civiles y mercantiles, con carácter general, incidiendo en la vertiente procedimental de las mismas. Para ello, apela a la voluntariedad y libre disposición de las partes, en cuanto a su organización. Uno de los aspectos en los que más ha hecho hincapié ha sido en la relación entre el proceso judicial y la mediación, en el sentido que las partes no pueden verse desprovistas de su derecho de acceso a la justicia por acudir a la mediación. Es decir, este método alternativo de resolución de conflictos no implica una renuncia a acudir a la vía judicial. La mediación es voluntaria en todas sus fases, lo que significa que las partes que hayan iniciado libremente un procedimiento podrán abandonarlo cuando estimen conveniente. De ahí la necesidad de articular una serie de normas que garanticen este derecho y faciliten la compatibilidad de ambos mecanismos de resolución de conflictos. Ejemplos de ello

radican en la suspensión de los plazos de caducidad y prescripción de acciones una vez que se inicia la mediación (art. 4 LM), o en la consagración de la confidencialidad como principio inspirador de la mediación (art. 8 LM).

En aras de conseguir este objetivo, la LM prevé que, durante el tiempo en que se desarrolle la mediación, las partes no podrán ejercitar ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, salvo la solicitud de medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida de derechos y bienes (art. 10. 2 LM). Sin embargo, el legislador se limitó a reconocer esta facultad, sin introducir ninguna modificación en la LEC. De esta manera, con este trabajo pretendemos realizar un análisis de los principales problemas que surgen respecto del ejercicio de la tutela cautelar en el marco de una mediación, así como ofrecer posibles soluciones a los mismos. Esto implica centrarnos en las medidas cautelares, no así en las medidas urgentes imprescindibles.

Para ello, hemos estructurado el trabajo en tres capítulos. En el primero de ellos, abordamos el marco normativo que afecta a la mediación de asuntos civiles y mercantiles, procediendo a un estudio tanto de la norma comunitaria, como de la ley interna. Pese a que nuestra intención es no detenernos demasiado en ello, resulta conveniente analizar los orígenes, contexto, estructura y otros aspectos esenciales de dichas normas.

En el segundo capítulo, procedemos al estudio de la mediación en la propia LM. Éste se encuentra dividido en tres epígrafes principales, que ofrecen las notas esenciales de este sistema de solución de conflictos. En primer lugar, consideramos necesario aportar un concepto de mediación desde un plano legal y jurisprudencial, desgranando los elementos principales de la misma. Los principios que inspiran toda mediación se estudian en el segundo epígrafe, mientras que el tercero se centra en el propio procedimiento de mediación, a través de sus distintas fases.

Por último, “La tutela cautelar y la mediación” es el título del tercer capítulo, que supone el núcleo esencial de este trabajo. En él se afrontan las distintas cuestiones que surgen: desde la incidencia de la mediación en los requisitos necesarios en toda medida cautelar, hasta el alzamiento o mantenimiento de las mismas, pasando por las propias peculiaridades que se originan durante el proceso de tutela cautelar. De esta manera, se

intentará identificar los problemas que presenta el ejercicio de la tutela cautelar en el marco de un procedimiento de mediación.

CAPÍTULO I: MARCO NORMATIVO

1. Ámbito comunitario: la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles

1. 1. Consideraciones generales

La aprobación y consecuente publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, el 24 de mayo de 2008, de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, no hizo sino confirmar el especial interés que las instituciones europeas han manifestado desde tiempos inveterados en los métodos alternativos de resolución de conflictos –ADR, en sus siglas en inglés¹, en general, y en la mediación, en particular.

Sin ánimo de extendernos en los orígenes², sí debe tenerse presente que, tal como señala la norma de mínimos³, la Comunidad Europea tiene como objetivo el desarrollo y mantenimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras, extremo que ha sido plasmado en los arts. 3. 2 TUE y 67. 1 TFUE. Por ello, han de adoptarse las medidas necesarias de cooperación judicial en materia civil para el correcto funcionamiento del mercado interior. Los órganos comunitarios han mostrado su compromiso con los ADR en distintas ocasiones. Entre ellas, es menester señalar que, en el marco de la cumbre celebrada en Viena en 1998, el Consejo Europeo aprobó el Plan de acción sobre aplicación de las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la

¹ Las siglas ADR responden a las palabras *Alternative Dispute Resolutions*, aunque actualmente está cobrando fuerza el significado de *Adequated Dispute Resolutions* (PARDO IRANZO, V., *La ejecución del acuerdo de mediación*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor. 2014, pág. 14). Esta apreciación parte de considerar que los métodos extrajudiciales de solución de conflictos, en general, y la mediación, en particular, “no deben entenderse como alternativas a la jurisdicción, ni siquiera como complemento de ésta. Se trata de mecanismos autónomos de pacificación social y, por tanto, deben considerarse medios independientes de acceso a la justicia” [ANDRÉS CIURANA, B., “La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España. (A propósito de la propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 12 (2005), pág. 61].

² Podemos considerar que la DM tiene sus raíces remotas en todas las iniciativas comunitarias de fomento de los ADR que comenzaron a mediados de la década de los años 80. Concretamente, en el ámbito del derecho de consumidores, la actividad de las instituciones europeas ha sido más fructífera, destacando, entre otros, el *Libro Verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia y las soluciones de litigios en materia de consumo en el Mercado Único*, de 16 de noviembre de 1993 (ORTIZ PRADILLO, J. C., “La mediación en la Unión Europea: la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, Dir. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., y Coords. SANZ HERMIDA, A.G. y ORTIZ PRADILLO, J. C., Ed. Colex. Madrid, 2010, págs. 56 - 59).

³ Considerando 1.

creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia⁴. Igual sucede en la sesión del Consejo Europeo en Tampere, en cuyas Conclusiones definió nuevas perspectivas de la Justicia, así como destacó la necesidad de desarrollar los procedimientos alternativos de resolución de conflictos extrajudiciales⁵. Fue precisamente a partir de estos hitos, cuando el Consejo invitó a la Comisión a que presentara un *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en materia de Derecho civil y mercantil distintas del arbitraje* (en adelante, *Libro verde*), con el objeto de recapitular y analizar la situación existente en los Estados miembros de la Unión Europea e iniciar una amplia consulta con miras a la preparación de las medidas concretas que conviniese adoptar.

El 19 de abril de 2002, la Comisión presentó el *Libro Verde*, el cual puede considerarse una prolongación de todas las acciones mencionadas anteriormente y que constituye el precedente inmediato a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles⁶ (en adelante, PDM), que ulteriormente desembocará en la adopción de la DM. El *Libro Verde* plasmaba los principios comunes que se aprecian en todos los procedimientos, relativos a la voluntariedad, flexibilidad del procedimiento, y a la imparcialidad, independencia, equidad y confidencialidad del tercero⁷, los cuales deben estar siempre presentes para garantizar la calidad de los ADR⁸. Asimismo, la PDM resultante no llegó a aprobarse en los mismos términos de su redacción original, sino que, hasta su adopción, registró importantes modificaciones.

La justificación de la DM se halla en una amplia concepción de garantizar un mejor acceso a la justicia, derecho contemplado en los arts. 6 Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Según la DM, “el objetivo de asegurar un mejor acceso a la justicia como parte de la política de la Unión Europea encaminada a establecer un espacio de

⁴ Apartado 83 de las Conclusiones de la Presidencia (este texto se encuentra disponible en el siguiente link: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/00300-R1.ES8.htm).

⁵ Apartado 30 de las Conclusiones de la Presidencia (el texto está a disposición del usuario en el enlace siguiente: http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm)

⁶ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, presentada por la Comisión Europea el 22 de octubre de 2004 (COM (2004) 718 final). El texto se encuentra disponible en el siguiente enlace: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52004PC0718&qid=1433498826419>.

⁷ Apartado 33 del *Libro Verde*.

⁸ Apartados 72 y siguientes del *Libro Verde*.

libertad, seguridad y justicia, debe abarcar el acceso a métodos tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de litigios⁹". Es decir, este concepto de "acceso a la justicia" incluye tanto el recurso al juez, como cualesquiera otros métodos adecuados para resolver las controversias de carácter civil y mercantil¹⁰. Ahora bien, coincidimos con CALDERÓN CUADRADO e IGLESIAS BUHIGUES cuando señalan que resulta discutible que la mediación pueda considerarse un medio de acceso a la justicia "cuando, además, su objetivo es el de lograr el arreglo negociado [...], más que impartir justicia en el sentido de dar a cada una lo que el Derecho le reconoce¹¹". Por esta razón, cabe preguntarse qué Justicia se imparte o a cuál se accede si dos o más partes están decidiendo cómo solventar el litigio¹², sin necesidad de que intervenga ningún órgano jurisdiccional.

La DM se configura como una norma de mínimos estrictos, que busca principalmente facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la resolución pacífica de los litigios transfronterizos, "asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial" (art. 1 DM). De esta forma, apela a la autonomía competencial de los Estados para que adopten las medidas legislativas más adecuadas con su sistema, lo cual resulta coherente con la propia configuración de la institución de la mediación, caracterizada por la ausencia de rigidez formal y por su flexibilidad organizativa¹³. Por esta razón, la DM sólo se centra en aportar unos mínimos para garantizar la calidad del procedimiento de mediación, su relación con los procesos judiciales y la garantía de cumplimiento por las partes del acuerdo resultante de la mediación, mínimos que constituyen los pilares de la norma. Sin embargo, conviene hacer referencia previamente tanto al ámbito de aplicación como al concepto de mediación propuesto.

⁹ Considerando 5.

¹⁰ FERNÁNDEZ CARRON, C., "La Directiva de mediación y su transposición al Derecho español", *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa*, Dir. DE LA OLIVA SANTOS, A. y Coord. CEDEÑO HERNÁN, M., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pág. 329.

¹¹ CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., e IGLESIAS BUHIGUES, J. L., "La mediación como 'alternativa' a la jurisdicción", *Derecho Procesal Civil Europeo. Volumen II. Acceso a la justicia y auxilio judicial en la Unión Europea*, Dir. DE LA OLIVA SANTOS, A., Coord. CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pág. 29.

¹² El derecho de acceso a la justicia supone acceder a la administración de justicia para obtener de los tribunales una concreta tutela conforme a Derecho. Es decir, consideramos que el acceso a la justicia parte de una concepción heterocompositiva de la misma, por lo que la mediación, como medio autocompositivo de solución de conflictos, jamás podrá considerarse incluida dentro de este derecho. Sentado esto, cabe preguntarse que, en tal caso, ¿quién imparte dicha justicia?

¹³ ORTUÑO MUÑOZ, P., "A propósito del ámbito de la Directiva 2008/52/CE, sobre mediación, en asuntos civiles y mercantiles", *Aranzadi Civil*, núm. 3 (2008), pág. 2822.

La DM atañe a todos los Estados miembros¹⁴ y sólo es aplicable a los litigios transfronterizos, en asuntos civiles y mercantiles, “con la salvedad de aquellos derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente” (art. 1. 2 DM). Son varios los aspectos reseñables, pues, en primer lugar, debe apuntarse que el derecho comunitario tiene una noción amplia de la materia civil y mercantil no coincidente con el propio de nuestra legislación interna. Así, la jurisprudencia del TJCE matiza que es un concepto autónomo que no remite al Derecho interno de los Estados miembros interesados, sino que debe ser interpretado refiriéndose, por una parte, a los objetivos y al sistema del Convenio de Bruselas de 1968 y del Reglamento 44/2001 y, por otra, a los principios generales que se deducen de todos los sistemas jurídicos nacionales¹⁵. De esta manera, el concepto de “civil y mercantil” vendrá determinado por las materias aludidas, quedando incluidos los litigios referidos a los contratos individuales de trabajo. No obstante lo anterior, el art. 1. 2 DM precisa que no se aplicará la norma a aquellas materias civiles y mercantiles que recaigan sobre derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente. La propia DM resalta que éstos son especialmente frecuentes en los ámbitos del Derecho de familia y del Derecho laboral¹⁶, lo cual no significa que los excluya directamente.

Como viene siendo habitual en diversos instrumentos comunitarios, la DM recoge expresamente una exclusión material en el apartado segundo del art. 1 *in fine*, ya que “no se aplicará, en particular, a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (*acta iure imperi*)¹⁷”.

¹⁴ Con la excepción de Dinamarca (considerando 30).

¹⁵ SSTJCE Caso *Eirini Lechouritou y otros contra Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias*, de 15 de febrero de 2007 (TJCE\2007\34); y Caso *Land Oberösterreich contra CEZ*, de 18 de mayo de 2006 (TJCE\2006\144).

¹⁶ Considerando 10. Algunos autores han querido ver una exclusión absoluta, si no de ambas materias, al menos del derecho de familia [PRATS ALBENTOSA, L., “La nueva regulación europea de la mediación”, *Diario La Ley*, núm. 6958 (2008), pág. 2 (disponible en: <http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx>); u ORTUÑO MUÑOZ, P., “A propósito del ámbito de la Directiva 2008/52/CE, sobre mediación, en asuntos civiles y mercantiles”, cit., pág. 2822]. Sin embargo, sostenemos que dicha consideración no es correcta por dos razones. En primer lugar, no hay duda de que el derecho de familia es una rama incardinada dentro del Derecho civil. Y, además, la propia DM, en su considerando 10, se refiere a la inclusión del Derecho de familia dentro de su ámbito de aplicación, al referirse a los derechos y obligaciones indisponibles, que “son especialmente frecuentes en los ámbitos del Derecho de familia y del Derecho laboral”.

¹⁷ *Sensu contrario*, la responsabilidad del Estado derivada de actos u omisiones en el ejercicio de su actividad de gestión o administración de bienes privados se entiende incluida en el ámbito de aplicación de la norma (*acta iure gestionis*), y así lo ha manifestado la jurisprudencia comunitaria [SSTJCE Caso

Por otro lado, si bien la DM sólo se aplica a litigios transfronterizos, ésta no era la intención en origen, pues la PDM extendía sus efectos tanto a los procedimientos de mediación relativos a litigios nacionales, como a los transfronterizos. No obstante, la norma aclara que no hay impedimento a que los Estados miembros apliquen las disposiciones contenidas en la misma a los procedimientos de mediación internos¹⁸. El aspecto determinante del carácter transfronterizo radica en la ubicación del domicilio o de la residencia habitual de las partes en Estados miembros distintos al tiempo de instarse la mediación¹⁹, siendo indiferente la nacionalidad (art. 2 DM). De esta manera, si los interesados en someter su controversia a mediación residen en un mismo Estado miembro, pero ostentan nacionalidades distintas, se considerará como una mediación de orden interno, sustanciándose conforme a la normativa interna del Estado²⁰.

La DM, en el apartado primero de su art. 3, define tanto el concepto de mediación como el de mediador. Según el texto, la mediación es “un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro”.

El legislador europeo propone un concepto amplio de la institución, abarcando cualquier procedimiento autocompositivo en el que intervenga un tercero, sin definir un modelo concreto; así, engloba tanto aquel procedimiento en el que el mediador presente una solución práctica, como aquéllos en los que el tercero actúe como guía pero sin realizar ninguna propuesta concreta. Tampoco diferencia entre procedimientos de mediación de naturaleza pública, gestionados por las Administraciones Públicas, o de

Gemeente Steenberghe contra Luc Baten, 14 de noviembre de 2002 (TJCE\2002\334); y Caso *Préservatrice foncière TIARD SA contra Staat der Nederlanden*, de 15 de mayo de 2003 (TCJE\2003\141)].

¹⁸ Considerando 8. En nuestra opinión, el legislador europeo ha optado por la opción correcta. No debemos olvidar que aquél sólo podrá actuar en el ámbito de cooperación judicial en materia civil, cuando se den las condiciones previstas en el art. 65 TCE (actual art. 81 TUE): la necesidad para el buen funcionamiento del mercado interior y la exigencia de repercusión transfronteriza.

¹⁹ Así será cuando la mediación se inste bien porque las partes lo acuerden, bien porque un tribunal dicte la mediación, bien porque sea obligatorio acudir a mediación previa, o bien porque el órgano judicial remita una invitación a las partes para acudir a mediación (art. 2 DM).

²⁰ MORENO CORDERO, G., “La Directiva comunitaria 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. (Especial referencia a la mediación de consumo en el ordenamiento español)”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, núm. 2009 (2009), págs. 94 - 95.

naturaleza privada, desarrollados por Colegios Profesionales o Asociaciones relacionadas con el ámbito empresarial, por ejemplo²¹. Sin embargo, el precepto sí especifica que debe tratarse de un “procedimiento estructurado”, lo que implica una exclusión de todo supuesto en el que no se ha “seguido procedimiento de estructura preconcebida de carácter típico y singular” con base en un mínimo grado de formalidad²², al no considerarse mediación la intervención espontánea de un tercero²³.

La principal nota característica de esta definición radica en la voluntariedad de las partes para someterse a la mediación. Sin embargo, ello choca con el hecho de que la remisión a un procedimiento de mediación podrá ser “sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro”, tal como recoge el precepto²⁴. A ello se añade que el art. 5 DM confirma, en su apartado primero, la potestad del juez para “proponer a las partes que recurran a la mediación para solucionar el litigio”, mientras que en su apartado segundo aclara que esta voluntariedad, prevista en la norma de mínimos, “no afectará a la legislación nacional que estipule la obligatoriedad de la mediación”, si bien esto no puede impedir a las partes el ejercicio del derecho de acceso a la justicia. De esta manera, cabe preguntarse hasta qué punto puede hablarse de voluntariedad y/o libertad para acudir a un procedimiento extrajudicial de mediación. La clave está en cómo se interprete el concepto de “voluntariedad u autonomía inherente al principio²⁵”. Si presumimos que la voluntariedad implica la libertad de las partes para iniciar, llevar a cabo y finalizar este procedimiento, difícilmente podrá considerarse presente este carácter en la configuración que la norma hace de la institución; es decir, la propia DM mostraría una contradicción. Sin embargo, no parece que ésta sea la visión presente en la norma, ya que su considerando 13 precisa que la voluntariedad en la mediación debe interpretarse “en el sentido de que las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento”. En

²¹ ORTIZ PRADILLO, J. C., “La mediación en la Unión Europea...”, *op. cit.*, págs. 63 - 65.

²² ORTUÑO MUÑOZ, P., “Apuntes críticos sobre la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación Civil y Mercantil”, *Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, núm. 1 (2013), pág. 55.

²³ GIL NIEVAS, R., “La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 768 (2009), pág. 13.

²⁴ La jurisprudencia comunitaria consideró que, mientras el derecho a la tutela judicial efectiva no se vea restringido intolerablemente, la mediación previa al ejercicio de las acciones judiciales es totalmente lícita [STJUE Caso *Rosalba Alassini contra Telecom Italia SpA*, de 18 de marzo de 2010 (TJCE\2010\78)].

²⁵ FERNÁNDEZ CARRON, C., “La Directiva de mediación y su traspaso al Derecho español”, *op. cit.*, pág. 340.

otras palabras, esa voluntariedad o autonomía no radica en el inicio, sino en el desarrollo y en la finalización del mismo²⁶.

En la misma línea, la DM establece una definición de la figura del mediador en el apartado segundo del art. 3 DM, como “todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación”. Optando por una concepción amplia, el precepto no excluye ningún colectivo ni exige titulación específica, aunque no podrá reputarse mediador al juez competente que ha realizado gestiones para resolver el litigio en el curso del proceso judicial (art. 3. 1 DM)²⁷. La DM se limita a indicar sucintamente las características que debe reunir el mediador, pero serán las legislaciones internas las que desarrollen la regulación de la forma más apropiada.

Sentados el ámbito de aplicación de la DM y los conceptos necesarios, la norma de mínimos establece los principios o bases que deben estar presentes en todas las normativas de los Estados miembros. Aunque no abordemos la cuestión detenidamente por motivos de espacio y objeto del trabajo, resulta conveniente realizar unas someras indicaciones. Estos principios pueden sintetizarse en tres ideas esenciales²⁸: calidad de la mediación, relación entre el proceso civil y la mediación y, por último, la eficacia de la mediación.

1. 2. Calidad de la mediación

La DM prevé dos medidas específicas para garantizar la calidad de todo procedimiento de mediación, ambas centradas en la figura del mediador como elemento

²⁶ Por esta razón, consideramos más adecuada la regulación prevista en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que permite al juez sugerir a las partes que acudan a una sesión informativa, pero sin que ello suponga una obligación a iniciar un procedimiento de mediación. La obligatoriedad de acudir a la mediación no asegura una reducción de los asuntos sometidos a la jurisdicción, pues sirva de ejemplo la exigencia que existía en la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (en adelante LECA), que preveía la conciliación preceptiva y cuyo fracaso obligó a su derogación mediante la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues el porcentaje de conciliaciones exitosas no alcanzaba ni el 1% en asuntos civiles y mercantiles [DE LA OLIVA SANTOS, A., “Mediación y justicia: síntomas patológicos”, en *Otrosí*, núm. 8 (2011), pág.10].

²⁷ No obstante, sí podrá ser mediador “el juez que no sea responsable de ningún proceso judicial relacionado con la cuestión o cuestiones objeto del litigio” (considerando 12).

²⁸ FERNÁNDEZ CARRON, C., “La Directiva de mediación y su transposición al Derecho español”, *op. cit.*, págs. 334 - 337.

esencial de la institución. Como hemos apuntado antes, la norma sólo establece los principios que deben estar presente en la actuación del mediador, pero opta por excluir cualquier tipo de regulación sobre su estatuto.

En primer lugar, la DM otorga plena libertad a los Estados miembros para que elaboren, de la forma que consideren más conveniente, unos códigos de conducta voluntarios para que los mediadores puedan adherirse a los mismos, “así como otros mecanismos efectivos de control de calidad referentes a la prestación de servicios de mediación” (art. 4. 1 DM). Asimismo, las autoridades internas competentes tienen el deber de informar a los mediadores de la existencia del Código de Conducta Europeo para los mediadores²⁹.

Por otro lado, un aspecto esencial para ejercer correctamente la función de mediador consiste en poseer la instrucción adecuada. Aunque la DM no especifica qué preparación debe tener el tercero que ejerza este cargo, sí indica que compete a los Estados miembros fomentar “la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes” (art. 4. 2 DM).

1. 3. Relación entre el proceso civil y la mediación

La mediación nunca debe excluir la posibilidad de acudir a vía judicial si fracasa. Por esta razón, se torna en cuestión capital el hecho de articular una regulación correcta en este aspecto, materia que la DM aborda centrándose en dos extremos. Por un lado, los Estados miembros deben garantizar que si las partes han optado por la mediación con el objeto de solucionar pacíficamente su controversia, esto no les debe impedir acudir a la vía judicial o al arbitraje si fracasa aquélla “por haber vencido los plazos de caducidad o prescripción durante el procedimiento de mediación” (art. 8. 1 DM). Esta previsión supone un incentivo a que las partes opten, aunque sea primeramente, por la mediación, sabiendo que ello no les cierra la puerta a un posterior proceso. Sin embargo, resulta llamativo la ausencia de cualquier referencia nominal directa a la suspensión los plazos

²⁹ Considerando 18. Si bien no tiene carácter vinculante, el Código de Conducta Europeo para los Mediadores, de 6 de abril de 2004, aborda materias más concretas que la DM en cuanto al estatuto del mediador, como puede ser la imparcialidad, la competencia, la designación o los honorarios. (El documento se encuentra disponible en el siguiente enlace: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf).

de caducidad y prescripción³⁰. Consideramos, no obstante, que la regulación propuesta se antoja pobre y escueta por dos motivos: 1) asimila la caducidad a la prescripción, cuando se trata de dos institutos con diferente régimen jurídico, por lo que los efectos causados resultan distintos; 2) no indica el *dies a quo* ni el *dies ad quem*, por lo que podrá diferir de unos Estados miembros a otros.

Por otro lado, la confidencialidad tanto de los mediadores, como de los participantes en la administración del procedimiento, constituye un punto importante para un correcto desarrollo de la mediación, pues si aquella no está garantizada, cabe presumir que las partes actuarán con cierta cautela y reserva, ante la desconfianza de que lo aportado dentro del procedimiento de mediación puede volverse en su contra en un eventual proceso jurisdiccional civil posterior. Así, los Estados miembros deben garantizar “que ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso” (art. 7. 1 DM). No obstante, este mandato obliga excepto: a) cuando exista acuerdo en contrario de las partes; b) cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, o; c) “cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesario para aplicar o ejecutar dicho acuerdo” [art. 7. 1. b) DM]. Si bien este precepto establece unos mínimos exigibles, el apartado segundo del mismo permite a los Estados miembros aplicar medidas más estrictas para proteger la confidencialidad.

La regulación de la confidencialidad prevista en la DM difiere llamativamente de la prevista en la PDM, en la cual se preveía una serie de supuestos más exhaustivos e, incluso, restrictivos, que no se centraban tanto en el deber de confidencialidad del mediador y participantes, sino en la admisibilidad de las pruebas en procesos judiciales civiles (no así en los arbitrajes). Sin embargo, finalmente se optó por un criterio más amplio, otorgando mayor libertad a los Estados miembros a la hora de desarrollarlo³¹.

³⁰ No sucedía lo mismo en la PDM, cuyo art. 7 tenía como rúbrica “Suspensión de la caducidad y la prescripción”.

³¹ Para ORTIZ PRADILLO, la fórmula adoptada es criticable, pues “podría llegar a suceder que determinada información se considere confidencial en un Estado miembro, pero no en otro, y existir en este último el deber de ponerlo en conocimiento de las autoridades o tribunales” (“La mediación en la Unión Europea...”, *op. cit.*, pág. 69).

1. 4. La eficacia de la mediación

La DM parte de no considerar la mediación como una alternativa peor a la vía judicial por el hecho de que el cumplimiento del acuerdo resultante dependa de la buena voluntad de las partes³². Por esta razón, los Estados miembros deben garantizar que el acuerdo en cualquier otro Estado parte pueda reconocerse y ejecutarse. El art. 6. 1 DM permite a las partes solicitar que se le dé carácter ejecutivo al contenido del acuerdo escrito resultante de la mediación, salvo que bien sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud, bien la legislación de ese Estado no contemple su carácter ejecutivo. Dicho carácter ejecutivo se otorgará en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que se formule la solicitud (art. 6. 2 DM).

La DM se ha limitado a establecer unos principios esenciales que deben estar presentes en todos los Estados miembros. Precisamente, por su carácter de norma de mínimos, muchos aspectos han quedado excluidos de la regulación, por lo que corresponderá a las legislaciones internas desarrollarlos de una forma más detallada. Entre otros, la norma no recoge nada acerca del procedimiento –modelo adoptado, duración determinada y máxima, gratuidad, fases, costas, etc.–, eficacia de las cláusulas de sometimiento a la mediación insertas en contratos –y el alcance de las mismas–, los requisitos y formación del mediador, así como su régimen de responsabilidad. Pero, como se ha indicado en varias ocasiones, se trata de una norma de mínimos centrada en los aspectos fundamentales en aras de “contar con un marco jurídico predecible³³” en los litigios transfronterizos.

2. Ámbito nacional: la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles

2. 1. Consideraciones generales

La principal novedad introducida por la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, consiste en que supone la primera norma que regula este instituto con carácter general. Hasta ahora, la ordenación se había limitado a normas sectoriales en materia de consumo y mediación familiar que abordaban la

³² Considerando 19.

³³ Considerando 7.

cuestión de manera indirecta y directa, respectivamente. Actualmente, la LM excluye la materia de consumo [art. 2. 2. d) LM], previéndose una ordenación indirecta en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (en adelante, RD 231/2008).

En cuanto a su vertiente regulatoria, mayor importancia ha tenido la labor ejercida por las Comunidades Autónomas respecto de la mediación familiar, tarea que proviene de fechas anteriores a la aprobación de la DM. El trabajo en el ámbito sectorial de la mediación familiar ha sido especialmente fructífero, originando la aprobación de un total de trece leyes³⁴. A este respecto, una de las cuestiones más controvertidas en origen se refiere a la base competencial de dichas normas. La LM regula la mediación en asuntos civiles y mercantiles, afectando notablemente a la legislación procesal, materias todas ellas que competen al Estado en exclusiva, tal como dispone el art. 149. 1. 6ª y 8ª CE. Ahora bien, la base competencial de las normas sectoriales autonómicas no se encuentra en el precepto señalado de la Constitución Española, sino que la mayoría de dichas leyes hace referencia a las políticas sociales o de asistencia y bienestar social, en particular a la “protección social, económica y jurídica de la familia”, tal como señala el art. 39. 1 CE³⁵, labor desempeñada dentro de las competencias que las Comunidades Autónomas tienen atribuidas en materia de asistencia social (art. 148. 1. 20º CE), pero todo ello no ha impedido que a veces se hayan abordado cuestiones procedimentales³⁶.

³⁴ En el marco de la legislación autonómica, disponemos de las siguientes normas: en Galicia, la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar; en Valencia, la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar; en Canarias, la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar, junto a la Ley 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar; en Castilla La Mancha, la Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar; en Castilla y León, la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar; en Madrid, la ley 1/2007 de Mediación Familiar; en Asturias, la Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar; en el País Vasco, la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar; en Andalucía, la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar y el Decreto 37/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 1/2009; en Islas Baleares, la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar; en Aragón, la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar. Asimismo, la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de Cantabria, y la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en Derecho Privado de Cataluña, junto al Decreto 135/2012, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, van más allá de las normas antes mencionadas, pues amplían el alcance al ámbito civil en general (de hecho, la norma cántabra persigue una regulación integral del instituto de la mediación). Igualmente, en Navarra, la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, regula algunos puntos de la mediación familiar someramente en su art. 2.

³⁵ ORDOÑEZ SOLÍS, D., “La Directiva sobre mediación y sus efectos en el Derecho español: «fuera de los tribunales también hay justicia»”, *Diario La Ley*, núm. 7165 (2009), pág. 5.

³⁶ YBARRA BORES, A. y RODRÍGUEZ BENOT, A., “La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y las competencias autonómicas”, *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis*

La LM tiene su origen en un doble mandato: nacional y comunitario, si bien su incumplimiento sólo conlleva consecuencias negativas respecto del segundo. Como señala la norma en su Preámbulo, ésta incorpora la DM, pero “su regulación va más allá del contenido de esta norma de la Unión Europea, en línea con la previsión de la disposición final tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio³⁷”, la cual obligaba al Gobierno remitir a las Cortes Generales un proyecto de ley sobre mediación que estuviese “basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas” (Disposición Final Tercera Ley 15/2005)³⁸. El incumplimiento de dicho mandato provocó que la Comisión Europea abriese un expediente, en julio de 2011, por no haber notificado las medidas nacionales para la transposición de la DM. Precisamente ese apercebimiento originó que el anterior Gobierno presentase en el año 2011 un Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, PLM)³⁹, pero la disolución anticipada de las Cámaras provocó su caducidad⁴⁰. Para evitar el inicio de cualquier acción contra España debido a su inobservancia, el Gobierno entrante optó por tramitar la transposición a través de la vía de urgencia, dando lugar a la aprobación del Real Decreto - ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁴¹

de la normativa de la UE y española, Coords. LÓPEZ SIMÓ, F. y GARAU SOBRINO, F. F., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 83. Sobre la cuestión, *vid.* CAMPO IZQUIERDO, A. L., “Mediación Familiar. Estudio comparativo de la normativa nacional y autonómica”, *Actualidad Civil*, núm. 15 (2010), págs. 1733 - 1794.

³⁷ Parágrafo II del Preámbulo.

³⁸ Siendo realistas, debemos reconocer que la adopción de la norma sobre mediación se debe al hecho de poder ser sancionados por la Unión Europea. No hay que perder de vista el importante retraso en cuanto a la aprobación de la ley, sobre todo, respecto del mandato de la Ley 15/2005. Como señala SOLETO MUÑOZ, el incumplimiento de un mandato interno no tiene mayor consecuencia que la producción de una sensación de desorganización, pero sí hay mecanismos para castigar el quebrantamiento de un compromiso comunitario (“La mediación en asuntos civiles y mercantiles: La Ley 5/2012”, en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Dir. SOLETO MUÑOZ, H., y Coords. CARRETERO MORALES, E., y RUIZ LÓPEZ, C., Ed. Tecnos, Madrid, 2013, *op. cit.*, pág. 297).

³⁹ Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOCG núm. 122 - 1, de 29 de abril de 2011).

⁴⁰ HUALDE MANSO, T., “Del proyecto Caamaño al proyecto Gallardón sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Aranzadi Civil - Mercantil. Revista doctrinal*, núm. 12 (2012), pág. 32.

⁴¹ El Gobierno recibió numerosas críticas de diversos Grupos Parlamentarios por tramitar la transposición mediante Real Decreto-ley, ante lo que consideraban un abuso en sus competencias al no concurrir esa urgente necesidad que caracteriza a este tipo de normas. Sin embargo, todos destacaron la necesidad de aprobar dicha norma (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 23, de 29 de marzo de 2012, págs. 4 - 15). Resultan llamativas estas críticas, por dos razones: 1) se corría verdadero riesgo de sufrir sanciones económicas por incumplimiento; 2) no tiene razón de ser este alarmismo, cuando la norma

(en adelante, RDM). El 6 de julio se aprobó la LM, sin apenas variar respecto del RDM, pero sí distanciándose del PLM en algunos puntos concretos –voluntariedad y ejecutividad, principalmente–, aunque en esencia también son bastante similares.

2. 2. Estructura

La norma se compone de un Preámbulo, veintisiete artículos agrupados en cinco títulos, cuatro disposiciones adicionales, diez disposiciones finales y una disposición derogatoria. La Ley se erige, como dice en su Preámbulo⁴², sobre los tres ejes de la mediación, íntimamente interrelacionados: desjudicialización, deslegalización y desjuridificación. Centra su justificación principalmente en el primer eje, destacando que la mediación es un instituto ordenado a la paz jurídica, pues los tribunales deberían ser el último recurso. Acto seguido, añade que “puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos⁴³”. Precisamente, el legislador opta por referirse a este último aspecto de forma soslayada pero, curiosamente, luego es la principal justificación alegada por la doctrina y por el propio legislador⁴⁴.

a) Al referirse a la desjudicialización, el legislador apela a la autocomposición como fórmula de resolución de conflictos. Son las partes quienes tienen en su mano la solución a su conflicto, y no el juez o árbitro. Tan sólo será necesaria la intervención de un tercero, el mediador, quien se sitúa y actúa *inter partes* y no *supra partes*, como sucede en las fórmulas heterocompositivas⁴⁵. De esta manera, las partes tendrán una solución

“Popular”, salvo cuestiones concretas, toma –o incluso calca– preceptos del proyecto “Socialista”, permitiendo además, posteriormente, el debate e introducción de enmiendas al convalidarse la norma.

⁴² Parágrafos II y III del Preámbulo.

⁴³ Parágrafo II del Preámbulo.

⁴⁴ Lo cual no significa que todos compartan que dicha medida resultará efectiva para descargar de trabajo a los tribunales. Así, FERNÁNDEZ CARRON, C., “La Directiva de mediación y su transposición al Derecho español”, *op. cit.* pág. 351; MARTÍ MINGARRO, L., “La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 29 (2013), pág. 3 (se encuentra disponible en: <http://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100/1215245063566/ / / />). Asimismo, en el debate de votación y posterior aprobación de la LM, los Grupos Parlamentarios Vasco, de Unión Progreso y Democracia, Catalán, Socialista y Popular destacaron esta finalidad (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 46, de 28 de junio de 2012, pág. 35). Sin embargo, conviene recordar que la DM no aludía a la consecución de este objetivo en sus considerandos. De esta manera, resulta probable que el legislador comunitario fuese consciente de que la principal finalidad de la mediación no puede o debe ser la descarga de asuntos en los tribunales, pues la sola existencia de dicho método alternativo no garantiza la consecución de ese fin. Como señala DE LA OLIVA SANTOS, en los tiempos en que la conciliación previa era preceptiva, la tasa de éxito no superaba el 1%, lo cual resulta llamativo, máxime cuando era obligatoria! (“Mediación y Justicia: síntomas patológicos”, *cit.*, pág. 10).

⁴⁵ ORTIZ PRADILLO, J. C., “La mediación como método de solución de conflictos en el Estado de las autonomías”, *Mediación, Justicia y Unión Europea*, Coord. IGLESIAS CANLE, I. C., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 70.

más adaptada a sus necesidades e intereses, con un carácter más pacífico, y que, además, les permitirá mantener las relaciones en adelante. Este método de solución de controversias se funda en los mismos valores de la justicia, diversificando e impulsando así otros mecanismos de actuación⁴⁶. No obstante, la correcta desjudicialización exige un sistema en el que los ciudadanos puedan efectivamente confiar, lo cual requerirá un desarrollo de medios materiales y personales, que garanticen la profesionalidad de este método alternativo⁴⁷.

b) Como segundo eje, la norma prevé la deslegalización como “pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo⁴⁸”. Como reflejo de este eje, se encuentra el reconocimiento de la voluntariedad y libre decisión de las partes como principios inspiradores del procedimiento de mediación. La respuesta al litigio ya no vendrá determinada por la disposición legal pertinente aplicada por el órgano jurisdiccional, sino por unos criterios de justicia consensuados por las partes. Lo que busca la ley de mediación es “que prevalezca lo que hayan dispuesto las partes en el contrato” frente al régimen general y coercitivo previsto por la ley⁴⁹. Precisamente, en este extremo radica la necesidad de que la materia sobre la que versa el conflicto sea de carácter dispositivo⁵⁰.

c) Por último, la ley se refiere a la desjuridificación como tercer eje, “consistente en no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio⁵¹”. Esta flexibilidad en el contenido permitirá alcanzar soluciones menos traumáticas que en los procesos judiciales, donde existe la “dialéctica vencedor/vencido⁵²”, y por ello lo justo vendrá determinado por lo que las partes así consideran⁵³.

⁴⁶ ORTUÑO MUÑOZ, P., “Apuntes críticos sobre la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación Civil y Mercantil”, cit., pág. 54.

⁴⁷ MARTÍ MINGARRO, L., “La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio”, cit., pág. 13.

⁴⁸ Parágrafo III del Preámbulo.

⁴⁹ GARCÍA DEL POYO, R., “La mediación electrónica”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 29 (2013), pág. 4. Disponible en el siguiente enlace: <http://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100/1215245063566/ / / .>

⁵⁰ Como indica ORTUÑO MUÑOZ, esta concepción parte de una visión pluridimensional, en el sentido de que la tipología legal se antoja insuficiente, pues cualquier conflicto real es más complejo y, por ende, resulta difícilmente incardinable en un modelo legal. En consecuencia, esta concepción deslegalizadora permitirá amoldarse más adecuadamente a la naturaleza de la controversia (“Apuntes críticos sobre la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación Civil y Mercantil”, cit., pág. 54).

⁵¹ Parágrafo III del Preámbulo.

⁵² TRIGO SIERRA, E. y MOYA FERNÁNDEZ, A. J., “La mediación civil y mercantil en España y en el Derecho comparado: a propósito del Real Decreto-ley 5/2012”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 32 (2012), pág. 103.

⁵³ A este respecto, la jurisprudencia manifestó la idoneidad de la mediación en aras de conseguir un resultado menos perjudicial: “La mediación, como modalidad alternativa de solución de conflictos, llega a

2. 3. **Ámbito de aplicación**

Para la configuración de la ley, el legislador, que tuvo en cuenta las previsiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, de 24 de junio de 2002, ha optado por dividirla en cinco títulos. El primero recoge las disposiciones generales, referidas al concepto, el ámbito de aplicación o los conflictos transfronterizos, entre otras cuestiones. Por motivos de espacio, nos referiremos sólo a aquellas cuestiones que, a nuestro juicio, son más importantes. En primer lugar, esta ley resulta aplicable a todas “las mediaciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones” indisponibles en virtud de la legislación aplicable (art. 2. 1 LM). Asimismo, el apartado segundo del precepto excluye específicamente la mediación penal⁵⁴, la mediación laboral⁵⁵, la mediación en materia de consumo y la mediación con las Administraciones Públicas, si bien ésta última es una novedad con respecto al PLM, que preveía incluso la mediación obligatoria previa en procesos contenciosos - administrativos⁵⁶. Ahora bien, esta norma realiza estas exclusiones específicas pero tampoco son necesarias, pues todas las materias mentadas quedan fuera del ámbito civil y mercantil, con excepción de los asuntos de consumo. No obstante, esto no cierra la puerta a una futura regulación de la mediación en estas materias, ya que estas exclusiones se prevén “para reservar su regulación a las normas sectoriales correspondientes⁵⁷”.

soluciones menos traumáticas que la judicial que dicta sentencia interpretando y aplicando correctamente la norma jurídica, resultando un vencedor y un vencido, cuando los temas jurídicos, tanto más si son familiares, tienen o pueden tener un trasfondo humano, al que sí llega el instituto de la mediación” [STS núm. 11/2012, de 19 de enero de 2012 (RJ 2012\307)].

⁵⁴ En España, sólo se prevé legalmente la mediación penal para menores, a través de la Ley Orgánica, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, y su reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 1774/2004. No obstante, se han iniciado diversas experiencias piloto de mediación penal con carácter general.

⁵⁵ La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, prevé en sus arts. 63 y siguientes el intento de conciliación o, en su caso, de mediación ante el servicio administrativo correspondiente como requisito previo a la tramitación del proceso.

⁵⁶ Parte de la doctrina criticó esta opción (DE LA OLIVA SANTOS, A., “Mediación y Justicia: síntomas patológicos”, cit., pág. 11; FERNÁNDEZ CARRON, C., “La Directiva de mediación y su transposición al Derecho español”, *op. cit.*, pág. 349). No obstante, el Consejo General del Poder Judicial firmó, con fecha 30 de abril de 2013, un Convenio para promover la mediación intrajudicial en el ámbito de la jurisdicción contencioso - administrativa a través de uno o varios proyectos piloto.

⁵⁷ Parágrafo II del Preámbulo. A pesar de esta consideración, la norma sufrió críticas, por parte del Grupo Parlamentario La Izquierda Plural, al no establecer una regulación integral. Esta opción se debe a que, en palabras del entonces ministro de Justicia RUIZ GALLARDÓN, la ordenación sectorial de la mediación en estos ámbitos es un reto al que hacer frente (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 46, de 28 de junio de 2012, pág. 36).

Por otra parte, entendemos que la mediación familiar se inserta en el ámbito de aplicación, a pesar de la nula referencia en toda la norma y la existencia de diversas leyes sectoriales. Recordemos que las normas autonómicas se centran en ejecutar una determinada labor y asistencia social, para dar cumplimiento al mandato constitucional del art. 39 CE –que exige a los poderes públicos asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia–, mientras que la LM se limita al ámbito de competencias exclusivas del Estado en las materias civil, mercantil y procesal, “que permiten articular un marco para el ejercicio de la mediación, sin perjuicio de las disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias⁵⁸”.

Por último a este respecto, la jurisprudencia ha definido como materia disponible todo aquello que sea negociable⁵⁹; es decir, todo aquello que pueda ser objeto de disposición. Aquí aparecen las normas imperativas como reflejo de las materias indisponibles, pero se produce cierta ironía jurídica cuando se observa que uno de los ámbitos más prolíficos de la mediación es, precisamente, el Derecho de familia, campo donde abundan las normas imperativas e indisponibles⁶⁰. A pesar de ello, coincidimos con SOSPEDRA NAVAS en que la indisponibilidad de los derechos y obligaciones no implica que no sean “materias mediables”, sino que serían supuestos de “disponibilidad limitada⁶¹”.

Respecto al ámbito territorial, aclara la ley que, en defecto de sometimiento expreso o tácito a ella, ésta será aplicable cuando al menos una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español (art. 2. 1 II LM). Resulta llamativo que, en ausencia de un sometimiento expreso o tácito, la aplicabilidad de dicha norma exige cumulativamente dos requisitos: domicilio en España de una de las partes y concurrencia del procedimiento en territorio nacional; lo cual choca con el Preámbulo, al decir que aspira a conformar un “régimen general aplicable a toda

⁵⁸ Parágrafo III del Preámbulo.

⁵⁹ STS núm. 355/1998, de 18 abril (RJ 1998\2984).

⁶⁰ VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., “Concepto de mediación y ámbito de aplicación de la Ley 5/2012”, *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española*, Coords. LÓPEZ SIMÓ, F. y GARAU SOBRINO, F. F., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 117.

⁶¹ SOSPEDRA NAVAS, F. J., *Mediación y arbitraje. Los sistemas alternativos de resolución de conflictos*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 160.

mediación que tenga lugar en España”. En principio, entendemos que se trata de una opción extraña, que puede dar lugar a situaciones peculiares⁶².

Por otro lado, el Título I también se encarga de regular los litigios transfronterizos, a los cuales igualmente se les aplica esta norma. Pero no sólo se limita a litigios comunitarios, sino que traspasa dichas fronteras y amplía su cobertura internacionalmente. Así, concurre un conflicto transfronterizo cuando una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquél en que la otra parte esté domiciliada cuando bien acuerden hacer uso de la mediación, o bien sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable (art. 3. 1 LM). La previsión del art. 3. 1 LM sobre los conflictos transfronterizos llama poderosamente la atención en el conjunto de la norma, pues no vuelve a hacerse referencia en el articulado a los mismos, salvo en el art. 23. 4 LM, respecto a la ejecución de los acuerdos. Esto puede ser chocante en comparación con la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, LA), que prevé una serie de normas *ad hoc* aplicables únicamente a supuestos internacionales.

Por otro lado, el Título I dedica un precepto a los efectos que la mediación causa sobre los plazos de prescripción y caducidad, y otro a las instituciones de mediación. Sin detenernos demasiado, conviene apuntar unas ideas. Respecto al primero, la regulación obedece a la necesidad de garantizar el acceso a la Justicia por las partes en caso de fracaso de la mediación, a fin de evitar el uso de ésta con efectos dilatorios⁶³. A diferencia de la DM, lógicamente el art. 4 LM indica tanto el *dies a quo* –solicitud de inicio de la mediación– como el *dies ad quem* –firma del acuerdo o acta final–, pero coincide con aquella en volver a asimilar la regulación de la caducidad y la prescripción⁶⁴. Las

⁶² Piénsese en la idea no tan descabellada del alemán que posee una finca en la Costa Blanca, quien decide destinarlo al alquiler durante el periodo estival, arrendándose a un matrimonio inglés. Si surge un conflicto entre ellos y deciden someterlo a mediación, lo normal sería llevarla a cabo en España, pero se antoja llamativo que la ley no sea aplicable, al no tener ninguno de las dos partes el domicilio en España, máxime cuando el interés y la finca objeto del litigio radica en territorio español.

⁶³ El Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) señaló, en su Informe al Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, Informe del ALM), que el hecho de acudir a la mediación no podía colocar a las partes en peor posición con relación a la posibilidad de interponer una ulterior acción judicial, lo cual podría ocurrir si esos plazos no quedaran en suspenso en tanto se tramita el intento de mediación (Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, de 19 de mayo de 2010, pág. 70. Se encuentra disponible en el siguiente enlace: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Publicaciones>).

⁶⁴ Por su parte, el CGPJ, en su Informe del ALM, precisó que, si bien el Derecho español no disponía la suspensión de la prescripción con carácter general, sí podía preverse para casos especiales, como sucede en este caso, medida que considera acertada (Informe del ALM, pág. 72).

indicaciones recogidas en el precepto sólo se circunscriben a mediaciones extrajudiciales, donde la incidencia en los plazos de prescripción y caducidad vendrá provocada por la derivación a mediación y no por la presentación de una demanda⁶⁵.

Por su parte, el art. 5 LM normativiza el régimen de las instituciones de mediación, con una regulación amplia en cuanto a su configuración. Podrán ser entidades públicas o privadas, españolas o extranjeras, pero nunca podrán prestar directamente el servicio de mediación, sino que deben impulsar dicho instituto, facilitando el acceso y la administración de aquélla. Las instituciones deberán actuar conforme a los principios de la mediación previstos en la ley, así como velar por la buena actuación de los mediadores⁶⁶.

Los principios informadores que deben estar presentes en todo procedimiento de mediación se hallan regulados en el Título II, por los arts. 6 a 10 LM, los cuales rigen tanto la actuación de las partes, como la del mediador y otros terceros intervinientes. Estos principios son: voluntariedad, libre disposición e igualdad de las partes, así como la imparcialidad, neutralidad y confidencialidad de los mediadores. No obstante, todos se encuentran estrechamente ligados entre ellos.

En virtud de la DM, compete a los Estados miembros regular el estatuto del mediador (art. 4 DM); en consecuencia, el Título III recoge los preceptos relativos a esta materia. Aunque no sea objeto de interés en cuanto a la finalidad de este trabajo, si conviene hacer unas precisiones: a) sólo puede ser mediador la persona natural, que esté en pleno ejercicio de sus derechos civiles, y el cual se halle en posesión de un título oficial universitario o de formación profesional superior, así como contar con formación específica para ejercer la mediación (art. 11 LM)⁶⁷; b) el mediador será responsable de su

⁶⁵ RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., “Artículo 4. Efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad”, *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Dir. CASTILLEJO MANZANARES, R., Coords. ALONSO SALGADO, C. y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 71 - 72.

⁶⁶ El Gobierno ha procedido a la creación de un Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, dependiente del Ministerio de Justicia, a través de la Orden JUS/746/2014, de 7 de mayo, por la que se desarrollan los artículos 14 y 21 del Real Decreto 980/2013. El Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, RD 980/2013) habilitaba al Ministerio de Justicia para dictar las disposiciones necesarias al respecto.

⁶⁷ Consideramos adecuada la exigencia de una formación específica en mediación, pues la buena consecución de un procedimiento va a requerir siempre unos conocimientos, aún mínimos, en psicología y,

actuación, debiendo cumplir fielmente el encargo e incurrirá en responsabilidad por los daños y perjuicios causados si no lo hicieren (art. 14 LM); por todo ello, el mediador debe suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra dicha responsabilidad (art. 11. 3 LM); c) el mediador debe llevar a cabo una conducta activa, facilitando la comunicación entre las partes (art. 13. 2 LM)⁶⁸; d) el mediador podrá renunciar a desarrollar la mediación (art. 13. 3 LM); asimismo, si su imparcialidad se ve afectada, deberá abandonarla o no iniciarla (art. 13. 4 LM); en consecuencia, el mediador tiene el deber de revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o generar un conflicto de intereses (art. 13. 5 LM).

Del Título IV, relativo al procedimiento de mediación, nos ocuparemos en el epígrafe correspondiente; mientras que el Título V regula la ejecución de los acuerdos de mediación, materia profusa y extensa que no es objeto de estudio de esta sede⁶⁹. Por último, la ley prevé en sus Disposiciones Finales la reforma de varias normas⁷⁰, si bien la más afectada será la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), con el objeto de lograr una mejora de la interrelación mediación - proceso judicial.

CAPÍTULO II: LA MEDIACIÓN

1. Concepto

Existen tantas definiciones de mediación como normas y autores que han abordado la materia, bien desde una perspectiva jurídica, bien desde una óptica psicológica o sociológica. La importancia de la delimitación conceptual no sólo se circunscribe a la distinción con otros ADR⁷¹, sino que también se antoja necesaria para establecer la naturaleza jurídica del mismo. Lejos de plasmar diversas definiciones de mediación, optamos por reflejar cuatro ideas presentes en todas ellas:

sobre todo, en Derecho, a efectos de evitar cualquier error jurídico que impida una eventual ejecución del acuerdo resultante. Así, el RD 980/2013 ha desarrollado toda la materia relativa a la formación de los mediadores, entre otros extremos.

⁶⁸ En esta definición cabrán tanto el modelo de mediación facilitativa, como de mediación adjudicativa o evaluativa. En la primera, el mediador orienta a las partes y acerca posturas para facilitar que lleguen a un acuerdo, mientras que en la mediación adjudicativa o evaluativa, el mediador formula una propuesta de resolución (TRIGO SIERRA, E. y MOYA FERNÁNDEZ, A.J., “La mediación civil y mercantil en España y en el Derecho comparado...”, cit., pág. 104).

⁶⁹ Sobre la cuestión, *vid.* PARDO IRANZO, V., *La ejecución del acuerdo de mediación*, *op. cit.*

⁷⁰ Concretamente, en cuanto se refieren a la mediación, resultan modificados la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales; la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación; la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁷¹ VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., “Concepto de mediación y ámbito de aplicación de la ley 5/2012”, *op. cit.*, pág. 103.

1) La mediación se considera un mecanismo para la solución de conflictos.

Aunque no existe uniformidad en cuanto a la denominación, pues se habla de método, mecanismo o procedimiento para resolver un conflicto, controversia o litigio entre las partes, cabe destacar que la mediación supone un “medio” para solucionar una discrepancia entre dos o más partes, independientemente de cómo sea designado. Tanto el uso de los términos proceso y procedimiento, como los de conflicto o litigio, han sido objeto de debate doctrinal⁷².

2) La voluntariedad es un elemento inherente a la mediación. No todas las definiciones recogen esta característica expresamente, pero todas lo contemplan implícitamente. La mediación, como medio de solución de una discrepancia, sólo opera cuando las partes acceden voluntariamente. No obstante, algunas legislaciones prevén una mediación obligatoria preprocesal⁷³. Por esta razón, cabe aclarar que, en términos generales, la voluntariedad en la mediación no radica tanto en su inicio, como en su desarrollo y correcta consecución. Las partes son libres para mantenerse y solventar su controversia sirviéndose de la mediación.

3) A pesar de la intervención de un tercero, el acuerdo es alcanzado por las propias partes. La mediación se enmarca en los métodos autocompositivos de solución de conflictos, pues son las partes quienes resuelven su discrepancia de forma consensuada. Precisamente, este concierto permitirá alcanzar resultados más justos o equitativos para los intervinientes, aunque ello implique apartarse de lo dispuesto por la

⁷² Por todos, VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M: “Concepto de mediación y ámbito de aplicación de la ley 5/2012”, *op. cit.*, págs. 106 - 109.

⁷³ A través del Decreto Legislativo n° 28, de 4 de marzo de 2010, Italia previó la mediación obligatoria, para determinados asuntos, antes de iniciar un proceso judicial, mandato que provocó el incremento del número de mediaciones en más de 200.000 casos. Sin embargo, el Tribunal Constitucional italiano, por la sentencia núm. 272/2012, de 24 de octubre, declaró la inconstitucionalidad de esta mediación obligatoria debido a que el Gobierno no estaba facultado para aprobar un decreto con fuerza de ley. De esta manera, el Parlamento italiano reintrodujo esta obligatoriedad mediante el Decreto Ley n° 69, de 21 de junio de 2013. A partir de esta experiencia italiana, el Parlamento Europeo, en su informe de enero de 2014, “*Rebooting the Mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU* (en adelante, “*Rebooting the Mediation Directive...*”) recomendó a los Estados miembros la adopción de una mediación obligatoria mitigada (págs. 163 - 164. El texto se encuentra disponible en el enlace: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf)).

norma legal. Por tanto, nos encontramos ante un método donde prima el principio de autonomía de la voluntad de las partes⁷⁴.

4) **Siempre intervendrá un mediador.** Probablemente sea el elemento más definitorio de la mediación. A pesar de la intervención de este tercero, no debe olvidarse que la responsabilidad de decidir acerca de la controversia recae sobre las partes. No hay una relación de jerarquía para con el mediador, sino que éste se sitúa *inter partes*⁷⁵, pues no posee autoridad para imponer su propia decisión⁷⁶, sino que debe ejercer su labor de manera neutral e imparcial⁷⁷.

Estos cuatro caracteres se hallan en la definición de mediación propuesta por la LM, cuyo artículo primero dice: “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 mediador⁷⁸”. En esta misma línea, la jurisprudencia ha conceptualizado la mediación como “un modo de resolver un conflicto realizada por las mismas partes inmersas en él con la

⁷⁴ LUQUIN BERGARECHE, R., “Los principios de la mediación”, *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y en España*, Dir. HUALDE MANSO, T., Coord. MESTROT, M., Ed. La Ley, Las Rozas, 2013, pág. 132.

⁷⁵ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO va más allá y considera que el mediador no se sitúa *inter partes*, sino que materialmente se encuentra *infra partes*, limitándose a proponer soluciones (*Proceso, autocomposición y autodefensa*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pág. 76).

⁷⁶ GARCÍA ÁLVAREZ, R., “El juez como mediador. ¿Es conveniente? ¿Es posible?”, *Diario La Ley*, núm. 7721 (2011), pág. 9.

⁷⁷ Dependiendo del modelo de mediación, la labor del mediador será bien eminentemente pasiva, o bien principalmente activa, aunque siempre caracterizándose por un intento de acercamiento de posturas. Sobre las tipologías de la mediación, *vid.* DE DIEGO VALLEJO, R. y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*; Ed. Pirámide, Madrid, 2012, págs. 57 - 65; o MUNNÉ CATARINA, F. y VIDAL TEIXIDÓ, A., *La mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*, Ed. La Ley, Las Rozas, 2013, págs. 190 - 200.

⁷⁸ Esta definición ha sido criticada al copiar la línea marcada por la DM, a la cual se reprochaba su “falta de sensibilidad” ante los “distintos modos de entender este mecanismo de solución de controversias en los diferentes Estados miembros”. La definición recogida por la norma interna peca del mismo fallo, máxime cuando resulta aplicable a conflictos transfronterizos, por lo que “la falta de uniformidad puede generar confusiones terminológicas nada deseables en un espacio de justicia que se pretende integrado”. Asimismo, desde una perspectiva nacional, el problema se plantea en términos similares, pues ante la atomización legislativa en esta materia, tampoco hay una uniformidad en las definiciones (VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.: “Concepto de mediación y ámbito de aplicación de la ley 5/2012”, *op. cit.*, pág. 104). Sin embargo, no podemos coincidir con estas apreciaciones, ya que, en primer lugar, no debe perderse de vista que las Directivas son normas de mínimos que pretenden armonizar, en la medida de lo posible, materias ubicadas en legislaciones con distintas tradiciones jurídicas, lo cual exige una flexibilidad mayor en cuanto a su adaptación. Por otra parte, en el ámbito interno, cierto que existe una atomización legislativa de la materia, máxime al coexistir las normas autonómicas con la ley nacional. Ahora bien, recordemos que la base competencial y la materia que regulan son distintas, amén de que la definición propuesta por la LM parte de una concepción integradora de todas las previstas en las normas autonómicas, ya que al ser tan amplia, permite englobarlas a todas.

ayuda de un tercero imparcial que por medio de su formación ofrecería vías de entendimiento y favorecimiento del diálogo para que acerquen posturas y que sean ellas mismas en forma pacífica las que pongan fin al conflicto⁷⁹”. Para analizar este precepto, conviene desgranar todos sus elementos.

1) **Medio de solución de controversias:** el legislador se ha apartado del criterio elegido por la DM, optando por definir la mediación como un “medio” y no como un “procedimiento estructurado”. Sorprende esta decisión por cuanto la tradición jurídica interna y comunitaria siempre la ha contemplado como un “procedimiento”, no así la doctrina jurídica, sociológica y psicológica, que han utilizado diversas denominaciones, dependiendo del autor⁸⁰. No obstante, si bien podría llegar a considerarse la mediación como un procedimiento, nunca habrá de referirse a ella como proceso, aunque a veces se utilicen ambos términos indistintamente, debido a las connotaciones heterocompositivas que parecen desprenderse del mismo. Por tanto, entendemos que, para la existencia de un proceso, debe concurrir una función heterocompositiva y, evidentemente, no la hay en la institución de la mediación, donde no hay un juez que juzgue y haga ejecutar lo juzgado.

Por su parte, existirá procedimiento cuando concurren una serie de actos, pero “a diferencia de lo que sucede en materia jurisdiccional”, la mediación no permite una estructura rígida y de exigido cumplimiento en su sucesión, sino que debe configurarse de forma flexible, adaptándose a las necesidades de las partes⁸¹. Ahora bien, esta flexibilidad y su carácter informal han originado críticas en cuanto que se identifica procedimiento con mediación, pues un procedimiento siempre debe ser estructurado y determinado previamente, concibiéndose en su lugar la mediación como un “método” acordado por las

⁷⁹ STSJ de Cataluña núm. 72/2013, de 9 de diciembre (RJ 2013\8311). Concretamente, esta resolución versa sobre un nombramiento de árbitro en un procedimiento y, *obiter dicta*, se pronuncia sobre la mediación.

⁸⁰ La mediación ha sido catalogada como “herramienta”, “forma”, “sistema”, “cauce”, “proceso”, etc. *Vid.* MORENO CATENA, V., “La resolución jurídica de conflictos”, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Dir. SOLETO MUÑOZ, H., y Coords. CARRETERO MORALES, E., y RUIZ LÓPEZ, C., Ed. Tecnos, Madrid, 2013, pág. 53; ORTUÑO MUÑOZ, P., “La mediación en el proceso de modernización de la justicia”, *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos*, Dir. CASTILLEJO MANZANARES, R., Coord. TORRADO TARRÍO, C., Ed. La Ley, Las Rozas, 2013., pág. 37; PARDO IRANZO, V., *La ejecución del acuerdo de mediación*, *op. cit.*, págs. 27 - 28; VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.: “Concepto de mediación y ámbito de aplicación de la ley 5/2012”, *op. cit.*, pág. 101; BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 95 - 96; ÁLVAREZ TORRES, M., “La mediación”, *Mediación civil y mercantil*, Coord. ÁLVAREZ TORRES, M., Ed. Dykinson, Madrid, 2013, págs. 59 - 60; CALLEJO RODRÍGUEZ, C. y MATUD JURISTO, M., “La mediación en asuntos civiles”, *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Coords. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., DE PRADA RODRÍGUEZ, M. y CARABANTE MUNTADA, J. M., Ed. Netbiblo, La Coruña, 2010, pág. 122.

⁸¹ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, *op. cit.*, pág. 105.

partes con el mediador, pero donde resulta necesario establecer unas garantías mínimas que aseguren los principios inspiradores de mediación⁸². Por tanto, es indudable que la mediación se caracteriza por su flexibilidad y antiformalismo; ahora bien, si se pretende anudarle unos concretos efectos, deberá cumplir unos estándares mínimos de calidad. Debido a esta peculiar naturaleza, el legislador opta adecuadamente por el término “medio”, que permite “distinguir la del proceso judicial y del procedimiento”, situándola como un *tertium genus* dotado de autonomía con regulación jurídica propia⁸³.

No obstante, si bien consideramos correcta la opción del legislador, apartándose del “procedimiento”, se equivoca aquél cuando prescinde de cualquier referencia al carácter “estructurado”, al que se refería la DM. Con este adjetivo, la DM alude a que no toda intervención de un mediador producirá los efectos previstos en dicha norma, sino sólo aquella que cumpla unos requisitos metodológicos mínimos, aunque dotados de flexibilidad⁸⁴. A ello nos referimos cuando hablamos de estándares mínimos de calidad.

2) **Elementos personales:** conforme a la definición prevista en el art. 1 LM, debemos distinguir entre las partes y el mediador, los cuales se encuentran unidos por una relación caracterizada por una ausencia de jerarquía. El mediador no decide, sino que, a lo sumo, propondrá una solución; por ende, nos encontramos con que la intervención del tercero será *inter partes*, no *supra partes*, correspondiéndole prestar la ayuda para encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes, pero no imponerla⁸⁵.

El inicio de un procedimiento de mediación presupone la existencia de una controversia o discrepancia entre dos o más partes. Sobre ellos recae, junto al mediador, el peso de esta institución jurídica, al corresponderles la adopción o no del acuerdo que soluciona el conflicto, pues la mediación es una fórmula de autocomposición⁸⁶. De esta

⁸² VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M: “Concepto de mediación y ámbito de aplicación de la ley 5/2012”, *op. cit.*, pág. 107.

⁸³ VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M: “Concepto de mediación y ámbito de aplicación de la ley 5/2012”, *op. cit.*, pág. 107.

⁸⁴ ORTUÑO MUÑOZ, P., “Artículo 1. Concepto”, *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Dir. CASTILLEJO MANZANARES, R., Coords. ALONSO SALGADO, C. y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 24.

⁸⁵ VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., “Concepto de mediación y ámbito de aplicación de la ley 5/2012”, *op. cit.*, pág. 109.

⁸⁶ Parágrafo II del Preámbulo.

manera, el precepto dice que las “partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo” (art. 1 LM). Por un lado, aquí ya aparece uno de los principios de la mediación: la voluntariedad, que luego es desarrollado en el art. 6 LM. Por otro lado, las partes intentarán llegar a un acuerdo, pero sin perder de vista que éste no es requisito esencial de la mediación⁸⁷; es decir, el legislador opta acertadamente por considerar que hay mediación aunque ésta no finalice en un acuerdo. Por tanto, debemos distinguir la mediación de su resultado, el cual será una transacción o, como lo denomina la ley, “acuerdo de mediación” (art. 23 LM). Así, cabe un procedimiento de mediación sin transacción ulterior, como también una transacción sin mediación previa⁸⁸.

Junto a las partes, el mediador conforma el otro elemento personal de toda mediación, aunque el precepto se refiera a él someramente, sin indicar siquiera su función y cuál es el alcance de su intervención. Al no circunscribir la labor del mediador a una actividad concreta, corresponderá a las partes determinarlas⁸⁹, la cual, no obstante, deberá consistir en “una intervención activa orientada a la solución de la controversia⁹⁰”. Esto permite sostener que la definición propuesta opta tanto por un modelo de mediación facilitativa como adjudicativa o evaluativa⁹¹. Ahora bien, “la figura del mediador es, de acuerdo con su conformación natural, la pieza esencial del modelo⁹²”; es decir, su labor es de suma importancia para la correcta consecución del procedimiento, por lo que será necesaria una imprescindible y adecuada capacitación, ya no sólo por exigencia legal, sino por necesidad material para el desempeño de la función⁹³.

⁸⁷ Algunos autores consideran la necesidad de llegar a un acuerdo para considerar que ha concurrido un procedimiento de mediación (PARDO IRANZO, V., *La ejecución del acuerdo de mediación*, op. cit., págs. 27 - 28). De esta manera, ¿debemos entender que no ha habido un procedimiento de mediación si las partes no han llegado a un acuerdo finalmente? Si así fuese, ¿por qué deberíamos respetar el principio de confidencialidad previsto en el art. 9. 5 LM? Si no ha existido un procedimiento de mediación por ser infructuoso, debemos entender que no hay efecto alguno –incluso concurrencia de un deber de confidencialidad–, pues si algo no ha existido, no cabe otorgarle ninguna consecuencia.

⁸⁸ Como señala ROGEL VIDE, casi a modo de trabalenguas, “el acuerdo entre las partes es transaccional, mediante o no la mediación, no siendo, en modo alguno, un acuerdo de mediación y sí, como mucho, un acuerdo por mediación” (ROGEL VIDE, C., “Artículo 1. Concepto”, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Dirs. GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C., Coord. FERNÁNDEZ CANALES, C., Ed. Reus, Madrid, 2012, pág. 24).

⁸⁹ PÉREZ MORRIONES, A., “La transposición de la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles en España”, *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y en España*, Dir. HUALDE MANSO, T., Coord. MESTROT, M., Ed. La Ley, Las Rozas, 2013, pág. 86

⁹⁰ Parágrafo III del Preámbulo.

⁹¹ TRIGO SIERRA, E. y MOYA FERNÁNDEZ, A.J., “La mediación civil y mercantil en España y en el Derecho comparado...”, cit., pág. 104.

⁹² Parágrafo III del Preámbulo de la LM.

⁹³ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, op. cit., pág. 101.

3) **Cualquiera que sea su denominación:** ciertamente, la cuestión de la propia definición de esta institución y, sobre todo, su proyección teórica como fuente de obligaciones pertenecen al ámbito del derecho civil⁹⁴. Tanto el contrato por el que las partes acuerdan someter la controversia a mediación⁹⁵, como el acuerdo resultante de la mediación suponen negocios jurídicos propios del orden civil, mientras que pertenecerán al campo procesal todas las actuaciones tendentes a conducir el conflicto de un puerto – la solicitud de mediación– a otro –el acuerdo–, así como el viaje que implica la ejecución del acuerdo. Ahora bien, la ley prevé una serie de efectos concretos en todo procedimiento de mediación siempre que se realicen unas actuaciones determinadas y se respeten las características recogidas en la misma. De esta manera, si se cumplen estas actuaciones y características, nos hallaremos ante un procedimiento de mediación. Aunque parezca una cuestión baladí, esta precisión legal resulta adecuada e importante con respecto a figuras afines especialmente cercanas⁹⁶.

En conclusión, con esta definición el legislador ha optado por una formulación clásica y sencilla, prácticamente idéntica a la prevista en la DM, pero también tachada de reduccionista, cuyos silencios son más reveladores que lo que expresa⁹⁷. Se ha criticado que el art. 1 LM no aborda aspectos tan importantes como la finalidad de la mediación o su carácter alternativo⁹⁸. Respecto a lo primero, consideramos innecesaria la indicación de tal finalidad, cuando ya al inicio de la propia definición indica que se trata de un “medio de solución de controversias”; por ende, la mediación se desarrolla con el objeto de resolver la controversia. Por otro lado, la definición no se refiere al carácter alternativo,

⁹⁴ ORTUÑO MUÑOZ, P., “La mediación civil en el espacio judicial europeo”, *Estado del Arte de la Mediación*, Coords. GORJÓN GÓMEZ, F. y LÓPEZ PELÁEZ, A., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 288.

⁹⁵ Recordemos que el pacto podrá ser oral o escrito, existir con carácter previo en una cláusula contractual o decidir someter la controversia a mediación una vez nacida ésta.

⁹⁶ Esto entronca con la teoría general sobre calificación de los contratos, pues “los contratos son lo que son y no lo que partes digan” [STS núm. 870/1998, de 28 de septiembre (RJ\1998\7287)]. Por ejemplo, si se cumplen los elementos propios de un contrato de arrendamiento, por mucho que éste se denomine en el encabezamiento como un contrato de compraventa, siempre será un contrato de arrendamiento. De esta manera, sucede lo mismo en este caso. Piénsese en aquel procedimiento al que se le haya estado denominando conciliación, pero actuando conforme a la LM, ¿habría de aplicársele la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria?

⁹⁷ ORTUÑO MUÑOZ, P., “Artículo 1. Concepto”, *op. cit.*, pág. 21. Esto viene a demostrar lo complicado que siempre resulta definir cualquier figura jurídica.

⁹⁸ PÉREZ MORRIONES, A., “La transposición de la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles en España”, *op. cit.*, pág. 85.

como tampoco se preveía en el Anteproyecto de la Ley (en adelante, ALM)⁹⁹ o en el PLM¹⁰⁰; sin embargo, a ello sí se refiere la LM en su Preámbulo, cuando señala que se trata de una alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral¹⁰¹, por lo que consideramos innecesario reincidir en la idea en el precepto.

2. Los principios de la mediación

El Título II de la LM recoge los principios informadores del procedimiento de mediación; es decir, los elementos que determinan cómo se configura esta figura. Cabría distinguir entre principios propios de la institución y principios procedimentales¹⁰², pues resulta llamativo que, junto a los principios que sirven de pilares sobre los que construir la mediación –voluntariedad o imparcialidad, entre otros–, la LM prevé otros que atañen al comportamiento de las partes –lealtad o buena fe, por ejemplo–, lo cual puede llevar a considerar que se carece de cierta homogeneidad en su regulación¹⁰³.

2. 1. Voluntariedad

El apartado primero del art. 6 LM consagra la voluntariedad de la mediación, lo que implica que ésta sólo tendrá lugar previo acuerdo de las partes. Así, la ley reproduce este carácter que ya aparece en el art. 1 LM. Esta previsión se encuentra en consonancia con la DM, cuyo considerando 13 contempla la mediación como un procedimiento voluntario, lo cual reitera el art. 3. 1 DM. Aunque el apartado primero se muestra tajante, el art. 6. 2 LM matiza que “cuando exista pacto 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 extrajudicial¹⁰⁴”.

⁹⁹ El texto se encuentra disponible en el siguiente enlace: http://158.109.228.15/lilibreblanc/docs_public-s/ANTEPROYECTO%20DE%20LEY%20DE%20MEDIACION%20EN%20ASUNTOS%20CIVILES%20Y%20MERCANTILES.pdf.

¹⁰⁰ No obstante, el CGPJ, en su Informe del ALM, proponía una redacción del concepto de mediación en el que sí se preveía recoger su carácter alternativo: “A los efectos de esta Ley se entiende por mediación aquel medio alternativo de solución de conflictos que, a través del procedimiento legalmente previsto, se dirige a intentar alcanzar la solución extrajudicial de un conflicto mediante el acuerdo y por voluntad de las propias partes interesadas, con la preceptiva intervención de uno o varios mediadores que no podrán tener funciones decisorias” (Informe del ALM, pág. 25).

¹⁰¹ Parágrafo I del Preámbulo.

¹⁰² LUQUIN BERGARECHE, R., “Los principios de la mediación”, *op. cit.*, pág. 131

¹⁰³ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, *op. cit.*, pág. 159.

¹⁰⁴ A priori, parece reconocerse un control de oficio o a instancia de parte, pero este precepto se entiende en conexión con el art. 10. 2 LM, que establece que será la parte interesada quien deba plantear la declinatoria para exigir el cumplimiento del pacto de sometimiento a mediación.

La configuración de la voluntariedad ha sido criticada debido a la limitación establecida por la ley, pues las partes están obligadas a intentar la mediación antes de interponer la demanda, siempre que exista un compromiso o pacto¹⁰⁵. Pero esta obligatoriedad no exige llegar a un efectivo acuerdo, al reconocer el art. 6. 3 LM que nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo. De esta manera, debemos distinguir tres momentos en los que la voluntariedad juega una importante función: 1) decisión de sometimiento de la cuestión a mediación; 2) todas las negociaciones durante el desarrollo del procedimiento; y 3) la adopción de un acuerdo¹⁰⁶.

Parece que la LM reconoce una voluntariedad absoluta con respecto al mantenimiento en el procedimiento y a la adopción del acuerdo, pero no en relación al inicio del procedimiento, cuando exista un pacto de sometimiento. Sin embargo, en nuestra opinión no existe tal limitación. La decisión de acudir a mediación puede surgir una vez nacido el conflicto, o bien con carácter previo, en virtud de pacto escrito (art. 6. 2 LM)¹⁰⁷; de esta forma, esa restricción a la voluntariedad que algunos quieren ver en el art. 6. 2 LM no es tal desde el momento en que nos encontramos ante un previo ejercicio de la autonomía de la voluntad, que vincularía a las partes a acudir a mediación, en virtud del art. 1255 CC¹⁰⁸, lo cual exige un ejercicio de esa libertad; es decir, cuando las partes deciden pactar por escrito someter una controversia futura están realizando un acto totalmente voluntario.

No obstante lo anterior, sí que puede predicarse que existe cierta limitación de esa voluntariedad no en su inicio, sino en su mantenimiento. Así, dice el apartado tercero del

¹⁰⁵ CASTILLEJO MANZANARES, R., “La mediación intrajudicial en asuntos civiles y mercantiles”, *Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, núm. 1 (2013), págs. 29 - 31; IGLESIAS CANLE, I. C., “La mediación civil en España tras la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Mediación, Justicia y Unión Europea*, Coord. IGLESIAS CANLE, I. C., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014., pág. 118; GISBERT POMATA, M. y Díez RIAZA, S., *El contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 48.

¹⁰⁶ GARCÍA VILLALUENGA, L., “La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 4 (2010), pág. 726.

¹⁰⁷ SERRANO GÓMEZ, E., “Artículo 6. Voluntariedad y libre disposición”, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Dirs. GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C., Coord. FERNÁNDEZ CANALES, C., Ed. Reus, Madrid, 2012, pág. 106.

¹⁰⁸ MARÍN HITA, L. y MURILLO BERMEJO, A., “Artículo 6. Voluntariedad y libre disposición”, *Comentarios a la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*, Coord. MARÍN HITA, L., Ed. ePraxis, Sevilla, 2013, pág. 62.

art. 6 que “nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir acuerdo”; es decir, cualquiera puede desistir del procedimiento cuando estime conveniente, o decidir no adoptar acuerdo¹⁰⁹, lo que supone un reflejo de la dimensión negativa de esta voluntariedad. Pero este, en palabras de BARONA VILAR, “subprincipio¹¹⁰” tiene también una dimensión positiva, pues las partes podrán decidir mantenerse en el procedimiento y adoptar un acuerdo. En un hipotético caso, las partes pueden estar de acuerdo únicamente en que es necesario resolver la cuestión a través de la mediación, evitando a toda costa acudir a la vía judicial. De esta manera, consideramos que, en lo relativo al mantenimiento en el procedimiento, este principio se encuentra limitado cuando el art. 22. 1 LM establece que el procedimiento podrá concluir “cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables¹¹¹”. El mediador puede pensar que existe ese carácter irreconciliable, pero ello no obsta a que las partes decidan mantenerse en el procedimiento porque priorizan una solución de la controversia a través de este sistema. Sin embargo, atendiendo al tenor de la norma ello no será posible, pues el mediador podrá dar por concluido el procedimiento¹¹², restringiendo a las partes el mantenimiento dentro del mismo.

Por otro lado, la rúbrica del precepto reza “voluntariedad y libre disposición”. Llama la atención que el artículo desarrolla el principio de voluntariedad, pero no dice nada sobre la “libre disposición”. En primer lugar, surge la duda sobre a qué se refiere el legislador con ello: ¿a la materia disponible?, ¿o a la libre disposición sobre el proceso? En principio, podría parecer que se refiere a la materia disponible, observando los trabajos previos del legislador¹¹³, y así lo han entendido algunos autores¹¹⁴. Sin embargo, de ser

¹⁰⁹ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, op. cit., págs. 176 - 177.

¹¹⁰ *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, op. cit., pág. 176.

¹¹¹ En nuestra opinión, esta facultad concedida al tercero no sólo limita el principio de voluntariedad, sino que quebranta el principio de neutralidad que debe guiar la actividad del mediador.

¹¹² A este respecto consideramos que lo adecuado sería una renuncia del mediador en su labor, con una previa recomendación de la conclusión del procedimiento por irreconciliabilidad, pero no la imposición de la misma, ya que no debe olvidarse que estamos ante un sistema autocompositivo.

¹¹³ El art. 7 ALM únicamente contemplaba la voluntariedad de la mediación, sin referirse al principio de libre disposición; en su lugar, el art. 8 ALM reconocía un “principio dispositivo” en los siguientes términos: “pueden someterse a mediación todos los conflictos que surjan dentro de una relación civil o mercantil, siempre que las partes puedan disponer libremente de su objeto”. A raíz del Informe del ALM, el PLM decidió suprimir el precepto relativo al “principio dispositivo”, y ampliar el art. 7, en los mismos términos que hoy conocemos en la LM, salvo por una referencia a los supuestos de mediación obligatoria que preveía el PLM.

¹¹⁴ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, op. cit., pág. 180; o MORCILLO JIMÉNEZ, J. J., “El proceso de mediación”, *Mediación civil y mercantil*, Coord. ÁLVAREZ TORRES, M., Ed. Dykinson, Madrid, 2013, pág. 154.

así, sería un ejercicio redundante después de que la norma prevea en el art. 2. 1 LM que la mediación debe versar sobre derechos y obligaciones que sean disponibles para las partes. Aunque a primera vista el ladillo parece aludir a la materia disponible, consideramos que realmente se refiere a la disposición sobre el propio procedimiento, y de ahí que el “subprincipio” contenido en el art. 6. 3 LM prevea que “nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo”.

2. 2. Igualdad, imparcialidad y neutralidad

2. 2. 1. Igualdad e imparcialidad

El art. 7 LM contempla los principios de igualdad e imparcialidad, íntimamente relacionados entre sí. Respecto al primero, la norma señala que “en el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados” (art. 7. 1 LM). De la lectura del mismo se desprende que el precepto se refiere a una igualdad procedimental, no material¹¹⁵, cuya base radica en los arts. 14, 24 y 119 CE¹¹⁶. Este principio supone una novedad con respecto a la DM, que sólo prevé una alusión indirecta en su considerando 18¹¹⁷.

Este principio de igualdad se manifiesta en tres mandatos: 1) intervención con plena igualdad de oportunidades; 2) equilibrio entre sus posiciones; 3) respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados. En primer lugar, la igualdad de oportunidad alude a esa equidad procedimental referida anteriormente, donde las partes deben tener idénticas posibilidades de alegación¹¹⁸, porque sólo así podrá mantenerse una equidad en las posiciones. En segundo lugar, “el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados” (art. 7. 1 LM) supone una exigencia no sólo para las partes, sino también para los propios

¹¹⁵ La igualdad material sobre un acuerdo le corresponde sólo a las partes, quienes producen su contenido. Ahora bien, para ello sí es preciso una igualdad procedimental que garantice el ambiente propicio y libre para llevar a cabo esa mediación (MARQUES CEBOLA, C., *La mediación*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 186 - 187).

¹¹⁶ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, *op. cit.*, págs. 180 - 181.

¹¹⁷ El considerando alude a la Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, cuyo apartado II. D contempla la igualdad como un principio.

¹¹⁸ Aunque se refiera al proceso judicial, la jurisprudencia constitucional resulta clarificadora al respecto: considera que este principio se deriva de “la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y de defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones doctrinales [STC núm. 178/2001, de 17 de septiembre (RTC\2001\178)].

mediadores, como manifestación del principio de neutralidad, quienes no deberán entrar siquiera a valorar las informaciones o alegaciones por ellas realizadas.

La igualdad se antoja en principio esencial, al menos al inicio del procedimiento. En caso contrario, resultará muy complicado llegar a una verdadera autocomposición de la controversia, porque una posición dominante de una de las partes impediría el desarrollo de una verdadera mediación. Ahora bien, el respeto de una igualdad formal no impide la situación de ventaja material que uno de ellos pueda tener, pues ello depende de otros factores¹¹⁹. En aras de garantizar esta equidad, la labor imparcial del mediador juega un papel muy importante. Le corresponde adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que las partes reciben el mismo trato a la hora de realizar las alegaciones pertinentes y que éstas sean escuchadas¹²⁰. Sólo actuando imparcialmente, el mediador podrá convertirse en paladín de la igualdad en la mediación.

La imparcialidad del mediador se configura como una garantía de la igualdad, como un instrumento al servicio de ésta¹²¹. Se encuentra recogido en el art. 7 LM *in fine*, destacando que el mediador nunca podrá “actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas”. El principio de imparcialidad previsto en este precepto debe entenderse en consonancia con el art. 13 LM, que versa sobre la actuación del mediador. Cuando concurra cualquier circunstancia que afecte a su imparcialidad, el mediador deberá abandonar el procedimiento (art. 13. 4 LM); ello se traduce en que el carácter imparcial debe estar presente todo el procedimiento, no sólo al inicio. Esto obliga al mediador a revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o generar un conflicto de intereses¹²², deber que permanece durante todo el procedimiento¹²³.

¹¹⁹ TORRES LANA, J. A., “Principios rectores de la mediación”, *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española*, Coords. LÓPEZ SIMÓ, F. y GARAU SOBRINO, F. F., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 141 - 142.

¹²⁰ MARÍN HITA, L. y MURILLO BERMEJO, A., “Artículo 7. Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores”, *Comentarios a la ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Coord. MARÍN HITA, L., Ed. ePraxis, Sevilla, 2013, pág. 65.

¹²¹ ORTUÑO MUÑOZ, P., “Artículo 7. Igualdad e imparcialidad de los mediadores”, *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Dir. CASTILLEJO MANZANARES, R., Coords. ALONSO SALGADO, C. y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág.102.

¹²² El art. 13. 5 LM recoge algunas circunstancias que, cuando concurran, siempre supondrán un quebranto del principio. No obstante, el precepto no agota aquéllas, sino que pueden existir otras.

¹²³ Llama la atención que, aunque la LM prevea este *disclosure* del mediador, no establece consecuentemente un procedimiento de abstención y recusación como sí prevé la LA (arts. 18 y siguientes).

2. 2. 2. Imparcialidad y neutralidad

Si bien el art. 7 LM recoge el principio de imparcialidad, el art. 8 LM hace lo propio respecto de la neutralidad en los siguientes términos: “las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 13”. Ahora bien, esta remisión hay que entenderla, concretamente, a sus apartados primero y segundo¹²⁴, los cuales establecen mandatos de actuación consistentes en: a) facilitar la comunicación entre las partes (art. 13. 1 LM); b) velar por que las partes dispongan de la información y asesoramiento suficientes (art. 13. 1 LM); y c) desarrollar una “conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta ley” (art. 13. 2 LM).

Este principio es introducido por la LM, ya que la DM no se refiere a él. Tradicionalmente ha existido cierta confusión entre imparcialidad y neutralidad. Debemos partir de la consideración de que la neutralidad es un principio exclusivo de la mediación, no así del arbitraje o del proceso judicial¹²⁵, pero luego su diferenciación es complicada¹²⁶, recayendo parte de la culpa de ello en los propios textos legales. Así, la remisión al art. 13 LM sólo existe en el art. 8 LM; sin embargo, aquél no se refiere en su contenido al principio de neutralidad expresamente, sino al principio de imparcialidad¹²⁷. Por todo ello, expondremos algunos apuntes para intentar aclarar la diferencia entre uno y otro.

En primer lugar, consideramos que la LM parte de un concepto erróneo del principio de imparcialidad. La imparcialidad supone la privación de parcialidad; al aludir

¹²⁴ TORRES LANA, J. A., “Principios rectores de la mediación”, *op. cit.*, pág.149.

¹²⁵ MUNNÉ CATARINA, F. y VIDAL TEIXIDÓ, A., *La mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*, *op. cit.*, pág. 97.

¹²⁶ MORCILLO JIMÉNEZ, J.J., “El proceso de mediación”, *op. cit.*, pág. 156.

¹²⁷ La confusión conceptual no concurre únicamente en la LM, sino también en leyes autonómicas o supranacionales. Por ejemplo, la Recomendación nº R (98), del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la Mediación Familiar [en adelante, Recomendación nº R (98) 1] aclara que el mediador es “imparcial en sus relaciones con las partes”, y “neutral respecto del resultado del proceso de mediación”. Asimismo, añade que “los mediadores no tienen poder para imponer una solución a las partes”. Ahora bien, según esta concepción, muy similar a la ley interna, por otra parte, cuando el sujeto tenga interés en el objeto de la controversia, significará que su neutralidad –y no su imparcialidad– se verá afectada; pero ello se contrapone a la apreciación general de que la imparcialidad es una cualidad y la neutralidad una actitud, pues el interés sobre el objeto puede existir con anterioridad. Incluso los Reglamentos de algunas instituciones públicas con servicio de mediación confunden ambos conceptos (*vid.* arts. 42 - 43 del Reglamento del Centro de Mediación de la Cámara de Comercio de Badajoz; art. 2 del Reglamento de la Corte de Mediación de la Cámara de Comercio de Navarra, entre otros), introduciendo además el concepto de independencia por medio.

a este concepto, entendemos que alguien está actuando en beneficio o interés de otro, o al menos está predispuesto a ello; así, cuando se lleva a cabo una actuación parcial en interés de una parte, siempre va a conllevar un perjuicio para la otra parte. Ahora bien, si el mediador interviene en perjuicio de alguien, no implica que necesariamente actúe beneficiando a un sujeto, pues puede actuar de tal forma que lesione a ambas partes, o bien que perjudique a una sola, pero no a la otra. De esta forma, la jurisprudencia ha analizado la imparcialidad¹²⁸, resumiendo que por ésta se entiende la ausencia de interés directo o indirecto en la controversia sostenida por las partes¹²⁹. En nuestra opinión, la Ley de Cantabria 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria contiene una definición más adecuada del principio de imparcialidad en su art. 6. 1: “la persona mediadora no podrá tener interés en beneficio de una persona o parte sobre otra, absteniéndose de realizar o promover actuaciones que comprometen su necesaria imparcialidad”.

Por otra parte, se ha dicho que mientras la imparcialidad es una cualidad, la neutralidad es una actitud¹³⁰. Coincidimos, en parte, con dicha afirmación, y así parece desprenderse del texto de la ley. Es cierto que pensamos que la imparcialidad supone una cualidad, pero también creemos que se trata de una actitud. De esta manera, el mediador debe “venir de casa” con la imparcialidad “puesta”, como cualidad inherente a aquél; sin embargo, debe actuar no sólo neutral sino imparcialmente. La LM así lo dispone, ya que el tercero no debe ejercer sus funciones asumiendo la posición de ninguna de las partes¹³¹; además, el respeto de este principio debe ser percibido por los mediados¹³², pues no debe olvidarse que debe estar presente durante todo el procedimiento¹³³.

¹²⁸ STC núm. 164/2008, de 15 de diciembre (RTC\2008\164).

¹²⁹ TORRES LANA, J. A., “Principios rectores de la mediación”, *op. cit.*, pág.146.

¹³⁰ TRIGO SIERRA, E. y MOYA FERNÁNDEZ, A.J., “La mediación civil y mercantil en España y en el Derecho comparado...”, *cit.*, pág. 105.

¹³¹ MORCILLO JIMÉNEZ, J. J., “El proceso de mediación”, *op. cit.*, pág. 155.

¹³² GARCÍA VILLALUENGA, L., “La mediación a través de sus principios...”, *cit.*, pág. 728.

¹³³ Señala ORTUÑO MUÑOZ que “si la imparcialidad es un requisito previo al inicio del proceso que se visualiza como una exigencia hacia el ejercicio de la función del mediador, la neutralidad ha de extenderse a todo el desarrollo del proceso en el sentido de que se ha de garantizar a cada una de las partes un espacio de seguridad, de respeto mutuo y de tolerancia” (“Artículo 8. Neutralidad”, *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Dir. CASTILLEJO MANZANARES, R., Coords. ALONSO SALGADO, C. y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 108). Esta afirmación es correcta pero incompleta, pues la imparcialidad también debe extenderse durante todo el procedimiento y regir los criterios de actuación. De esta forma, en algunos supuestos, la diferencia entre neutralidad e imparcialidad –o su ausencia– vendrá determinada por el *animus* de actuación del mediador: si éste actúa perjudicando a uno de ellos porque tiene algún interés en la cuestión, será parcial; pero si actúa en perjuicio de una o las dos partes debido a una mala praxis de su función, a una incompetencia o a una extralimitación de su competencia, estaremos ante una falta de neutralidad.

Por otro lado, respecto a la regulación de la neutralidad, el art. 8 LM se queda corto, pues la neutralidad no consiste sólo en garantizar que las partes puedan alcanzar por sí mismas el acuerdo, como máxima expresión del sistema autocompositivo, sino también en que “los valores, sentimientos y prejuicios del mediador no deben constituir un obstáculo al proceso¹³⁴”.

Ahora bien, si se exige un principio de neutralidad, puede resultar chocante la regulación de la LM en general, y del art. 13, en particular. El mediador no podrá imponer acuerdos, pero debe tener una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes (art. 13. 2 LM); sin embargo, una actuación neutral requiere cierta pasividad del mediador, lo que no congenia con una labor de acercamiento¹³⁵. En puridad, el principio de neutralidad supone que el mediador no debe opinar, valorar, proponer o imponer solución o comentario, pues es neutral¹³⁶, pero ello constituye un excesivo dogmatismo que puede lastrar la mediación. Según la LM, al menos el mediador deberá facilitar la comunicación entre las partes, y velar por que dispongan de la información y asesoramiento suficientes¹³⁷; sólo así se realizará una verdadera actuación mediadora. De esta manera, consideramos que la conducta activa encaja en el concepto de neutralidad, pero se torna esencial que el mediador extreme su cautela, para lo cual resulta importante la adquisición de destrezas y habilidades mediadoras, que deberán obtenerse mediante la adecuada formación que atribuya la apropiada capacitación para ejercer esta profesión¹³⁸. Más difícil resulta el encaje del modelo de mediación evaluativa con el principio de neutralidad, a pesar de que así lo justifica algún autor¹³⁹.

¹³⁴ GARCÍA VILLALUENGA, L., “Artículo 8. Neutralidad”, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Dirs. GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C., Coord. FERNÁNDEZ CANALES, C., Ed. Reus, Madrid, 2012, pág. 126.

¹³⁵ MORCILLO JIMÉNEZ se pregunta a este respecto si nos encontramos ante un “oxímoron, ya que en principio parece tener difícil encaje la conducta activa mediadora con el principio de neutralidad” (“El proceso de mediación”, *op. cit.*, pág. 156).

¹³⁶ MARÍN HITA, L. y MURILLO BERMEJO, A., “Artículo 8. Neutralidad”, *Comentarios a la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*”, Coord. MARÍN HITA, L., Ed. ePraxis, Sevilla, 2013, pág. 68.

¹³⁷ Como resalta BARONA VILAR, la “información es importante, cuando no trascendente, tenerla, empero no así ofrecer consejo por cuanto se dejaría de ser y actuar como mediador para pasar a convertirse en asesor jurídico de las partes” (*Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España, op. cit.*, pág.189).

¹³⁸ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España, op. cit.*, pág.190.

¹³⁹ TRIGO SIERRA, E. y MOYA FERNÁNDEZ, A.J., “La mediación civil y mercantil en España y en el Derecho comparado...”, *cit.*, pág. 104.

En conclusión, la neutralidad es una actitud, mientras que la imparcialidad constituye tanto una cualidad como una actitud. El mediador debe ser imparcial, y además actuar de manera imparcial y neutral. La dificultad en diferenciar ambos principios radica sólo respecto de la intervención del mediador; así, habrá que atender al *animus* con el que opera el tercero, pues cuando su labor esté condicionada por un interés subjetivo u objetivo, nos hallaremos ante una vulneración del principio de imparcialidad; sin embargo, cuando su labor esté condicionada por otro criterio (valoración de las alegaciones realizadas por las partes, por ejemplo), estaremos ante una quiebra de la neutralidad.

2. 3. Confidencialidad

El principio de confidencialidad es uno de los pilares más importantes de la mediación. El *Libro Verde* consagra la confidencialidad como “condición *sine qua non* para el buen funcionamiento de los ADR¹⁴⁰”, y ello es así porque contribuye a garantizar la franqueza de las partes y la sinceridad de las comunicaciones durante el procedimiento; es indiscutible que la confidencialidad genera una confianza, la cual conduce a una participación más eficaz de las partes¹⁴¹. Sólo así, los mediados se sentirán lo suficientemente libres para divulgar información al mediador, al saber que están protegidos por el secreto las declaraciones y los documentos aportados; la inexistencia de este principio mantendría a las partes sujetas en sus posiciones, contribuyendo a la estrategia de ocultar información¹⁴².

La LM recoge este principio en su art. 9, cuyo apartado primero establece el ámbito objetivo y subjetivo. Así, respecto al primero, “el procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial”, de forma que los sujetos implicados “no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento”. Por tanto, la confidencialidad obliga a guardar reserva de todas las informaciones obtenidas durante el procedimiento, ya sea por haber sido aportadas por alguna de las partes, ya sea por haberse generado en el transcurso del mismo¹⁴³. Por lo que este deber alcanza no sólo a las sesiones conjuntas, sino también a las informaciones

¹⁴⁰ Apartado 79 del *Libro Verde*.

¹⁴¹ MORCILLO JIMÉNEZ, J.J., “El proceso de mediación”, *op. cit.*, pág. 157.

¹⁴² MARQUES CEBOLA, C., *La mediación*, *op. cit.*, pág. 179.

¹⁴³ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, *op. cit.*, pág.198.

obtenidas en sesiones individuales (art. 21. 3 LM). De esta forma, es confidencial toda la información adquirida documental o verbalmente durante el procedimiento de mediación.

Conviene abordar dos cuestiones a este respecto. La primera surge al leer el tenor literal del precepto, cuando prevé que “el procedimiento de mediación [...] es confidencial”. A primera vista, entendemos que se refiere a todo el desarrollo del mismo, a su contenido, intervenciones de las partes, etc; pero ¿debemos entender también que es confidencial la existencia del propio procedimiento? La cuestión no es baladí desde el momento en que una de las razones por las que se opta por la mediación consiste en mantener el secreto del objeto de la controversia y sustraer a la justicia del mismo¹⁴⁴. De hecho, este aspecto es resaltado por el Código de Conducta Europeo para los Mediadores, al señalar que “el mediador respetará la confidencialidad sobre toda información, derivada de la mediación o relativa a la misma, incluida la mera existencia de la mediación en el presente o en el pasado” (punto 4). Por tanto, consideramos que la confidencialidad alcanza a la existencia misma del procedimiento en aras de generar una mayor confianza. Además, si entendiésemos que la norma no cubre, en principio, este extremo, no cabe duda de que las partes así podrían pactarlo en virtud del principio de voluntariedad.

Una segunda cuestión atañe a la inclusión de los acuerdos resultantes de una mediación dentro del ámbito objetivo de la confidencialidad. A este respecto, resulta interesante traer a colación la STS de 2 de marzo de 2011¹⁴⁵, que estimó lícito –al contrario que las instancias previas– la aportación de los acuerdos resultantes de una mediación familiar a un proceso judicial. A pesar de tratarse de una resolución de 2011, debemos considerar que actualmente la cuestión sería diferente por varias razones. En primer lugar, se trata de un asunto cuyo recorrido judicial comenzó en el año 2005, cuando todavía no existían ni la DM, ni evidentemente la LM; sólo resultaba aplicable la ley catalana¹⁴⁶. En segundo lugar, actualmente estas normas se encuentran vigentes. Aunque la LM no dice nada expresamente al respecto, sí lo hace indirectamente la DM en su art. 7, al

¹⁴⁴ Como señalan HINOJOSA SEGOVIA y CUBILLO LÓPEZ, “en algunas controversias resulta muy conveniente que el procedimiento empleado para su resolución no trascienda más allá de las partes implicadas”, las cuales prefieren la *confidencialidad* propia de los ADR y del arbitraje (“El arbitraje”, *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, Coord. HINOJOSA SEGOVIA, R., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid., pág. 106).

¹⁴⁵ STS núm. 109/2011, de 2 de marzo (RJ\2011\2616).

¹⁴⁶ No obstante, sí existía ya el *Libro Verde*, cuyo apartado 79 señala que “las partes que recurren a los ADR consideran esencial que la información intercambiada en el procedimiento, oralmente o por escrito e incluso, a veces, los resultados del procedimiento, sean confidenciales”.

establecer como excepción a la confidencialidad del acuerdo su necesaria publicidad para ejecutarlo¹⁴⁷. Por tanto, consideramos que ahora sí debemos entender que los acuerdos resultantes de la mediación están cubiertos por la confidencialidad.

Con relación al ámbito subjetivo, dice el art. 9. 1 LM que “la obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes”. Este precepto fue parcialmente reformado respecto del RDM en dos aspectos. Por un lado, consagra el secreto profesional del mediador y, por otro lado, amplía el ámbito subjetivo a las instituciones de mediación. Al contrario que la neutralidad o la imparcialidad, que atañen sólo a la figura del mediador, la confidencialidad se extiende a las partes e instituciones, y habrá que entender obligados también al resto de intervinientes –asesores, testigos, peritos, etc.¹⁴⁸–, pues, en caso contrario, este precepto carecería de razón de ser.

La confidencialidad implica que los mediadores y los participantes en el procedimiento no están obligados a declarar en un proceso judicial o arbitraje, ni a aportar documentación derivada del procedimiento o relacionada con el mismo (art. 9. 2)¹⁴⁹. No obstante, el precepto prevé dos excepciones: “a) cuando las partes de manera expresa y por escrito dispensen del deber de confidencialidad; b) cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal”.

Respecto a la primera, la LM exige un acuerdo expreso, con un consentimiento indubitado y que conste por escrito; en caso de pluralidad de partes, deberá ser unánime

¹⁴⁷ El art. 7. 1. b) DM parte de la base de que el contenido del acuerdo es secreto, siendo una situación excepcional su publicidad.

¹⁴⁸ TORRES LANA, “Principios rectores de la mediación”, *op. cit.*, pág. 153.

¹⁴⁹ Esta previsión del art. 9. 2 LM debe entenderse en consonancia con los arts. 335. 3 y 347. 1 LEC, reformados por la misma ley, sobre la intervención de peritos que previamente hayan participado en el procedimiento de mediación del que trae causa. Como señala GONZÁLEZ CANO, la prescripción del primero resulta aplicable tanto al dictamen de parte como al judicial. La cuestión radica en cómo se denuncia la vinculación del perito que emite el dictamen de parte a una mediación previa con el mismo objeto (“Disposición final tercera. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”, *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Dir. CASTILLEJO MANZANARES, R., Coords. ALONSO SALGADO, C. y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 353). Si bien el art. 343 LEC prevé la posibilidad de recusar al perito designado judicialmente, no sucede lo mismo respecto del perito de parte, quien podrá ser objeto de tacha. El problema radica en que no existe una circunstancia específica para los supuestos en que el perito haya participado previamente en una mediación con el mismo objeto. No obstante, consideramos que estos supuestos serían incardinables en el motivo 5º del art. 343.1 LEC, relativo a “cualquier otra circunstancia, debidamente acreditada, que les haga desmerecer en el concepto profesional”. Ahora bien, en nuestra opinión, lo más adecuado habría sido introducir un nuevo motivo de tacha en la reforma operada por la LM.

la exención de respetar la confidencialidad¹⁵⁰. No podemos dejar de coincidir con GARCÍA VILLALUENGA, quien considera que las partes, si ese es su interés común, puedan renunciar expresamente a mantener este principio, pero “lo que en modo alguno se debería admitir es que las partes se dispensen mutuamente de la obligación de confidencialidad que afecta al mediador¹⁵¹”. Si el contrato de mediación vincula tanto a los mediados como al mediador, no puede una parte conminar unilateralmente a la otra a hacer algo contrario a lo que expresamente se sometió¹⁵². A ello se une que la exigencia unilateral quebrantaría la naturaleza del secreto profesional, configurado como derecho/deber, en este caso, del mediador.

Por su parte, la segunda excepción es acorde con el interés público que siempre interviene en los procesos penales. Sin embargo, consideramos que la norma se queda corta. La esencia del proceso penal es la defensa del interés público, pero no debemos olvidar que dicho interés también se halla presente en los procesos de capacidad, filiación y menores. A ello se une que, precisamente, el art. 7 DM preveía la excepción por razones imperiosas de orden público, “en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor¹⁵³”. Por último, el apartado tercero del art. 9 LM establece que la infracción de este deber “generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico¹⁵⁴”.

3. Breves notas sobre el procedimiento de mediación

3. 1. Cuestiones generales

La LM dedica su Título IV al procedimiento, pero lejos de regularlo pormenorizadamente, establece unas normas básicas al efecto, pues no debemos olvidar

¹⁵⁰ TORRES LANA, “Principios rectores de la mediación”, *op. cit.*, pág. 154.

¹⁵¹ “Artículo 9. Confidencialidad”, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Dirs. GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C., Coord. FERNÁNDEZ CANALES, C., Ed. Reus, Madrid, 2012, pág. 135

¹⁵² GARCÍA VILLALUENGA, L., “Artículo 9. Confidencialidad”, *op. cit.*, pág. 135.

¹⁵³ Asimismo, consideramos que esta excepción no ha sido adecuadamente transpuesta, pues resulta imposible afirmar que la excepción de orden público prevista en la DM se integra en una de las causas de excepción recogidas en la LM, ya que el orden público, tanto nacional como comunitario, abarca un ámbito más amplio que el penal (BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, *op. cit.*, pág. 202).

¹⁵⁴ No cabe duda de la necesaria protección de este principio, pero quizá esta previsión resulte reiterativa, salvo para resaltar la gran importancia que el legislador otorga a este principio. Ya el art. 14 LM establece la responsabilidad general del mediador por incumplimiento de estos principios lo que explica que el mediador esté obligado a suscribir un seguro de responsabilidad civil (art. 11.3 y art. 27 RD 980/2013). Sobre esta cuestión, *vid.* QUINTANA GARCÍA, A., “La responsabilidad civil de los mediadores”, *Diario La Ley*, núm. 8431 (2014), págs. 11 - 15.

que este sistema de resolución de conflictos se caracteriza por su celeridad y flexibilidad. Como señala la propia ley, en su Preámbulo, se trata de un “procedimiento sencillo y flexible que permite que sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus fases fundamentales¹⁵⁵”. Así, este principio de flexibilidad posibilitará que cada procedimiento sea al mismo tiempo diferente e igual a cualquier otro. Diferente, porque dependerá siempre de las características de las partes; igual, porque seguirá unas pautas previamente establecidas para su total efectividad¹⁵⁶.

Este principio encuentra su reflejo en el art. 10 LM, cuando dice que “sin perjuicio del respeto a los principios establecidos en esta Ley, la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente”. Sin embargo, consideramos que, a pesar de que la LM no lo prevea expresamente, la labor del mediador se torna esencial a la hora de organizar el procedimiento, pues es quien posee la formación y los conocimientos apropiados en la materia; de esta manera, podrá optimizar y adecuar las fases del procedimiento al conflicto concreto, a tenor de las circunstancias, pero sin olvidar que la responsabilidad final sobre la organización del procedimiento recae sobre las partes.

El procedimiento se puede esquematizar en los siguientes pasos: 1) solicitud de inicio; 2) sesión informativa; 3) sesión constitutiva; 4) desarrollo de actuaciones; 5) terminación del procedimiento. Este procedimiento se caracteriza por su celeridad, por lo que algunas fases pueden concentrarse o, incluso, suprimirse.

3. 2. Solicitud

Conforme a la LM, el procedimiento podrá iniciarse de común acuerdo o unilateralmente por una de las partes (art. 16.1 LM)¹⁵⁷. En el primer caso, la solicitud se presentará ante la institución o mediador designado, que además deberá indicar el lugar en el que se desarrollan las sesiones y la lengua o lenguas de las actuaciones¹⁵⁸. Ello no obsta a que en dicha solicitud puedan incluirse otros extremos sobre los que exista

¹⁵⁵ Parágrafo IV del Preámbulo.

¹⁵⁶ MORCILLO JIMÉNEZ, J. J., “El proceso de mediación”, *op. cit.*, pág. 158.

¹⁵⁷ Al contrario que los ALM y PLM, la LM no prevé el inicio de un procedimiento de mediación ni por derivación legal, ni por derivación de autoridad judicial; a lo sumo, el órgano jurisdiccional podrá invitar a las partes a que asistan a una sesión informativa, conforme a los arts. 414.1 y 443.3 LEC.

¹⁵⁸ Coincidimos con GOMEZ AMIGO en que resulta excesivo fijar estas cuestiones en la solicitud de común acuerdo, máxime cuando dicho extremo ha de quedar registrado también en el acta de la sesión de constitución [“Estudio del procedimiento de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 31 (2013), pág. 4].

consenso, como la duración máxima del procedimiento, el número de sesiones conjuntas o individuales, etc.¹⁵⁹. Esta solicitud de común acuerdo tendrá lugar bien porque las partes habían pactado someter la controversia a mediación antes de que surgiese, o bien porque así lo hayan decidido una vez nacido el conflicto.

Por otro lado, la solicitud puede ser formulada por una sola de las partes “en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre aquéllas” [art.16.1. b) LM]. A tenor del precepto, siempre va a ser necesaria la previa existencia de un compromiso¹⁶⁰, sin que quepa la posibilidad de iniciar el procedimiento en virtud de la solicitud formulada por una sola de las partes, si no consta dicho pacto previamente. Esta exigencia se debe a la necesaria concurrencia del principio de voluntariedad, uno de los pilares de la mediación, voluntad común que no existe en el hipotético caso de que una única parte solicite el inicio del procedimiento sin previo compromiso¹⁶¹. Por ello, consideramos que el solicitante deberá aportar, o al menos presentar, el documento que acredite la existencia del pacto de sometimiento en el momento de la petición de inicio.

Ahora bien, una de las cuestiones que no prevé la LM es la relativa a la forma en que debe realizarse esa solicitud. Como la mayoría de la doctrina¹⁶², entendemos que bastará con cualquier medio que deje constancia de dicha solicitud, lo que normalmente será por escrito.

3. 3. Sesión informativa

La LM prevé dos clases de sesión informativa: una de carácter concreto y determinado respecto del asunto en cuestión; y la otra de carácter abierto y general. La primera se encuentra prevista en el apartado primero del art. 17 LM. De esta manera,

¹⁵⁹ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España, op. cit.*, pág. 380.

¹⁶⁰ CASTILLEJO MANZANARES, R., “La mediación intrajudicial en asuntos civiles y mercantiles”, *op. cit.*, pág. 34.

¹⁶¹ Junto a ello, debemos tener en cuenta que toda mediación genera una serie de costes, incluso cuando sólo haya una sesión informativa. Salvo pacto en contrario, éstos se dividen por igual entre las partes, haya concluido o no con acuerdo (art. 15. 1 LM). De esta manera, ¿por qué la parte que no ha manifestado su voluntad de someterse a mediación debería hacerse cargo de una parte del gasto generado, aunque sólo sea de esa sesión informativa?

¹⁶² Entre otros, GÓMEZ AMIGO, L., “Estudio del procedimiento de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *cit.*, pág. 4; GUTIÉRREZ SANZ, Mª. R., “El procedimiento de mediación: transposición de la Directiva 2008/52/CE por la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y en España*, Dir. HUALDE MANSO, T., Coord. MESTROT, M., Ed. La Ley, Las Rozas, 2013, pág. 201.

“recibida la solicitud y salvo pacto en contrario de las partes, el mediador o la institución de mediación citará a las partes para la celebración de la sesión informativa”, en la cual el tercero expondrá las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, además de informar de su profesión, formación y experiencia, así como de las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento, las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar y el plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva.

Este precepto arroja ya una primera contradicción, pues prevé que el mediador informará de las características de la mediación y de la organización del procedimiento; sin embargo, el art. 10 LM prevé que la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente. Por tanto, ¿quién debe organizar el procedimiento? En nuestra opinión, debe ser el mediador quien guíe y recomiende a las partes cómo organizarlo de acuerdo a las características, circunstancias y objeto del asunto, pero serán las partes las que tengan siempre la última palabra¹⁶³.

Entre los extremos sobre los que le corresponde informar, conviene hacer unas precisiones. El mediador deberá advertir del coste de la mediación, el cual, salvo pacto en contrario, se dividirá por igual entre las partes (art. 15.1 LM). La duda surge respecto a quién debe afrontar la primera sesión informativa, si es en ésta cuando se les informa del coste de la misma. Aunque presumimos que se aplicará el precepto citado, lo idóneo será que la institución o el mediador designado o propuesto informen de este extremo cuando se realice la solicitud.

Por otro lado, el mediador informará “del plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva”. Esto entronca con el art. 4 LM, que prevé: “si el plazo de quince días naturales a contar desde la recepción de la solicitud de inicio de la mediación no se firmara el acta de la sesión constitutiva prevista en el artículo 19, se reanudará el cómputo de plazos”. Como señala GÓMEZ AMIGO, el incumplimiento de este plazo no significa que, transcurrido éste, sea imposible firmarse el acta de sesión constitutiva, sino que tan sólo

¹⁶³ Para MORCILLO JIMÉNEZ, la LM yerra pues considera que es el mediador quien debe determinar la estructura del procedimiento a seguir por las partes (“El proceso de mediación”, *op. cit.*, pág. 156). Sin embargo, no podemos estar de acuerdo con esta consideración. Si el poder de determinación de la estructura y organización recae sobre el mediador, estaremos desvirtuando esta institución, pues dicha determinación requeriría el ejercicio de un poder de decisión por parte del mediador que no le compete, aunque contase con el consenso de las partes.

se reanudará el cómputo de los plazos de prescripción y caducidad de las acciones suspendidas por la solicitud¹⁶⁴.

Aparte de los extremos referidos, el mediador puede informar sobre otros datos añadidos. No obstante, conviene resaltar que esta sesión es dispositiva; aunque la LM prevé su celebración, nada obsta a que las partes decidan omitirla (art. 17. 1 LM). En nuestra opinión, cuando exista pacto previo, entendemos que las partes quieran omitir esta fase, pues teóricamente ya conocen este mecanismo de solución de conflictos, y la celebración de esta sesión dilataría el procedimiento. Sin embargo, si no concurre el pacto, posiblemente este sea el primer contacto que las partes tengan con la mediación, por lo que se antoja una explicación clara, precisa y concreta de la misma¹⁶⁵, ya que la sesión informativa puede resultar esencial para la aceptación de la mediación¹⁶⁶. Conviene resaltar que esta sesión se limita a informar a las partes, pero no las vincula. Será en la sesión constitutiva cuando se confirmen los distintos aspectos del procedimiento.

Por último, la inasistencia injustificada de cualquiera de las partes a la sesión informativa se interpretará como el desistimiento de la mediación solicitada. De esta manera, la LM anuda efectos a la inactividad de las partes, pero que sólo cuando se trate de una inasistencia injustificada, por lo que corresponderá al mediador declarar cuándo se encuentra o no justificada la incomparecencia. La información de qué parte o partes no asistieron no será confidencial (art. 17. 1 LM).

Por otro lado, el art. 17. 2 LM contempla las sesiones abiertas organizadas por las instituciones de mediación para aquellos interesados en este método de solución de conflictos. El objetivo de estas sesiones radica en el fomento de este sistema¹⁶⁷. Estas sesiones informativas abiertas nunca sustituirán a las previstas en el apartado primero del precepto. Asimismo, la LEC se refiere precisamente a las sesiones abiertas cuando faculta al juez a

¹⁶⁴ “Estudio del procedimiento de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, cit., págs. 11 y 12.

¹⁶⁵ GUTIÉRREZ SANZ, M^a. R., “El procedimiento de mediación: transposición de la Directiva 2008/52/CE...”, *op. cit.*, pág. 215.

¹⁶⁶ MUNNÉ CATARINA, F. y VIDAL TEIXIDÓ, A., *La mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*, *op. cit.*, pág. 132.

¹⁶⁷ MAGRO SERVET, V., “La incorporación al derecho español de la Directiva 2008/52/CE por el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Diario La Ley*, núm. 7852 (2012), pág. 6.

invitar a las partes a que intenten un acuerdo, instándoles a que asistan a una de ellas (arts. 414. 1 y 443. 3 LEC, en audiencia previa y en vista oral del juicio verbal, respectivamente).

3. 4. Sesión constitutiva

En esta sesión se establecen las reglas del juego que operarán en el procedimiento de mediación, que, no obstante, podrán ser modificadas con el acuerdo de las partes. Conforme a la LM, el procedimiento comienza con la sesión constitutiva (art. 19. 1 LM), por lo que todas las actuaciones hasta este momento pueden considerarse una suerte de fase de “premediación¹⁶⁸”. Como señala BARONA VILAR, la finalidad de la sesión constitutiva consiste en que las partes expresen su deseo de desarrollar el procedimiento de mediación, el cual quedará plasmado en el acta, junto a una serie de aspectos esenciales para el correcto desarrollo del procedimiento¹⁶⁹.

Precisamente, el art. 19. 1 LM señala qué aspectos deben abordarse necesariamente en la sesión, lo que no impide que se dejen constancia de otras cuestiones¹⁷⁰. La LM obliga a levantar acta de la sesión constitutiva (art. 19. 2 LM), que deberá indicar la identificación de las partes¹⁷¹, la designación del mediador¹⁷² y, en su caso, de la institución de mediación¹⁷³, el objeto del conflicto sometido a mediación, el programa de actuaciones y duración máxima del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación, la información del coste de la mediación, la declaración de aceptación voluntaria por las partes, asumiendo las obligaciones que se deriven de la mediación, y, por último, la lengua y el lugar de celebración.

¹⁶⁸ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, op. cit., pág. 403. Sin embargo, hay otros autores que consideran el momento de la presentación de la solicitud de la mediación como el inicio del procedimiento, si bien precisa del acta de la sesión constitutiva para la formalización del mismo (por todos, GOMEZ AMIGO, L., “Estudio del procedimiento de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, cit., pág. 5). A pesar del tenor literal del art. 19. 1 LM, consideramos esta última apreciación bastante acertada, pues si efectivamente comienza el procedimiento con la sesión constitutiva, ¿por qué los plazos de prescripción y caducidad de acciones se suspenden desde el momento de la solicitud (art. 4)?

¹⁶⁹ *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, op. cit., págs. 403 - 404.

¹⁷⁰ GOMEZ AMIGO, L., “Estudio del procedimiento de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, cit., págs. 12 - 13.

¹⁷¹ Al abordar conflictos de índole mercantil, no debemos perder de vista que resulta posible que una de las partes sea persona jurídica, por lo que entendemos que habrán de aportarse las escrituras necesarias que permitan identificar la existencia de esa persona jurídica, así como a la persona física que actúa como representante de aquella.

¹⁷² Cuando las partes pacten omitir la sesión informativa (art. 17. 1 LM), el mediador informará en esta sesión constitutiva a las partes, al menos, de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, pues “antes de iniciar o continuar su tarea, el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad” (art. 13. 5 LM).

¹⁷³ La designación de una institución conllevará la necesaria aceptación de las reglas o reglamento de la misma por parte de los mediados.

Por otra parte, el acta será firmada tanto por las partes como por el mediador; en caso contrario, “dicha acta declarará que la mediación se ha intentado sin efectos” (art. 19. 2 LM). Resulta extraño que el precepto no prevea la entrega de una copia del acta a las partes¹⁷⁴, máxime cuando el art. 25. 1 LM exige la aportación de las actas de las sesiones constitutiva y final del procedimiento, para proceder a la elevación a escritura pública del acuerdo alcanzado, “sin que sea necesaria la presencia del mediador¹⁷⁵”.

3. 5. Desarrollo de las actuaciones

La LM dedica su art. 21 al desarrollo de las actuaciones del procedimiento, pero lejos de establecer unas reglas, lo que hace es ofrecer unas pinceladas o directrices¹⁷⁶, acorde con el principio de flexibilidad que caracteriza a la mediación¹⁷⁷. Así, el apartado primero del precepto recoge que “el mediador convocará a las partes para cada sesión con la antelación necesaria, dirigirá las sesiones y facilitará la exposición de sus posiciones y su comunicación de modo igual y equilibrado”. Por tanto, la norma contempla, por un lado, cuál es la labor del mediador y, por otro, reconoce un principio de igualdad de actuación, sin situarse en una posición *supra partes*¹⁷⁸.

La LM opta por un concepto indeterminado, sin plazo concreto, ya que exige al mediador convocar a las partes “para cada sesión con la antelación necesaria” (art. 21. 1

¹⁷⁴ TORRADO TARRÍO, C., “Artículo 19. Sesión constitutiva”, *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Dir. CASTILLEJO MANZANARES, R., Coords. ALONSO SALGADO, C. y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 211.

¹⁷⁵ El art. 26 ALM contemplaba la obligación, por parte del mediador, de levantar acta de cada una de las sesiones que tuviesen lugar en el marco del procedimiento, no sólo de las sesiones constitutiva y final. Entendemos que el legislador ha optado por suprimir esta obligación en aras de garantizar la flexibilidad del procedimiento que le caracteriza, en perjuicio de otorgar una mayor seguridad jurídica al procedimiento, al no quedar constancia de las distintas sesiones. No obstante, ello no es óbice para que los mediadores puedan levantar un acta al final de cada sesión. De hecho, algunas instituciones prevén en su reglamento la elaboración de un acta por cada sesión (*vid.* art. 57 Reglamento Interno del Centro de Mediación de la Cámara de Comercio de Badajoz).

¹⁷⁶ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, *op. cit.*, pág. 410.

¹⁷⁷ RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., “Artículo 21. Desarrollo de las actuaciones de mediación”, *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Dir. CASTILLEJO MANZANARES, R., Coords. ALONSO SALGADO, C. y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 219. Al considerar que el procedimiento de mediación se caracteriza por su flexibilidad, resultaría arriesgado establecer un desarrollo de actuaciones fijo y cerrado. Lo conveniente es una adecuación al caso concreto, incluso en los supuestos de una mediación llevada a cabo por una institución que, a pesar de existir un reglamento interno, normalmente también aplican un carácter flexible de desarrollo (*vid.* art. 57 Reglamento Interno del Centro de mediación de la Cámara de Comercio de Badajoz; o art. 5. 6 Reglamento de la Corte de Mediación de Navarra de Cámara de Comercio de Navarra).

¹⁷⁸ GUTIERREZ SANZ, M^a. R., “El procedimiento de mediación: transposición de la Directiva 2008/52/CE...”, *op. cit.*, pág. 220.

LM). Probablemente, esta previsión se deba tanto al carácter flexible y poco formal del procedimiento, como a la autonomía de las partes para desarrollar el mismo¹⁷⁹; de esta forma, compete al mediador valorar, conforme a las circunstancias y objeto del procedimiento, cuál es ese plazo. A ello se añade que la norma tampoco dice nada sobre cómo debe ser la forma de citación o convocatoria. Coincidimos con PARRA JIMÉNEZ en que se admite cualquiera que deje constancia de la misma, correspondiendo a las partes así preverlo en la sesión constitutiva¹⁸⁰.

Por otra parte, compete al mediador dirigir las sesiones y facilitar a las partes la exposición de sus posiciones. Sin embargo, esta comunicación podrá verse bloqueada en casos de conflictos agudos, por lo que el mediador, dentro de sus facultades, identificará y ordenará los puntos clave de la controversia, de forma que si el procedimiento se estanca y no avanza, podrá valorar la conveniencia de trabajar la sesión mediante intervenciones privadas e individuales con cada una de las partes¹⁸¹. La celebración de este tipo de reuniones no es ajena a la LM; su art. 21. 2 señala que “las comunicaciones entre el mediador y las personas en conflicto podrán ser o no simultáneas¹⁸²”, aunque el mediador siempre deberá comunicar a todas las partes la celebración de las reuniones que tengan lugar por separado, sin perjuicio de la confidencialidad de lo tratado (art. 21. 3 LM); y ello es así en virtud del principio de buena fe con el que deben actuar las partes. Asimismo, acorde al principio de igualdad entre partes e imparcialidad del mediador, cuando éste opte por mantener una reunión individual, deberá tener otras tantas como partes haya, aunque no versen exactamente sobre el mismo punto, ya que el tercero debe facilitar la comunicación de las partes “de modo igual y equilibrado” (art. 21. 1 LM).

¹⁷⁹ “Artículo 21. Desarrollo de las actuaciones”, *Comentarios a la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*, Coord. MARÍN HITA, L., Ed. ePraxis, Sevilla, 2013, pág. 139.

¹⁸⁰ “Artículo 21. Desarrollo de las actuaciones”, *op. cit.*, págs. 140 - 141.

¹⁸¹ MUNNÉ CATARINA, F. y VIDAL TEIXIDÓ, A., *La mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*, *op. cit.*, pág. 144.

¹⁸² No podemos dejar de apreciar cierta ambigüedad en estos términos, pues numerosos autores lo interpretan como un reconocimiento de la facultad del mediador a celebrar estos *caucus*, que es como se denominan a las sesiones o reuniones privadas e individuales en la literatura anglosajona (por todos, BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, *op. cit.*, pág. 417). Sin embargo, el precepto recoge que “las comunicaciones [...] podrán ser o no simultáneas”, cabiendo una referencia a la posibilidad de utilizar medios telemáticos no simultáneos para las comunicaciones como correo electrónico o una “corte virtual” de mediación, pues, además, el texto habla de comunicaciones y no reuniones. Así, no descartamos que el legislador se refiera al uso de medios telemáticos con esta previsión. Además, si efectivamente se refiere en este supuesto a la celebración de reuniones privadas o *caucus*, ¿por qué el legislador no ha previsto en un mismo apartado el segundo y el tercero?

Una importante cuestión del procedimiento de mediación, en general, y del desarrollo de las actuaciones, en particular, consiste en su duración. En línea con la flexibilidad y celeridad que caracteriza a esta figura, “la duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concretarán en el mínimo número de sesiones” (art. 20 LM). El mediador jugará un papel importante, pues deberá asesorar a las partes al respecto. La LM ha optado por un criterio flexible y relativo, omitiendo la indicación de una duración máxima *ex lege*, pero siempre dirigido a que el procedimiento se desarrolle en la mayor brevedad posible. La duración y el número de sesiones dependerán de la complejidad del asunto¹⁸³, aunque será, no sólo conveniente, sino obligatorio, fijar un plazo máximo, si bien luego puede modificarse (art. 19 LM)¹⁸⁴.

Con esta decisión, la LM cambia el criterio previsto tanto en el ALM como en el PLM, que sí recogían un límite máximo temporal de dos meses desde la firma del acta de sesión constitutiva, prorrogables con carácter excepcional y de común acuerdo (arts. 24 ALM y 21 PLM). No obstante, resulta necesario hacer unas precisiones. Si bien el criterio general es la libre autonomía a la hora de fijar una duración, conviene matizar los casos concretos de los procedimientos simplificados por medios electrónicos para reclamaciones de cantidad y de los procedimientos de mediación intrajudicial.

Respecto a los primeros, la DF 7ª LM prevé que esta clase de procedimientos tendrán “una duración máxima de un mes, a contar desde el día siguiente a la recepción de la solicitud y será prorrogable por acuerdo de las partes”. Esta limitación está fijada de manera similar a la que preveían los ALM y PLM con carácter general para todos los procedimientos, sólo que en lugar de dos meses, ahora es uno¹⁸⁵.

Por otra parte, si bien la LM no dice expresamente que la mediación intrajudicial tenga una duración máxima, sí anuda unos efectos procesales al transcurso del tiempo. El art. 16. 3 LM establece que, cuando se inicie voluntariamente una mediación estando en

¹⁸³ MUNNÉ CATARINA, F. y VIDAL TEIXIDÓ, A., *La mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*, op. cit., págs. 141 - 142.

¹⁸⁴ La conveniencia de fijar un límite máximo o no ha sido una cuestión debatida, aunque encontramos acertada la postura mantenida por el CGPJ, en su informe, cuando señala que “cabe dudar si no sería más acorde con los principios de voluntariedad y autoorganización el no señalamiento legal de un tope máximo de duración del procedimiento, dejando que sean las partes en función de la complejidad del conflicto las que fijen en el acta inicial el plazo de duración del procedimiento” (Informe del ALM, pág. 58).

¹⁸⁵ Estos procedimientos simplificados de mediación por medios electrónicos han sido desarrollados por los arts. 30 - 38 RD 980/2013.

curso un proceso judicial, “las partes de común acuerdo podrán solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal”. Pero esta facultad está supeditada a una serie de requisitos y condiciones desde el momento en que se remite a la legislación procesal. En primer lugar, el Secretario judicial sólo decretará la suspensión del proceso cuando “no perjudique al interés general o a tercero”; en caso contrario, el proceso judicial continuará. En segundo lugar, la suspensión no podrá superar un máximo de sesenta días (art. 19. 4 LEC); transcurrido ese plazo, si ninguna de las partes solicita la reanudación del proceso, el Secretario judicial acordará el archivo provisional de los autos hasta que bien se solicite la continuación del proceso, o bien se produzca la caducidad en la instancia (art. 179. 2 LEC)¹⁸⁶.

3. 6. Terminación del procedimiento

El art. 22 LM regula la terminación del procedimiento, que podrá “concluir en acuerdo o finalizar sin alcanzar dicho acuerdo”. No podemos dejar de coincidir con BARONA VILAR, al decir que el precepto regla la cuestión de forma “algo confusa”, mezclando situaciones de distinta índole¹⁸⁷. Partiendo de una concepción del procedimiento en el que su desarrollo ordinario exige la realización de todas sus fases – solicitud, información, constitución, sesiones programadas y sesión final–, cabe distinguir entre una terminación por “crisis” en el procedimiento, en el que no se han desarrollado todas las actuaciones, y una terminación acaecida tras la realización de todos los actos, independientemente de concluir un acuerdo o no¹⁸⁸.

Por un lado, el procedimiento podrá terminar en acuerdo –que no por acuerdo, ya que la terminación viene marcada por el acta final–, que es la situación deseable de toda mediación. La LM regula en su art. 23 el acuerdo de mediación, indicando todos los datos que, como mínimo, debe contener, tales como identidad y domicilio de las partes, obligaciones que cada parte asume, o nombre del mediador interviniente, entre otros extremos (art. 23. 1 II LM). Podrá versar sobre una parte o sobre la totalidad de las

¹⁸⁶ Esta previsión legal que atañe a las mediaciones intrajudiciales ha sido criticada por contradecir el espíritu flexible de las mediaciones extrajudiciales, donde las partes acuerdan libremente la duración de la mediación, ya que los sesenta días marcados por el art. 19. 4 LEC supone un “rígido marco temporal” (TORRADO TARRÍO, C., “Artículo 20. Duración del procedimiento”, *op. cit.*, págs. 216 y 217).

¹⁸⁷ *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, *op. cit.*, pág. 421.

¹⁸⁸ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, *op. cit.*, pág. 420.

materias (art. 23. 1 I LM), de forma que, cuando sea parcial, las partes podrán acudir a la vía judicial para solventar las cuestiones que no han sido resueltas.

A pesar de la importancia del mediador, éste no tiene que firmar el acuerdo, sino que será firmado sólo por las partes (art. 23. 2 LM), al contrario que el acta final (art. 22. 3 II LM). Ello se debe a que el acuerdo es alcanzado y atañe sólo a las partes. Una vez firmado, se entrega un ejemplar tanto a las partes como al mediador. Éste deberá informar del carácter vinculante del acuerdo, así como de que pueden instar su elevación a escritura pública (art. 23. 3 LM).

Por su parte, el art. 22 LM señala que el procedimiento podrá finalizar sin alcanzar dicho acuerdo por los siguientes motivos:

1) “Porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones” (art. 22. 1 LM): en este caso, no será exigible ninguna justificación por los mediados, bastando con su mera comunicación al mediador, lo que supone, a nuestro juicio, un error del legislador. Lo idóneo será un desistimiento bilateral ejercido con el acuerdo de las partes. Sin embargo, la cuestión se torna más polémica con el desistimiento unilateral, pues en estos casos debemos sopesar las consecuencias jurídicas que ello puede originar, tales como quién debe hacerse cargo de los honorarios, o los perjuicios que haya podido causar la dilación de la controversia en la otra parte¹⁸⁹. Es cierto que “nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir acuerdo” (art. 6. 3 LM), pero también las partes deben actuar conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo (art. 10. 2 LM). De esta manera, consideramos que un desistimiento unilateral injustificado, promovido únicamente por el carácter veleidoso y caprichoso del renunciante, no debería perjudicar en absoluto a la otra parte. Sobre todo, teniendo en cuenta que previamente se habrá firmado un acta de la sesión constitutiva, en la que constará que las partes asumen las obligaciones que del procedimiento se derivan. Con ello no aludimos al hecho de que el abandono por una de las partes deba revertir en su

¹⁸⁹ GUTIÉRREZ SANZ, M^a. R., “El procedimiento de mediación: transposición de la Directiva 2008/52/CE...”, *op. cit.*, págs. 234 - 235.

perjuicio, pues contrariaría el principio de igualdad, pero no obsta a que pueda producir ciertas consecuencias jurídicas¹⁹⁰.

2) “Porque haya transcurrido el plazo máximo” (art. 22. 1 LM): el procedimiento podrá finalizar bien porque haya transcurrido el plazo establecido por las partes, o bien porque, en su caso, las instituciones prevean en sus reglamentos unas tablas temporales¹⁹¹. En el acta de la sesión constitutiva deberá quedar plasmado “el programa de sesiones y la duración máxima prevista para su desarrollo”, si bien es susceptible de modificación [art. 19. 1 d) LM]. Ahora bien, entendemos que la modificación requiere el acuerdo de las partes, pues sólo así podrá operar el transcurso del plazo máximo como causa de terminación¹⁹².

3) “Cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables” (art. 22. 1 LM): a diferencia de las partes, el mediador sí debe justificar la razón que le lleva a dar por terminado el procedimiento. Consideramos que esta facultad del mediador implica un quebranto de los principios de voluntariedad de las partes e imparcialidad del mediador; en su lugar el tercero debería renunciar a continuar el procedimiento, alegando que aprecia una situación de irreconciliabilidad de las partes. Asimismo, si bien el precepto faculta al mediador para finalizar el procedimiento cuando medie justa causa, no explicita o define qué requisitos se precisan para apreciar la irreconciliabilidad, así como tampoco señala quién se responsabiliza de los gastos originados hasta el momento¹⁹³.

4) Por “la renuncia del mediador a continuar el procedimiento o el rechazo de las partes a su mediador”, cuando no se llegue a nombrar uno nuevo (art. 22. 2 LM): esto implica que, bien las propias partes, o bien la institución de mediación, en su caso, sean los responsables de que el procedimiento de mediación continúe o no, a través del nombramiento de otro tercero. La LM reconoce al mediador la facultad de renunciar, sin necesidad de alegar las causas concretas en las que se funda¹⁹⁴, pero con la obligación de

¹⁹⁰ SANDE MAYO, M^a. J., “Artículo 22. Terminación del procedimiento”, *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Dir. CASTILLEJO MANZANARES, R., Coords. ALONSO SALGADO, C. y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 225.

¹⁹¹ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, op. cit., pág. 423.

¹⁹² Piénsese en que, si el consenso no fuese necesario, cualquiera de las partes podría decidir prolongar *motu proprio* la duración del procedimiento *sine die*, provocando dilaciones indebidas con efectos espurios.

¹⁹³ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, op. cit., págs. 424 - 425.

¹⁹⁴ RUBIO SÁNCHEZ, F., “Artículo 13. Actuación del mediador”, *Comentarios a la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*, Coord. MARÍN HITA, L., Ed. ePraxis, Sevilla, 2013, pág. 93.

entregar un acta a las partes en la que conste la misma (art. 13. 3 LM). Ahora bien, no hay que perder de vista que el mediador se obliga a prestar sus servicios contractualmente, por lo que si desiste, deberá respetar la parte de las obligaciones que ya hayan desplegado su eficacia, y, en su caso, “debería indemnizar por los eventuales perjuicios que haya podido causar a las partes o a una de ellas por su renuncia a proseguir una mediación que se había obligado a dirigir¹⁹⁵”.

5) Cuando “concurra otra causa que determine su conclusión” (art. 22. 1 LM): el legislador deja abierta la puerta a cualquier otro motivo de terminación, adoptando una fórmula genérica al efecto. Esta cláusula permite causas de terminación sin acuerdo, distintas de las anteriores, como pueden la entrada de una persona jurídica en concurso de acreedores¹⁹⁶, la ausencia de provisión de fondos¹⁹⁷, la falta reiterada de comparecencia de las partes, o la satisfacción al margen del procedimiento¹⁹⁸, así como la concurrencia de cualquier otra causa que las partes hayan pactado previamente.

La conclusión del procedimiento vendrá determinada por la firma del acta final, que debe reflejar los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o su finalización por cualquier otra causa. El acta será firmada por las partes y el mediador, entregándose un ejemplar a cada una de ellas. Si una de las partes no quisiera firmar el acta, el mediador lo hará constar así, entregando un ejemplar a las partes que lo deseen (art. 22. 3 LM). Sobre este asunto, se antoja necesario realizar unos breves comentarios. En primer lugar, la firma del acta no se trata de un aspecto formal más del procedimiento, sino que marca la conclusión del mismo. En segundo lugar, la eventualidad de no querer firmar el acta final será en supuestos de finalización sin acuerdo¹⁹⁹, circunstancia que deberá quedar reflejada expresamente en la misma. En tercer lugar, el acta final es un documento distinto al acuerdo de mediación; sólo éste puede ser elevado a escritura pública, mientras aquél es “el acto por el que se pone fin formalmente al procedimiento²⁰⁰”.

¹⁹⁵ ORTUÑO MUÑOZ, P., “Artículo 13. Actuación del mediador”, *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*; Dir. CASTILLEJO MANZANARES, R., Coords. ALONSO SALGADO, C. y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 163

¹⁹⁶ PARRA JIMÉNEZ, M^a. E., “Artículo 22. Terminación del procedimiento”, *op. cit.*, pág. 149.

¹⁹⁷ SANDE MAYO, M^a.J., “Artículo 22. Terminación del procedimiento”, *op. cit.*, pág. 227.

¹⁹⁸ GUTIÉRREZ SANZ, M^a. R., “El procedimiento de mediación: transposición de la Directiva 2008/52/CE...”, *op. cit.*, pág. 236.

¹⁹⁹ GOMEZ AMIGO, L., “Estudio del procedimiento de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *cit.*, pág. 20.

²⁰⁰ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, *op. cit.*, pág. 430. No obstante, algunos autores identifican ambos documentos (GUTIÉRREZ SANZ, M^a. R., “El procedimiento de mediación: transposición de la Directiva 2008/52/CE...”, *op. cit.*, pág. 233; o PARRA JIMÉNEZ, M^a. E.,

Por último, una vez terminado el procedimiento, se devolverán a cada parte los documentos que hubiere aportado, mientras que aquéllos que no hayan de devolverse a las partes, se incorporarán a un expediente, el cual debe ser conservado y custodiado por el mediador o, en su caso, la institución de mediación, una vez terminado el procedimiento, por un plazo de cuatro meses (art. 22. 1 LM); transcurrido dicho plazo, podrá procederse a la destrucción de los mismos²⁰¹.

CAPÍTULO III: MEDIACIÓN Y TUTELA CAUTELAR

1. Aproximación a la regulación de la tutela cautelar en mediación

Una de las características principales de la mediación frente a la Administración de Justicia es la celeridad del procedimiento. Ello no obsta a que, desde el momento en que se inicia hasta que, en su caso, se adopta un acuerdo, exista una dilación temporal que, pese a ser más corta que en la jurisdicción, pueda originarse algún contratiempo que provoque una pérdida de la eficacia del acuerdo adoptado, bien por un comportamiento torticero de la contraparte, bien por el riesgo inherente al mero transcurso del tiempo. Por esta razón, la LEC prevé que el actor pueda solicitar del tribunal la adopción “de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare” (art. 721. 1 LEC). De aquí se desprende un carácter instrumental en su nota definitoria²⁰².

A pesar de ese carácter instrumental, conviene aclarar que la solicitud de las medidas cautelares se considera un tipo de tutela jurisdiccional, como bien ha ratificado la jurisprudencia del TC²⁰³. Así, las medidas cautelares pueden definirse como el mecanismo arbitrado por la ley para evitar los riesgos o peligros que la duración del proceso puede suponer para la eficacia de la eventual sentencia estimatoria. O dicho de otra forma: “son aquéllas que tienen por objeto asegurar el eventual resultado final de un proceso, garantizando la posibilidad de que se cumpla la resolución que le pone fin,

“Artículo 22. Terminación del procedimiento”, *op. cit.*, pág. 150), consideración errónea desde el momento en que el propio notario exigirá una copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento para proceder a la elevación a escritura pública del acuerdo (art. 25. 1 LM).

²⁰¹ PARRA JIMÉNEZ, M^a. E., “Artículo 22. Terminación del procedimiento”, *op. cit.*, pág. 149.

²⁰² DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2005, pág. 386.

²⁰³ De hecho, la jurisprudencia constitucional considera que la tutela cautelar aparece integrada en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocida en el art. 24 CE [SSTC núm. 159/2008, de 2 de diciembre (RTC\2008\159); núm. 218/1994, de 18 de julio (RTC\1994\218)].

cuando existe un riesgo derivado de su misma duración de que, caso de no adoptarse, se frustré en la práctica lo que se decida judicialmente en su día²⁰⁴”.

El legislador fue consciente de que la duración de un procedimiento de mediación, aun siendo menor que la del proceso, podría causar diversos perjuicios que impedirían la eficacia del acuerdo adoptado. La LM ha reaccionado previendo que la solicitud de medidas cautelares –y otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos– sea la única tutela judicial que pueda solicitarse de un tribunal respecto del objeto de la mediación, durante el desarrollo de ésta (art. 10. 2 LM). Esto supone una novedad respecto al RDM, que no concebía la posibilidad de adoptar ninguna medida de aseguramiento. De hecho, esta facultad no se encontraba recogida en el PLM. La inclusión de esta previsión fue realizada por el Grupo Parlamentario Popular durante el trámite de enmiendas en los siguientes términos: “Las partes en conflicto actuarán conforme a los principios de buena fe y respeto mutuo. 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, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de derechos”; alegando como justificación la necesidad “de establecer una salvaguarda ante situaciones de urgencia²⁰⁵”. En el trámite de enmiendas en el Senado, el Grupo Parlamentario Popular perfiló la enmienda anteriormente aceptada, proponiendo que se incluyese la pérdida irreversible de “bienes” junto a los derechos, justificando esta modificación en que “las medidas cautelares pueden referirse también a bienes, por lo que debe efectuarse su inclusión en este precepto²⁰⁶”. Esta última enmienda fue aprobada y el precepto quedó redactado en los términos conocidos actualmente.

Ahora bien, este es el único precepto relativo a la adopción de medidas cautelares durante el procedimiento de mediación que contiene la LM, mientras que la LEC tampoco ha registrado ninguna modificación para adaptar la previsión del art. 10. 2 LM. Esta parquedad regulatoria se traduce en distintos obstáculos que surgirán a la hora de adoptar las cautelares durante la mediación, como se expondrá *infra*. Coincidimos con RODRÍGUEZ TIRADO cuando señala que la incorporación sobrevenida de esta previsión en

²⁰⁴ AAP de Gerona (Sección 2ª) núm. 47/2006, de 21 de marzo (JUR\2006\266540).

²⁰⁵ Enmienda núm. 59, BOCG núm. 6 - 7, de 24 de mayo de 2012.

²⁰⁶ Enmienda núm. 117, BOCG núm. 70, de 13 de junio de 2012.

el trámite de enmiendas impidió evaluar la trascendencia de la medida y detectar los fallos de la regulación general de las medidas cautelares del proceso civil²⁰⁷.

La configuración del art. 10. 2 LM arroja cierta semejanza con el art. 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional²⁰⁸, si bien en este caso sólo se refiere a la protección de derechos, siendo ésta también la única referencia que prevé la norma modelo sobre las medidas. Asimismo, los distintos reglamentos sectoriales del ámbito de la mediación familiar tampoco prevén nada al respecto, aunque lo extraño habría sido lo contrario, ya que la legislación procesal es materia exclusiva del Estado (art. 149. 1. 6ª CE)²⁰⁹.

2. Instrumentalidad

La instrumentalidad es la nota más definitoria y característica de la tutela cautelar²¹⁰, que junto a la accesoriedad y provisionalidad, deben ser garantizadas “suficientemente con normas adecuadas²¹¹”. Así, las medidas cautelares son instrumentos para garantizar la efectividad de la sentencia o el laudo arbitral. Sin embargo, cabe plantearse si las cautelares se dictan con vistas a asegurar el eventual acuerdo de mediación que se adopte, o bien se acuerdan en apoyo de un posterior proceso judicial, en el caso de que aquélla fracase. A priori, esta cuestión puede parecer baladí, mas no lo es desde el momento en que ello puede tener consecuencias para con la eficacia de las mismas²¹².

A este respecto, LÓPEZ SIMÓ apunta que las medidas son adoptadas en función de un posterior proceso judicial, que será inevitable si la mediación fracasa. El autor hace

²⁰⁷ “Las medidas cautelares del proceso civil y la mediación”, *Práctica de tribunales*, núm. 107 (2014), pág. 92.

²⁰⁸ “Cuando las partes hayan acordado recurrir a la conciliación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, en un determinado plazo o mientras no se produzca cierto hecho, ningún procedimiento arbitral o judicial con relación a una controversia existente o futura, el tribunal arbitral o de justicia dará efecto a ese compromiso en tanto no se haya cumplido lo en él estipulado, salvo en la medida necesaria para la salvaguardia de los derechos que, a juicio de las partes, les correspondan. El inicio de tal procedimiento no constituirá, en sí mismo, una renuncia al acuerdo de recurrir a la conciliación ni la terminación de ésta”.

²⁰⁹ No obstante, la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco, como la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar de Andalucía, prevén la posible adopción de medidas provisionales dentro del procedimiento sancionador al mediador que cometa una infracción.

²¹⁰ DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, op. cit., pág. 386

²¹¹ Parágrafo XVIII de la Exposición de Motivos de la LEC.

²¹² Piénsese en el caso de las medidas solicitadas con carácter previo a la demanda y a la mediación. Dependiendo de cómo entendamos las medidas cautelares, éstas perdurarán o no.

hincapié en que la LEC sólo se refiere a la posibilidad de adoptar medidas cautelares en apoyo de un proceso judicial o arbitral que se haya iniciado, o esté próximo a ello. Junto a esto, considera que las cautelares chocan con el carácter “amistoso” que impregna la mediación, por lo que será más acorde conseguir el mismo efecto a través de unos acuerdos provisionales entre las partes²¹³. Debemos entender este carácter “amistoso” no como la existencia de una relación cordial, sino como la intención de resolver consensuadamente una determinada controversia; por ello, resulta comprensible *prima facie* esta contradicción entre medidas cautelares y mediación, pues necesariamente aquéllas nacen para asegurar la efectividad de la pretensión de la parte, por lo que se antojan innegables las connotaciones de desconfianza que se desprenden de la solicitud de las medidas cautelares.

Sin embargo, no acabamos de ver las consideraciones apuntadas por LÓPEZ SIMÓ. No cabe duda de que las medidas cautelares tienen como fin primordial asegurar la efectividad de la tutela otorgada por una resolución dictada por el juez (art. 721. 1 LEC); pero también es cierto que pueden adoptarse con la finalidad de asegurar la efectividad del laudo dictado por el árbitro, aunque ni la LEC ni la LA utilicen fórmulas directas o claras para expresar qué se asegura con las medidas adoptadas en el marco de un proceso arbitral²¹⁴. Por su parte, la LM opta por una fórmula abierta, pues podrán solicitarse las medidas “para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos” (art. 10. 2 LM).

La pregunta es: ¿para qué deben protegerse esos “bienes y derechos”? Evidentemente, para garantizar la futura satisfacción del derecho del solicitante de las medidas cautelares. LÓPEZ SIMÓ señala que, durante un procedimiento de mediación, las cautelares se dictan para apoyar un posible proceso posterior, pero ¿y si no hay ese proceso sino que se ha llegado a un acuerdo? En tal caso, ¿las medidas que se hayan

²¹³ “Las partes en la mediación”, *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española*, Coords. LÓPEZ SIMÓ, F. y GARAU SOBRINO, F.F., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 208 - 209. En esta línea, MARTÍN DIZ añade que “desestimo la posibilidad de utilizar el término ‘medidas cautelares’, por cuanto lo considero indisociable a la dinámica del proceso judicial, y por ello no apropiado para otra vía, extrajudicial, de resolver conflictos como es la mediación, más aún cuando en mediación, las medidas asegurativas a adoptar dependerán única y exclusivamente de la voluntad de las partes intervinientes, tanto en su decisión como en la ejecución de las mismas” [“Mediación en derecho privado: nuevas perspectivas prácticas”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 33 (2014), pág. 12].

²¹⁴ La Exposición de Motivos de la LA reconoce “la posibilidad de que se acuerden judicialmente medidas cautelares respecto de una controversia sometida a arbitraje” (párrafo III), huyendo de la fórmula “finalista” del art. 721. 1 LEC, cuando señala que las cautelares se adoptarán “para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare”.

adoptado no servirían de nada? ¿O sirven para asegurar la efectividad del acuerdo de mediación adoptado entre las partes? La cuestión es complicada de dirimir, máxime cuando el art. 10. 2 LM no dice qué finalidad tiene la protección de los “bienes y derechos” mediante medidas cautelares durante el transcurso de la mediación.

El quid de la cuestión radica en que las medidas cautelares no sólo se encuentran vinculadas al proceso, sino concretamente a las pretensiones que en él se ejercitan²¹⁵, pues la medida debe “ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria” (art. 726. 1. 1º LEC). Así, esta eventual tutela judicial otorgada lo será por la previa existencia de una demanda, en la cual debe fijarse con claridad y precisión lo que se pide (art. 399 LEC)²¹⁶. Igualmente, los procedimientos arbitrales prevén la presentación de una demanda que, entre otros extremos, debe especificar las pretensiones del demandante (art. 29 LA). Por tanto, debe existir una cierta correlación entre las pretensiones del actor y la medida cautelar.

Sin embargo, ello no sucede en la mediación. Recordemos que la dicotomía demandante - demandado desaparece en la mediación, siendo sustituida por partes en conflicto situadas en una posición de igualdad²¹⁷, que voluntariamente intentan arreglar una controversia (art. 1 LM). No hay demanda, sino solicitud de inicio, bien de mutuo acuerdo, bien a instancia de una parte (art. 16. 1 LM); no hay exposición de las pretensiones, sino comunicación del “objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación” [art. 19. 1. c) LM]. No obstante, supondría una muestra de ignorancia negar que en la mediación no hay una pretensión por una de las partes. Pero, en principio, cuando un sujeto acude al órgano judicial espera una estimación íntegra de su pretensión; en cambio, el ánimo es diferente en mediación, pues para el verdadero éxito de aquélla, los mediados deben estar dispuestos a ceder en algún punto, ya que ambos suelen tener intereses que buscan ser satisfechos. Así, compete a las partes, acompañadas de la orientación del mediador –que tendrá la formación adecuada para ello–, definir la materia

²¹⁵ MALLANDRICH MIRET, N., *Medidas cautelares y arbitraje*, Ed. Aterlier, Barcelona, 2010, pág. 91.

²¹⁶ Recordemos que las sentencias deben ser congruentes con las pretensiones deducidas en la demanda, pues la falta de congruencia conlleva una violación del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva [STC núm. 91/1989, de 16 mayo (RTC 1989\91)]. En consecuencia, el art. 732. 1 LEC establece que “la solicitud de medidas cautelares se formulará con claridad y precisión”.

²¹⁷ En este caso, no debemos entender ésta como una igualdad de armas, sino de posiciones. Las partes son mediados, no demandante y demandado.

que será objeto de la controversia, de manera que la flexibilidad de este tipo de procedimientos permitirá contemplar la naturaleza poliédrica de aquélla, lo cual posibilita cohesionar intereses aparentemente irreconciliables²¹⁸; es decir, en la mediación, el objeto viene determinado por un desacuerdo entre dos o más personas²¹⁹, las cuales tienen un ánimo de solventar el conflicto mediante un acuerdo, intentando buscar puntos de encuentro e intereses para ello; no sucede así en el proceso judicial o arbitral, cuando la actitud de las partes les impide resolver de manera consensuada un conflicto. Por esta razón, el *animus* del planteamiento de estos mecanismos es diferente: mientras en el proceso una parte exige el respeto o cumplimiento de un determinado derecho, sin atender al interés de la otra parte, en la mediación el objeto es “puesto sobre la mesa” para que los mediados intenten cohesionar sus intereses²²⁰.

Por todo ello, encontramos complicado configurar la instrumentalidad de las medidas cautelares. De hecho, el juez precisará una pretensión inicial para poder adoptar o no la medida solicitada. Sin embargo, no debemos perder de vista que las medidas cautelares “tienen como finalidad proteger el derecho de los interesados con carácter preventivo para evitar el daño que pudiera producirse durante la tramitación del proceso²²¹”. Conforme a esta concepción, podríamos considerar que las medidas cautelares no se dictan ni en apoyo del proceso judicial, ni del acuerdo de mediación y su ejecución; se dictan en apoyo del derecho del interesado, fin último de aquéllas.

3. Incidencia de la mediación en los requisitos de las medidas cautelares

3. 1. *Periculum in mora*

El primero de los requisitos exigidos para la adopción de una medida cautelar es la concurrencia de un peligro por la mora procesal. Así lo contempla el art. 728. 1 LEC,

²¹⁸ TORRADO TARRÍO, C., “Artículo 19. Sesión constitutiva”, *op. cit.*, pág. 209.

²¹⁹ ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R., “La dinámica del conflicto”, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Dir. SOLETO MUÑOZ, H., y Coords. CARRETERO MORALES, E., y RUIZ LÓPEZ, C., Ed. Tecnos, Madrid, 2013, pág. 148.

²²⁰ Sólo hay que observar cómo están conformados los objetos en el proceso judicial y en la mediación. En el primero, vendrá determinado por una pretensión realizada por una de las partes, entendida como una petición fundada, y dirigida a órgano judicial, frente a otra persona (MONTERO AROCA, J., *El proceso civil: Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 538), mientras que en el segundo son las partes quienes, de común acuerdo, deciden qué materias se someten a mediación. Así pues, se antoja la mediación, en el ámbito del conflicto, como una forma de excluir o evitar el proceso (BONET NAVARRO, A., “Acuerdo de mediación y proceso civil”, *Proceso Civil y Mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Dir. BONET NAVARRO, A.; Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 78).

²²¹ STS (Sala de lo Civil) núm. 12/2000, de 22 enero (RJ\2000\60).

al decir que “sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria”. Tal es la importancia de este requisito que se considera el fundamento de las medidas cautelares, su razón de ser²²², el cual implica que el actor puede sufrir un perjuicio por el transcurso del tiempo²²³. De esta manera, con la medida cautelar se pretende que la dilación temporal no altere el estado fáctico que debe ser mantenido durante la sustanciación del proceso²²⁴.

Al configurar este requisito, debe hacerse hincapié en que corresponde al actor justificar, en el caso concreto, situaciones que impidan o dificulten la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. La redacción del precepto resulta genérica, por lo que es necesario acudir a la jurisprudencia para delimitar su contenido. De esta manera, el *periculum in mora* debe configurarse “con carácter objetivo, como probabilidad concreta de peligro para la efectividad de la resolución, no en términos subjetivos de creencia o temor del solicitante en la existencia de peligro²²⁵”. Por tanto, se exige que el riesgo que amenaza la eficacia del proceso y, por ende, de la sentencia –o acuerdo de mediación– sea concurrente, posible y probable, “pero no un temor abstracto a que el eventual fallo estimatorio pueda en su día resultar inejecutable por circunstancias causales o provocadas derivadas del transcurso del tiempo, sino un peligro concreto *ad causam* por las circunstancias tanto objetivas como subjetivas que rodeen la situación material controvertida²²⁶”.

Ahora bien, la existencia de este peligro no requiere justificar una difícil o imposible ejecución, sino la presencia de dificultades o trabas para ejecutar la sentencia estimatoria²²⁷, bastando una razonable probabilidad o verosimilitud de que se surjan aquéllas, “debiendo concederse al órgano judicial cierto margen de discrecionalidad para

²²² Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, op. cit., pág. 392.

²²³ OSORIO ACOSTA, E., *Las medidas cautelares en el proceso civil español*; Ed. Juruá, Lisboa, 2014, pág. 60.

²²⁴ OSORIO ACOSTA, E., *Las medidas cautelares en el proceso civil español*, op. cit., pág. 61.

²²⁵ ATS (Sala de lo Civil), de 3 de mayo de 2002 (RJ\2002\7788); AAP de Granada (Sección 4ª) núm. 140/2012, de 2 de noviembre (JUR\2013\102744).

²²⁶ AAP de Madrid (Sección 25ª) núm. 11/2010, de 19 de enero (JUR\2010\105986); en la misma línea, AAP de Barcelona (Sección 1ª) núm. 235/2012, de 9 de octubre (JUR\2012\372798).

²²⁷ AAP Las Palmas (Sección 3ª) núm. 109/2008, de 6 mayo (JUR\2008\243914); AAP de Córdoba (Sección 2ª) núm. 5/2003, de 27 enero (JUR\2003\45252).

valorar las circunstancias concurrentes de las que resulte el *periculum in mora*²²⁸”. Esto se traduce en que este requisito exige una concreción probable en el caso concreto, debiendo el solicitante justificar su concurrencia; de tal forma que si no puede justificarlo, la medida cautelar no podrá ser acordada. Este presupuesto debe interpretarse de forma flexible, pero sin que puedan utilizarse fórmulas estereotipadas²²⁹ o basarse en una mera hipótesis; es decir, no valdrá con una mera alegación, sino que será necesario acreditar el *periculum in mora* con la pertinente proposición de prueba para ello²³⁰.

La jurisprudencia se ha encargado de ofrecer distintas tipologías de *periculum in mora*²³¹, si bien la más interesante en relación a nuestra materia es de construcción doctrinal, la cual distingue entre *periculum in mora* objetivo y subjetivo²³², entendido el primero como el riesgo para la efectividad de la sentencia o acuerdo de mediación que deriva del mero transcurso del tiempo necesario para la tramitación del proceso, mientras que el segundo consiste en el peligro que la actuación del demandado pueda hacer inviable la efectividad de la sentencia o acuerdo²³³.

En principio, la solicitud de una medida cautelar choca con la propia finalidad del procedimiento de mediación, ya que la buena fe durante el procedimiento, la confianza recíproca entre las partes y el cumplimiento voluntario del acuerdo son pilares de la

²²⁸ AAP de Granada (Sección 4ª) núm. 144/2002, de 29 de octubre (AC\2002\1832).

²²⁹ GARBERÍ LLOBREGAT, J., “Parte General. Medidas cautelares y proceso cautelar”, *Las Medidas Cautelares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Dir. GARBERÍ LLOBREGAT, J., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012, págs. 76 - 77.

²³⁰ PÉREZ DAUDÍ, V., “Los criterios jurisprudenciales de adopción de las medidas cautelares”, *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 1 - 2 (2007), pág. 97.

²³¹ La AAP de Córdoba núm. 5/2003 ofrece la clasificación más significativa, distinguiendo entre: a) riesgos que amenazarían la posibilidad práctica de la efectividad de una sentencia en sentido genérico, por colocarse el demandado en situación de no poder cumplirla; b) riesgos que amenazarían la efectividad de la sentencia en el supuesto de una ejecución específica; c) riesgos que amenazarían la efectividad de la ejecución en cuanto que, de no adaptarse las medidas cautelares oportunas, transcurriría el tiempo y, llegado el momento de la ejecución de la sentencia estimatoria de la pretensión del actor, éste podría encontrarse en una situación irreversible; d) riesgos que amenazarían la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia [AAP de Córdoba (Sección 2ª) núm. 5/2003, de 27 de enero (JUR\2003\45252)]. Asimismo, la jurisprudencia también ha hecho la distinción entre peligro de infructuosidad –peligro de que el derecho no sea satisfecho– y peligro de demora o tardanza –la duración del tiempo puede perjudicar y el derecho ser satisfecho demasiado tarde– [AJM de Madrid, de 19 de junio de 2013 (JUR\2013\218843); AAP de Pontevedra (Sección 6ª) núm. 251/2010, de 8 de noviembre (JUR\2011\55572)]. Probablemente, estas son las dos clasificaciones de construcción jurisprudencial más destacadas.

²³² PÉREZ DAUDÍ, V., “Los criterios jurisprudenciales de adopción de las medidas cautelares”, *op. cit.*, pág. 97; OSORIO ACOSTA, E., *Las medidas cautelares en el proceso civil español*, *op. cit.*, pág. 61.

²³³ PÉREZ DAUDÍ, V., “La adopción de las medidas cautelares para asegurar la efectividad de la mediación”, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Dir. SOLETO MUÑOZ, H., y Coords. CARRETERO MORALES, E., y RUIZ LÓPEZ, C., Ed. Tecnos, Madrid, 2013, pág. 330.

mediación²³⁴. Sin embargo, la distinción entre el *periculum in mora* objetivo y subjetivo obliga a dispensar un tratamiento distinto, por lo que la perspectiva puede cambiar.

Respecto al *periculum in mora* subjetivo, consideramos que difícilmente una medida cautelar casa con este requisito en el marco de una mediación. Ésta se caracteriza por la existencia o concurrencia de una confianza mutua entre las partes, basada en la lealtad, buena fe y respeto mutuo con las que se acude y actúa en un procedimiento de mediación (art. 10. 2 LM), que se traduce en un sometimiento voluntario a dicho medio para solventar el conflicto surgido entre las partes, adoptando un acuerdo. La solicitud de una medida cautelar basada en un riesgo de que la otra parte lleve a cabo actuaciones para impedir la correcta efectividad del acuerdo elimina la relación de confianza y buena fe que debe presidir toda mediación, por lo que debe presumirse que finalizará sin acuerdo alguno. De esta forma, ante la petición de unas medidas cautelares a instancia de uno de los mediados, el órgano judicial difícilmente podrá acordarlas, ya que supondrá una ardua tarea para el interesado justificar las situaciones que impidan o dificulten la efectividad. Es decir, llega a resultar esquizoide que, por un lado, las partes inicien voluntariamente una mediación, con un ánimo de solucionar consensuadamente la controversia, basado en una relación de confianza y buena fe entre ellas, y por otro lado, soliciten unas cautelares debido a las posibles actuaciones torticeras del perjudicado por las medidas, lo cual denota precisamente una falta de confianza. Por tanto, la apreciación de un *periculum in mora* subjetivo y el inicio de una mediación son conceptos antagónicos. ¿Cómo podría el solicitante justificar la existencia de un peligro derivado de posibles actuaciones injustas del perjudicado y, a la par, comenzar un procedimiento de mediación? Ciertamente que a los jueces se les permite un cierto margen de discrecionalidad en aras de apreciar un posible peligro²³⁵, pero se exige una acreditación mediante prueba o dato de su existencia²³⁶, extremo que se antoja complicado desde el momento en que las partes deciden acudir voluntariamente a mediación. Esta situación implica que la confianza y la desconfianza concurren en una ecuación en la que sólo debe estar presente una de las dos variables.

²³⁴ PÉREZ DAUDÍ, V., “La adopción de las medidas cautelares para asegurar la efectividad de la mediación”, *op. cit.*, pág. 330.

²³⁵ AAP de Granada (Sección 4ª) núm. 144/2002, de 29 de octubre (AC\2002\1832).

²³⁶ AAP de Barcelona (Sección 17ª) núm. 89/2006, de 5 de abril (JUR\2006\241068).

No obstante, consideramos que existe una excepción a esta reflexión en aquellos supuestos en que las partes se hayan comprometido, mediante pacto, a someter cualquier controversia a mediación. A pesar de que la LM consagra la voluntariedad como un principio de la mediación, el art. 6. 2 LM dispone que “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. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste²³⁷”. De hecho, el compromiso de sometimiento a mediación impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que ésta se desarrolle, siempre que la parte interesada lo invoque mediante declinatoria (art. 10. 2 LM).

En atención a esto, en aquellos supuestos en que exista un compromiso de acudir a mediación, y a efectos de evitar la interposición de una declinatoria que dilate más de lo necesario el intervalo temporal, queda justificado que el actor solicite una medida cautelar alegando la concurrencia de un *periculum in mora* subjetivo. Así, el demandante iniciará el procedimiento de mediación a los únicos efectos de cumplir con un trámite previo antes de interponer la demanda, aunque luego no se mantenga en él, ni llegue a acuerdo alguno; todo ello con el fin de evitar la dilación innecesaria ante el planteamiento de la potencial declinatoria por el demandado, y siempre que el peligro quede acreditado.

En estos casos, apreciamos que la solicitud de una medida cautelar basada en un *periculum in mora* subjetivo sí está justificado. Cuando exista un pacto o compromiso de sometimiento a mediación, el intervalo temporal hasta obtener una sentencia estimatoria será mucho mayor, pues a la propia duración del proceso se debe sumar el tiempo que conlleva el procedimiento de mediación²³⁸. Ahora bien, aunque el peticionario considere la mediación como un mero trámite previo para iniciar un proceso judicial, ello no significa que esté exonerado de alegar y probar la existencia de ese riesgo subjetivo.

²³⁷ Vid. capítulo II, epígrafe 2. 1.

²³⁸ HERRERO PEREZAGUA, J. F., “El juez y la mediación”, *Proceso Civil y Mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Dir. BONET NAVARRO, A., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 70.

Por su parte, cuando se trate de un *periculum in mora* objetivo, donde el mero transcurso del tiempo puede provocar la ineficacia de la tutela concedida en la sentencia o del acuerdo de mediación, la adopción de una medida cautelar adecuada para evitar ese peligro supondrá una opción factible. En este caso, la alegación y prueba de una situación que impida o dificulte la ejecución del acuerdo no influirá –o no debería– en la relación de confianza que debe primar el procedimiento, pues la traba o dificultad no se debe a una conducta torticera de la otra parte, sino a un factor exógeno como el transcurso del tiempo. De hecho, no resultará extraño que sean ambas partes las que perciban la necesidad de adoptar una medida cautelar, en aras de garantizar la ejecución²³⁹. En estos casos, incluso las partes podrían bien optar por un acuerdo parcial o medida de aseguramiento de carácter privado²⁴⁰, que podría ser reflejado en la propia acta de constitución²⁴¹, o bien por la solicitud de la medida cautelar con el consecuente allanamiento de la otra parte²⁴².

3. 2. *Fumus boni iuris*

La apariencia de buen derecho es el segundo de los requisitos tradicionales²⁴³, cuya concurrencia es necesaria para proceder a la adopción de una medida cautelar. El art. 728. 2 LEC lo recoge del siguiente modo: “El solicitante de medidas cautelares

²³⁹ Piénsese en el siguiente supuesto: un sujeto –comitente– encarga a otro –comisionista– la obtención y compra de 200 kg de un tipo especial de semillas de cebolla para la temporada de la siembra, indicando en el contrato que cualquier controversia que surja la someterán a mediación. Una vez el comisionista las ha obtenido, surge una disputa entre éste y el comitente acerca del precio, sin que se pongan de acuerdo. Así, deciden acudir a mediación, pero ambos, conscientes de que el comisionista no tiene la infraestructura adecuada para la custodia y conservación de las semillas –pues las semillas de cebolla pertenecen a una especie delicada–, son sabedores de la necesidad de adoptar una medida cautelar consistente en el depósito de las mismas en un silo adecuado, pues sólo así podrá garantizarse la eficacia del futuro acuerdo o, en su caso, de la sentencia.

²⁴⁰ Lo cual no supondría una medida cautelar, por cuanto que éstas deben ser adoptadas siempre por un tercero, sea juez o árbitro. A este respecto, MARTÍN DIZ propone que sea el mediador quien acuerde las “medidas cautelares” en el procedimiento de mediación, al igual que hace el árbitro en el arbitraje (art. 23 LA), siempre que las partes otorgasen su consentimiento al respecto en el acta de constitución (*La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación; Madrid, 2010, págs. 121 - 122). Sin embargo, no podemos coincidir con esta propuesta, ya que supone una desvirtuación de la figura del mediador, quien a diferencia tanto del juez como del árbitro, no tiene la facultad de decisión.

²⁴¹ Como señala PÉREZ DAUDÍ, el problema de estos acuerdos provisionales radica en la eficacia de los mismos respecto de terceros. De esta forma, si la medida debe ser aplicada por terceros –por ejemplo, una anotación preventiva de demanda–, no será conveniente acudir al acuerdo provisional (“La adopción de las medidas cautelares para asegurar la efectividad de la mediación”, *op. cit.*, pág. 328). Asimismo, tampoco podrán adoptarse acuerdos contrarios a derecho o prohibidos por ley, aunque tratándose de bienes y derechos disponibles, no debería existir problema (MARTÍN DIZ, F., “Mediación en derecho privado: nuevas perspectivas prácticas”, *cit.*, pág. 13).

²⁴² PÉREZ DAUDÍ, V., “La adopción de las medidas cautelares para asegurar la efectividad de la mediación”, *op. cit.*, pág. 329.

²⁴³ GARBERÍ LLOBREGAT, J., “Parte General. Medidas cautelares y proceso cautelar”, *op. cit.*, pág. 58.

también habrá de presentar con su solicitud los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios de prueba, que deberá proponer en forma en el mismo escrito”. La configuración que hace la LEC de este requisito presenta algunos aspectos bastante interesantes que conviene analizar, aunque sea someramente. Por un lado, corresponde al solicitante presentar las “pruebas” que otorguen cierta viabilidad a la pretensión solicitada; por otro, el juez debe realizar un “juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión”, sin prejuzgar el fondo del asunto; es decir, nos encontramos un doble mandato correlativo dirigido tanto al solicitante como al juez.

Respecto al primero, el peticionario deberá no sólo presentar los datos y argumentaciones que fundamenten su pretensión, sino que habrán de aportarse las justificaciones documentales pertinentes “que conduzcan al juicio de provisionalidad tan deseado²⁴⁴”. Por tanto, el solicitante debe alegar y acreditar ese derecho²⁴⁵. La LEC otorga al documento un carácter preferente²⁴⁶, si bien en su defecto, permite que el solicitante pueda proceder a la justificación de su reclamación por otros medios de prueba, que deberá proponer en forma en el mismo escrito (arts. 728. 2 y 732. 2 LEC)²⁴⁷. No obstante, la prueba no tiene que ser necesariamente rigurosa, sino sólo justificar que existe una apariencia de buen derecho que permite dar crédito inicialmente a la reclamación del actor²⁴⁸; es lo que Díez-PICAZO GIMÉNEZ denomina “prueba semiplena” que acredite indiciariamente el fundamento de la situación jurídica cautelable y permita al tribunal un juicio de verosimilitud aparente de la pretensión²⁴⁹.

²⁴⁴ AAP de Madrid (Sección 9ª) núm. 38/2005, de 28 febrero (AC\2005\341).

²⁴⁵ AAP de Madrid (Sección 21ª) núm. 42/2004, de 27 abril (AC\2004\1654).

²⁴⁶ CALVET BOTELLA, J., “Medidas cautelares civiles”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1935 (2003), pág. 450.

²⁴⁷ Esto supone una novedad con respecto a la LECA, que sólo permitía la presentación de documentos para solicitar medidas cautelares. La actual LEC ha optado por un criterio más amplio, pero ello “no supone que baste cualquier relato de hechos para que puedan adoptarse tales medidas”, sino que será necesaria “una interpretación racional y coherente, comprensiva del análisis crítico del material aportado, que conduzca a la creencia fundada del previsible éxito de la pretensión, y sin que ello prejuzgue el resultado del pleito, ya que, posteriormente, se ha de hacer una nueva y completa valoración del material probatorio –de todo él– en la sentencia que ponga fin a la instancia, sin que el Juez quede vinculado con la valoración efectuada en la resolución que resuelva sobre las medidas cautelares” [AAP Granada (Sección 4ª) núm. 73/2005, de 25 abril (AC\2005\1001)].

²⁴⁸ AAP Barcelona (Sección 1ª) núm. 37/2012, de 20 de febrero (JUR\2012\102529).

²⁴⁹ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, op. cit., pág. 393.

Precisamente, esta acreditación debe conducir a fundar un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión, pero sin llegar a prejuzgar el fondo del asunto, juicio que conforma el segundo mandato previsto en este requisito de *fumus boni iuris*. Esto implica que, en primer lugar, se trata de una valoración provisional sobre el fondo de la cuestión controvertida, por el cual corresponde al órgano judicial aventurar si existe un porcentaje elevado de que la pretensión afirmada en la demanda triunfe o no²⁵⁰. De esta forma, debe valorar las probabilidades de que se estime la pretensión²⁵¹; es decir, debe realizar un “juicio de probabilidad²⁵²”, pero sin olvidar su carácter provisional, pues “la estimación de la tutela cautelar constituye un futuro condicionado, ya que entre la solicitud de las medidas cautelares y la sentencia definitiva ha de transcurrir todo un proceso de declaración y, en particular una fase de prueba²⁵³”.

Ciertamente, la adopción de una medida cautelar puede resultar problemática debido a la dificultad de valorar indiciariamente la pretensión, pero sin prejuzgarla²⁵⁴. Debe ser un juicio superficial, pues si es de mayor calado existirá el riesgo de prejuzgar el fondo del asunto²⁵⁵, pero ello no debe impedir que quede constatada que “la pretensión de la parte solicitante tiene el grado de solidez necesario para justificar la concesión de la tutela cautelar²⁵⁶”. El problema surge cuando debemos valorar cuánta actividad

²⁵⁰ GARBERÍ LLOBREGAT, J., “Parte General. Medidas cautelares y proceso cautelar”, *op. cit.*, pág. 70.

²⁵¹ ATS de 16 mayo 2008 (RJ\2008\4236); AJPI núm. 162/2011, de 30 marzo (AC\2011\180).

²⁵² GUTIÉRREZ BARRENGOIA, A., “Las medidas cautelares en el proceso civil: disposiciones generales”, *Medidas cautelares en el proceso civil*, Ed. Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia Servicio Central De Publicaciones Del Gobierno Vasco, Bilbao, 2007, pág. 32.

²⁵³ AAP Burgos (Sección 3ª) núm. 154/2007, de 9 de abril (AC\2007\1721). Así, este juicio de fondo no tiene carácter definitivo debido a: 1) su instrumentalidad: la vigencia de la medida cautelar se subordina a la vigencia del proceso; 2) la sujeción a la regla *rebus sic stantibus*: se modificará el alcance de la medida cautelar si cambian las circunstancias de hecho tomadas en consideración por el juez (GARBERÍ LLOBREGAT, J., “Parte General. Medidas cautelares y proceso cautelar”, *op. cit.*, pág. 66).

²⁵⁴ A este respecto, resulta interesante este extracto de la AAP Madrid (Sección 11ª) núm. 340/2012, de 18 octubre (JUR\2012\381146): “Ha de reconocerse que la mayor dificultad que presenta la adopción de medidas cautelares es llevar a la práctica lo recogido en el artículo 728. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es realizar, sin prejuzgar, un juicio provisional indiciario, sobre la viabilidad de la pretensión de fondo deducida por quien solicita la medida, juicio provisional que constituye, muchas veces, el fundamento de la decisión adoptada que, necesariamente ha de ser motivada. Si esta motivación es parca, es muy posible que la parte perjudicada por la resolución, invoque la infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si, por el contrario, la motivación es más pormenorizada, es posible que se alegue que la pretensión de fondo ha sido prejuzgada, precisamente uno de los motivos de apelación que aquí invoca la parte apelante”.

²⁵⁵ OSORIO ACOSTA, E., *Las medidas cautelares en el proceso civil español*; *op. cit.*, pág. 68.

²⁵⁶ AAP Madrid (Sección 28ª) de 15 de enero de 2007 (AC\2007\195). En relación con esto, precisa la jurisprudencia que “la expresión «sin prejuzgar el fondo del asunto» no significa otra cosa que la no vinculación del Juez, a la hora de dictar sentencia, a lo decidido en el auto de medidas cautelares, pero no que no deba realizarse un juicio provisional e indiciario, pero serio, de la cuestión de fondo discutida, con

probatoria será necesaria²⁵⁷, pues debe ser suficiente para ofrecer un juicio indiciario estimatorio, ya que no debemos olvidar que la práctica de la prueba a efectos de acreditar la pretensión, para su consecuente estimación, se producirá posteriormente. Ahora bien, podemos considerar que la intensidad probatoria dependerá, principalmente, de dos elementos: 1) la medida cautelar concreta que se solicite²⁵⁸: la índole, las características y el alcance de las medidas cautelares solicitadas influirán en la intensidad de la acreditación probatoria²⁵⁹; de esta manera, las cautelares de carácter “anticipatorio” requieren que el *fumus boni iuris* aparezca con mayor rigor que aquéllas que pretenden el mero aseguramiento²⁶⁰; 2) el momento en que se solicite la mediación: cuantos más trámites procesales y más materiales probatorios hayan pasado a formar parte del objeto litigioso, más riguroso debe ser el análisis judicial²⁶¹. A todo ello se une que, mientras mayor complejidad presente la cuestión, más difícil resultará apreciar ese *fumus boni iuris*²⁶².

Sentadas estas consideraciones, debemos preguntarnos cómo incide la mediación en este requisito. La apariencia de buen derecho debe ponerse en relación con el art. 726. 1. 1ª LEC, el cual indica que la medida cautelar debe ser conducente a “hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria” de la pretensión solicitada en la demanda. Por tanto, existe una necesaria correlación entre la medida cautelar y la pretensión contenida en la demanda. La apariencia de buen derecho significa que debe probarse de forma indiciaria el derecho afirmado en la demanda²⁶³. El problema surge desde el instante en que no hay demanda y, en principio, no la habrá. De esta forma, ¿cuál es elemento de referencia para el juzgador?: ¿la pretensión que podrá ser formulada en una futura demanda?, ¿o los

las alegaciones y pruebas que obran en la pieza cautelar” [AAP Sevilla (Sección 6ª) núm. 44/2012, de 20 de marzo (JUR\2012\209306)].

²⁵⁷ OSORIO ACOSTA, E., *Las medidas cautelares en el proceso civil español*; *op. cit.*, pág. 70.

²⁵⁸ GUTIÉRREZ BARRENGO, A., “Las medidas cautelares en el proceso civil: disposiciones generales”, *op. cit.*, pág. 33.

²⁵⁹ AAP de Alicante (Sección 8ª) núm. 25/2011, de 3 de mayo (JUR\2012\45944).

²⁶⁰ AAAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª) núm. 113/2011, de 26 septiembre (JUR\2011\378794); de Pontevedra (Sección 6ª) núm. 21/2012, de 30 enero (JUR\2012\89257). A las medidas anticipatorias se refiere el art. 726. 2 LEC, y son aquéllas que posibilitan la realización de actos que adelantan provisionalmente lo que se pretende en el proceso [AAP de Castellón (Sección 3ª) núm. 76/2012, de 3 mayo (JUR\2012\294653)].

²⁶¹ GARBERÍ LLOBREGAT, J., “Parte General. Medidas cautelares y proceso cautelar”, *op. cit.*, pág. 72.

²⁶² AJM de Barcelona de 13 febrero 2006 (AC\2006\360).

²⁶³ AAP de Madrid (Sección 11ª) núm. 82/2007, de 31 enero (AC\2007\208).

términos de la controversia descritos como objeto de la mediación²⁶⁴? Esta es una disyuntiva que carece de una respuesta categórica, pero no debemos olvidar que, pese a que la finalidad principal de las medidas cautelares consiste en la protección del derecho del interesado con carácter preventivo para evitar el daño que pudiera producirse durante la tramitación del proceso²⁶⁵, las cautelares también permiten garantizar el correcto desarrollo del proceso preservando las posiciones originarias de las partes en tanto se soluciona el litigio²⁶⁶. Por ende, y como ya hemos señalado, si bien algunos apuntan a que las medidas cautelares solicitadas y adoptadas durante una mediación son, en realidad, instrumentales del proceso que eventualmente pudiera surgir²⁶⁷, no es menos cierto que, en el caso de adoptarse un acuerdo de mediación, dichas cautelares habrán servido para garantizar la efectividad del mismo.

Por otro lado, la petición de unas cautelares durante la mediación obligará al tribunal a cerciorarse de la existencia de una controversia real y cierta²⁶⁸, cuya acreditación habrá de aportarse documentalmente o por otros medios²⁶⁹. Por esta razón, consideramos que la principal incidencia de la existencia de la mediación en el presupuesto del *fumus boni iuris*, a la hora de adoptar una medida cautelar, se centra básicamente en la necesidad de probar la existencia del propio procedimiento de mediación. Sin conflicto que justifique bien un proceso judicial, bien un arbitraje o bien una mediación, la tutela cautelar solicitada no puede concederse.

Sin embargo, mayor incidencia puede provocar el supuesto inverso; es decir, la apreciación del *fumus boni iuris* le hace, a primera vista, un “flaco favor” a los procedimientos de mediación, pues no debe perderse de vista que, aunque sea provisional e indiciario, el juez debe realizar un juicio sobre el fondo del asunto, de tal manera que el conflicto pasará a judicializarse²⁷⁰, provocando así un choque con el carácter consensuado

²⁶⁴ HERRERO PEREZAGUA, J. F., “El juez y la mediación”, *op. cit.*, pág. 71. Para el autor, “el elemento de referencia para el juzgador son los términos en que la pretensión se formula o se vaya a formular y no propiamente los de la controversia que se haya descrito como objeto de mediación”.

²⁶⁵ STS (Sala de lo Civil) núm. 12/2000, de 22 enero (RJ\2000\60).

²⁶⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “Arbitraje y justicia cautelar”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, núm. 2007 (2007), pág. 35.

²⁶⁷ HERRERO PEREZAGUA, J. F., “El juez y la mediación”, *op. cit.*, pág. 64; LÓPEZ SIMÓ, F., “Las partes en la mediación”, *op. cit.*, pág. 208.

²⁶⁸ GARBERÍ LLOBREGAL, J., “Parte General. Medidas cautelares y proceso cautelar”, *op. cit.*, pág. 63.

²⁶⁹ *Vid.* capítulo III, epígrafe 4. 2.

²⁷⁰ PÉREZ DAUDÍ, V., “La adopción de las medidas cautelares para asegurar la efectividad de la mediación”, *op. cit.*, pág. 327.

y voluntario que define a la institución de la mediación. La adopción de una medida cautelar no hace sino situar en mejor posición al solicitante, reforzando su postura al considerar que existen visos de que su pretensión prospere, aunque no debe olvidarse que el juicio indiciario y provisional del art. 728. 2 LEC no tiene efecto de cosa juzgada, extremo que ya se ha encargado la jurisprudencia de aclarar suficientemente²⁷¹. Todo ello conduce a una desincentivación manifiesta para resolver el conflicto a través de la mediación.

4. Incidencia de la mediación en el proceso cautelar

4. 1. Competencia judicial y momento de solicitud

4. 1. 1. Mediación extrajudicial

A. Solicitud previa al inicio de mediación

El art. 10. 2 LM recoge que “durante el tiempo en que se desarrolle la mediación” no se puede ejercitar ningún tipo de acción judicial en relación con su objeto, salvo la petición de medidas cautelares u otras medidas urgentes. Sin embargo, la LM no se refiere a la posibilidad de solicitarlas con antelación al mismo procedimiento de mediación. No obstante, desde una perspectiva puramente teórica y pese al silencio legal al respecto, esa posibilidad existe, pues así lo prevé el art. 730. 2 LEC, siempre que el solicitante de las medidas cautelares acredite razones de urgencia o necesidad. Este supuesto es una excepción a la regla general, en virtud de la cual “las medidas cautelares se solicitarán, de ordinario, junto con la demanda principal” (art. 730.1 LEC). De aquí se colige que, debido a su carácter excepcional, la adopción de las mismas con carácter previo al procedimiento de mediación y, por ende, al proceso judicial constituirá un hecho poco común. A ello se añaden los distintos problemas que pueden surgir al respecto, pues tanto la LM como la LEC no indican el cómo y el cuándo²⁷².

Como hemos señalado, la LM no prevé expresamente la adopción de unas cautelares previas a la mediación, a lo que se une la ausencia de cualquier referencia específica al respecto en la LEC. Consecuentemente, el primer problema vendrá marcado por la determinación de la competencia judicial. El art. 723. 1 LEC establece que corresponderá la adopción de las medidas cautelares al tribunal competente para conocer

²⁷¹ STS (Sala de lo Civil) núm. 12/2000, de 22 enero (RJ\2000\60); AAAP de Lleida (Sección 2ª) núm. 28/2014, de 13 febrero (JUR\2014\298195); de Madrid (Sección 11ª) núm. 82/2007 de 31 enero (AC\2007\208);

²⁷² MARTÍN DIZ, F., “Mediación en derecho privado: nuevas perspectivas prácticas”, cit., pág. 12.

de la demanda principal, en los casos en que el proceso no se haya iniciado. Por otra parte, es cierto que la LEC prevé unas reglas especiales para las medidas cautelares en procedimientos arbitrales. Así, podrán solicitarse al órgano judicial la adopción de cautelares con anterioridad a las actuaciones arbitrales, siempre que el peticionario acredite ser parte de un convenio arbitral (art. 722 LEC). Este reconocimiento choca con la previsión del art. 724 LEC, que contiene las normas especiales de competencia para la solicitud de las medidas cautelares estando pendiente un proceso arbitral o la formalización judicial del arbitraje a la que se refiere el art. 15 LA, pero se olvida de procurar la competencia judicial relativa a las medidas cautelares prearbitrales²⁷³. Aunque la LM equipare en algunos casos el arbitraje y la mediación como medios extrajudiciales de solución de conflictos²⁷⁴ –lo que podría justificar que se les aplicasen las mismas normas de competencia especial–, es cierto que el art. 724 LEC no establece ninguna norma específica para las cautelares prearbitrales. De esta manera, la competencia del tribunal para acordar unas medidas cautelares previas a la mediación deberá determinarse conforme a la regla general del art. 723 LEC; es decir, corresponderá acordarlas al tribunal competente para conocer de la demanda principal.

Más complicado resulta el tratamiento procesal de las medidas cautelares previas al procedimiento de mediación. Como se ha señalado, esta posibilidad existe desde una concepción puramente teórica, que parte de la regulación general prevista para las medidas cautelares preprocesales y prearbitrales. En consecuencia, la LEC permite la solicitud de medidas cautelares preprocesales por razones de urgencia o necesidad, siempre que se presente la demanda principal en el plazo de los veinte días siguientes a su adopción. En caso contrario, el Secretario judicial acordará de oficio y mediante decreto el alzamiento o revocación de los actos de cumplimiento que se hubieran realizado, condenando al solicitante en las costas y declarando la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados (art. 730. 2 LEC). Esto plantea dos cuestiones

²⁷³ No obstante, a nuestro juicio, esta ausencia se explica porque, pese a que existe un convenio arbitral, cabe la posibilidad de que las partes resuelvan su controversia por la vía judicial. El art. 11 LA dispone que el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer las materias que se sometan a arbitraje, siempre que así lo invoque el interesado; es decir, si éste no presenta la declinatoria, tácitamente está renunciando al arbitraje en favor de los tribunales. No debe perderse de vista que las reglas para determinar el tribunal competente varían según se trate de un arbitraje o un procedimiento judicial.

²⁷⁴ GUTIÉRREZ BARRENGOA, A., “La tutela cautelar en el procedimiento de mediación”, *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*, Coord. ABEL LLUCH, X., Ed. BOSCH, Barcelona, 2014, pág. 186.

primordiales: ¿qué debe entenderse por urgencia y necesidad? y ¿puede salvarse el requisito de la presentación de la demanda en el plazo de veinte días?

Respecto a la primera cuestión, la LEC no ofrece ninguna explicación sobre qué debe entenderse por urgencia o necesidad, aspectos que el solicitante debe alegar y acreditar para solicitar las medidas cautelares con carácter previo. Sin embargo, conviene realizar una serie de precisiones. Las “razones de urgencia o necesidad” previstas en el art. 730. 2 LEC no deben confundirse con el *periculum in mora* que justifica la adopción de la medida (art. 728.1. LEC)²⁷⁵, ni con las razones de urgencia o compromiso del buen fin que justifican la adopción *inaudita parte*²⁷⁶.

Sentadas estas distinciones, la necesidad o urgencia del art. 730. 2 LEC “ha de relacionarse necesariamente con la existencia de motivos que impidan o dificulten gravemente a la solicitante la presentación inmediata de la demanda iniciadora del procedimiento principal, con la que de ordinario han de solicitarse las medidas cautelares²⁷⁷”. Pero para apreciar este motivo cualificado, no basta con su alegación sino que deberá acreditarse. De esta manera, el peticionario debe demostrar su imposibilidad para presentar la demanda de forma coetánea a la solicitud de las cautelares²⁷⁸.

En el caso de las medidas cautelares *ante causam* en el marco de un procedimiento de mediación, consideramos que las razones de urgencia o necesidad podrían entenderse cumplidas únicamente en los supuestos en los que concurra un pacto de sometimiento a mediación. La tutela cautelar pretende asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria, cuyo cumplimiento puede verse comprometido por la dilación temporal que implica el desarrollo de un proceso. En los casos en que exista un pacto de mediación, el solicitante puede prever que la petición de las medidas cautelares junto con la demanda va a tener como respuesta la presentación de una declinatoria por parte del demandado. Por tanto, ese pacto actúa como obstáculo de

²⁷⁵ AAP de Madrid (Sección 28ª) núm. 12/2010, de 22 de enero (JUR\2010\105203).

²⁷⁶ AJM de Madrid, de 12 de noviembre de 2010 (AC\2010\1841), o AAP Guipúzcoa (Sección 3ª) núm. 100/2010, de 15 de octubre (JUR\2010\416845).

²⁷⁷ AAP de Madrid (Sección 28ª) núm. 12/2010, de 22 de enero (JUR\2010\105203).

²⁷⁸ AAP de Madrid (Sección 28ª) núm. 31/2012, de 24 de febrero (JUR\2012\125441).

interposición de demanda, siendo necesaria una previa solicitud de inicio de mediación que acredite el intento de la misma²⁷⁹.

Ahora bien, la principal dificultad en este supuesto la encontramos en la exigencia de presentar la demanda en los veinte días siguientes a la adopción de las referidas medidas cautelares. Objetivamente hablando, será prácticamente imposible cumplir con este requisito, pues requerirá el previo intento de mediación y posterior presentación de la demanda, lo que supondrá un plazo mayor del establecido²⁸⁰. De esta forma, cuando la demanda no sea presentada, el Secretario judicial, de oficio, acordará el alzamiento o revocación de las medidas cautelares adoptadas. Esta exigencia está prevista para que una solución temporal no se convierta en perdurable²⁸¹.

Algunos autores han apuntado que este obstáculo se entiende salvado a través de la aplicación del art. 4 LM, que prevé la suspensión de la prescripción o caducidad de las acciones desde la fecha en que conste la recepción de la solicitud de inicio de la mediación, o el depósito de aquélla ante la institución de mediación²⁸². En consecuencia, el inicio del procedimiento de mediación suspendería el cómputo del plazo para presentar la demanda desde la fecha indicada en el art. 4 LM²⁸³. Sin embargo, no podemos estar de

²⁷⁹ Será suficiente con que concurra la solicitud de inicio del procedimiento, con la consecuente inasistencia de cualquiera de las partes a la sesión informativa, para que pueda darse por terminada la mediación (art. 17 LM).

²⁸⁰ Conforme al informe “*Rebooting*” the Mediation Directive..., el promedio de duración de una mediación en España es de cincuenta días, contados desde el momento en que se solicita el inicio del procedimiento hasta el momento en que éste finaliza, ya sea con acuerdo o sin él (págs. 123 - 124). No obstante, también resulta revelador el articulado de, entre otros, el Reglamento interno del Centro de Mediación de la Cámara de Comercio de Badajoz, el cual prevé que entre la presentación de la solicitud ante el Centro y la sesión informativa, cuya inasistencia conllevaría el desistimiento, pueden llegar a transcurrir más de quince días (art. 54. 5º y 6º). Por ejemplo, el Reglamento del Servicio de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles de la Cámara de Comercio de Avilés calcula unos diez días entre solicitud y sesión informativa, y un periodo orientativo de todo el procedimiento de un mes de duración (art. 7. III). En líneas parecidas se expresan el Reglamento del Servicio de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles de la Corte Aragonesa de Arbitraje y Mediación (art. 7. III), el Reglamento del Servicio de Mediación de la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de Gijón (art. 7. III), el Reglamento del Servicio Andaluz de Mediación (art. 7. III), o el Reglamento del Centro de Mediación de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Santa Cruz de Tenerife (art. 8. III), que prevén un periodo orientativo de duración del procedimiento que oscila entre uno y dos meses, así como un lapso de entre diez y quince días entre el momento de la solicitud de la mediación y el momento de la celebración de la sesión informativa. Por otra parte, llama poderosamente la atención que ninguno de los reglamentos contenga una referencia, directa o indirecta, a la facultad de los mediadores para pedir unas medidas cautelares

²⁸¹ HERRERO PEREZAGUA, J. F., “El juez y la mediación”, *op. cit.*, pág. 67.

²⁸² HERRERO PEREZAGUA, J. F., “El juez y la mediación”, *op. cit.*, pág. 67; LÓPEZ SIMÓ, F., “Las partes en la mediación”, *op. cit.*, pág. 211; o PÉREZ DAUDÍ, V., “La adopción de las medidas cautelares para asegurar la efectividad de la mediación”, *op. cit.*, pág. 327.

²⁸³ LÓPEZ SIMÓ, F., “Las partes en la mediación”, *op. cit.*, pág. 212.

acuerdo con esta postura. Debemos entender que la presentación obligatoria de una demanda se trata de un acto procesal, concebido éste como el acto jurídico que se realiza en el seno y como parte de un proceso y que produce efectos en ese ámbito²⁸⁴, que ha de cumplirse dentro de un determinado plazo de caducidad, transcurrido el cual precluye²⁸⁵.

Por el contrario, el art. 4 LM alude a la suspensión de la caducidad o prescripción de acciones, entendidas como el medio o poder que compete a la persona para pedir la protección judicial de lo que cree su derecho²⁸⁶. Así, el precepto alude a un instituto totalmente distinto al acto procesal. La acción tiene un sustrato o raíz en el derecho sustantivo, mientras que el acto procesal nace en el seno del proceso, y de la necesidad de su desarrollo, lo que conduce a la imposibilidad de aplicar el art. 4 LM en relación con el art. 730 LEC.

En lugar de esta solución propuesta por la mayoría de la doctrina, apreciamos que resulta más adecuada una aplicación analógica (art. 4. 1 CC) del apartado tercero del art. 730 LEC, el cual elimina el requisito temporal de veinte días en los supuestos de formalización judicial del arbitraje o de arbitraje institucional²⁸⁷. Así, para el mantenimiento de la medida cautelar bastará con que el solicitante, y beneficiado por ésta, lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral. En este supuesto queda justificada la equiparación entre arbitraje y mediación como ADR, extremo ampliamente referenciado en la propia LM²⁸⁸. Ambos se configuran como métodos extrajudiciales de resolución de conflictos, por lo que existe una identidad en cuanto a la finalidad pretendida, esto es, la solución de una controversia. De esta manera, la aplicación del art. 730. 3 LEC a los supuestos de

²⁸⁴ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal. Introducción*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pág. 325; o MONTERO AROCA, J., *El proceso civil: Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución*, *op. cit.*, págs. 407 - 408.

²⁸⁵ AAP de Asturias (Sección 7ª) núm. 102/2006, de 25 de julio (JUR\2007\32213); AAP de Cádiz (Sección 2ª), de 5 de mayo (AC\2003\1019).

²⁸⁶ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, Ed. EDISOFER, Madrid, 2006, pág. 879.

²⁸⁷ VARELA GÓMEZ, B. J., “Artículo 10. Las partes en la mediación”, *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Dir. CASTILLEJO MANZANARES, R., Coords. ALONSO SALGADO, C. y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 148. El autor propone esta solución para el concreto caso del art. 10. 2 LM; es decir, una vez iniciado el procedimiento de mediación.

²⁸⁸ Si bien no somos, en general, partidarios de esta equiparación, por cuanto son institutos con más diferencias que semejanzas, respecto a su concepto y configuración –así, creemos que el arbitraje se asemeja más al proceso judicial que a la misma mediación–, en este concreto caso cabe una equivalencia de tratamiento, en aras de garantizar el ejercicio de la tutela cautelar, reconocida en el art. 10. 2 LM.

mediación conllevaría que el requisito temporal de veinte días para presentar la demanda no rija una vez que el solicitante ha iniciado las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento de mediación, correspondiendo a aquél notificar al tribunal esta situación, a efectos de que no proceda el alzamiento de las medidas (art. 730. 2 LEC), así como que se acredite la existencia de un compromiso de someter la cuestión a mediación, y que se lleven a cabo las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento de mediación para su mantenimiento.

Nos encontramos con una situación que, desde una perspectiva hipotética, podría llegar a suceder, siempre que se realizase una aplicación analógica de los preceptos relativos al arbitraje (arts. 722 y 730. 3 LEC); sin embargo, desde un plano práctico, consideramos que difícilmente vaya a prosperar la solicitud de unas medidas cautelares preprocesales y “premediales”. Partiendo de la base de que no existe un precepto expreso que así lo admita –y, menos aún, unas normas que desarrollen las especialidades que ello implica–, no debemos perder de vista que la adopción de unas cautelares preprocesales supone una excepción a la regla general cuando concurren unas circunstancias de urgencia o necesidad, que resultarán difícilmente acreditables al ser solicitadas como previas a la mediación²⁸⁹. No obstante, reconocemos que éstas pueden concurrir y, por ende, no estaría de más que el legislador regulase el requisito temporal al respecto²⁹⁰.

B. Solicitud al inicio o durante la mediación

El art. 10. 2 LM faculta a los mediados a solicitar la tutela cautelar durante el desarrollo de la mediación. Con este reconocimiento, llama poderosamente la atención que la LM no haya procedido a la reforma de ningún precepto del Título VI del Libro III de la LEC. Esta ausencia dificulta la adopción y mantenimiento de las medidas cautelares. Conforme a la LM, en cualquier momento antes del acuerdo o acta final, los mediados están facultados para requerir del tribunal competente la adopción de las cautelares²⁹¹.

Reconocida esta facultad, se presenta el problema de determinar el órgano al que las partes deben dirigir su solicitud. El art. 723 LEC establece el criterio general,

²⁸⁹ En este caso, no sería extraño que el juez se preguntase por qué el petionario no presenta directamente una demanda.

²⁹⁰ RODRÍGUEZ TIRADO, A. M^a., “Las medidas cautelares del proceso civil y la mediación”, cit., pág. 95.

²⁹¹ VARELA GÓMEZ, B. J., “Artículo 10. Las partes en la mediación”, *op. cit.*, pág. 148.

otorgando la competencia a los tribunales que estén conociendo del asunto en primera instancia “o, si el proceso no se hubiese iniciado, el que sea competente para conocer de la demanda principal”. A efectos del supuesto estudiado en este epígrafe, el criterio dispuesto en el apartado primero *in fine* del art. 723 LEC es el que nos interesa, pues ningún tribunal está conociendo del asunto. Asimismo, para los supuestos en los que se soliciten unas medidas cautelares estando pendiente un proceso arbitral o la formalización judicial del arbitraje, el art. 724 LEC prevé una regla especial, declarando competente al órgano del lugar donde el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia.

La cuestión radica en determinar la regla a aplicar. Debido a la tendente equiparación que la LM realiza del arbitraje con la mediación, podría pensarse que la opción más idónea sería la prevista en el art. 724 LEC, de tal manera que el tribunal competente fuese el del lugar donde el acuerdo de mediación deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Ahora bien, se plantean varias consideraciones que no permiten la equiparación de ambos institutos a estos efectos. Declarar competente el tribunal donde el acuerdo deba ser ejecutado parece la opción más correcta y coherente, siempre que ese acuerdo llegue a adoptarse. Sin embargo, mientras el arbitraje siempre va a tener como resultado un laudo arbitral, no sucede lo mismo en la mediación, donde las partes pueden bien llegar a adoptar voluntariamente un acuerdo o bien acudir a la vía judicial para la resolución de su conflicto, por lo que el criterio del art. 724 LEC quedaría sin validez²⁹².

La regla del art. 723 LEC encuentra su explicación en tres motivos: 1) la tutela cautelar busca asegurar la eficacia de la tutela judicial otorgada en la sentencia, por lo que la medida entronca con la ejecución de la resolución; así, este criterio asegura que el juez encargado de adoptar la medida cautelar también es competente para la ejecución²⁹³; 2) la regla general opera para los supuestos de un proceso judicial acaecido en el seno del

²⁹² Debemos aclarar que partimos de una concepción de desarrollo ordinario de estos procedimientos. Si las partes han decidido someter su controversia a arbitraje, lo más normal es que no exista un acuerdo mutuo para acudir a la vía judicial y abandonar el arbitraje iniciado. Es decir, si bien resulta extraño que, una vez iniciado el arbitraje, las partes decidan acudir a la vía judicial –lo que no significa imposible–, no sucede lo mismo en mediación, donde si se llega a un punto que impida seguir avanzando, los mediados desistirán para acudir a la vía judicial sin necesidad de consenso entre ellos.

²⁹³ HERRERO PEREZAGUA, J. F., “El juez y la mediación”, *op. cit.*, pág. 70. El tribunal competente de la ejecución será el que conoció del asunto en primera instancia (art. 545. 1 LEC), el cual es competente para dictar las medidas cautelares en primera instancia (art. 723 LEC).

orden jurisdiccional español; respecto a los procesos desarrollados ante tribunales extranjeros –por lo que corresponde a una jurisdicción extranjera– o a los arbitrajes –por lo que corresponde a una jurisdicción privada–, el tribunal de las medidas cautelares no vela por la correcta finalidad del objeto en conflicto, pues compete a otro órgano su resolución; 3) el órgano designado por el art. 723 LEC se encontrará en mejores condiciones para comprobar, analizar y enjuiciar la concurrencia, en el caso concreto, de los presupuestos legalmente exigibles para la adopción de la medida cautelar²⁹⁴. De esta forma, si se otorga la competencia al tribunal del lugar de ejecución del acuerdo o donde deben surtir efectos las medidas, se haría sobre una hipótesis que quizá no acontezca²⁹⁵.

De esta manera, no solo consideramos que será competente el tribunal que deba conocer de la demanda principal cuando alguna de las partes solicite una medida cautelar durante la mediación, sino que tampoco resulta estrictamente necesario prever una norma concreta al respecto. Por tanto, la cuestión de la competencia no presenta una gran problema; distinto será el momento de la solicitud de las medidas cautelares.

Como regla general, las medidas cautelares se solicitan junto a la demanda, considerándose una excepción realizarlo con carácter previo a aquélla, siempre que concurren razones de urgencia o necesidad (art. 730. 1 y 2 LEC). En tales supuestos, el solicitante queda obligado a presentar la demanda en el plazo de veinte días, desde la adopción de las mismas; de no proceder de esta forma, el Secretario alzaré o revocará las medidas, condenando al solicitante en costas, y declarando su responsabilidad por daños y perjuicios. Con esta regulación, la mayoría de la doctrina considera que, en los casos de petición durante una mediación, las medidas cautelares difícilmente van a resultar operativas²⁹⁶. Esto se debe a que la medida solicitada en las mediaciones extraprocesales siempre va a configurarse como un supuesto excepcional del art. 730. 2 LEC, siendo necesaria la presentación de la preceptiva demanda para que no se alcen o revoquen los actos de cumplimiento de aquéllas

²⁹⁴ GARBERÍ LLOBREGAT, J., “Parte General. Medidas cautelares y proceso cautelar”, *op. cit.*, pág. 82.

²⁹⁵ HERRERO PEREZAGUA, J. F., “El juez y la mediación”, *op. cit.*, pág. 70.

²⁹⁶ VARELA GÓMEZ, B. J., “Artículo 10. Las partes en la mediación”, *op. cit.*, págs. 147 - 148; HERRERO PEREZAGUA, J. F., “El juez y la mediación”, *op. cit.*, pág. 69; LÓPEZ SIMÓ, F., “Las partes en la mediación”, *op. cit.*, pág. 211; PÉREZ DAUDÍ, V., “La adopción de las medidas cautelares para asegurar la efectividad de la mediación”, *op. cit.*, pág. 329; SÁNCHEZ MARTÍN, P., “Incidencia de la mediación en el proceso civil”, *Práctica de tribunales*, núm. 98 - 99 (2012), pág. 64.

En este caso, surgirían dos cuestiones a resolver. Por un lado, deberían concurrir las razones de urgencia o necesidad que justificasen la solicitud preprocesal; si por éstas han de entenderse necesariamente la existencia de motivos que impidan o dificulten gravemente la inmediata presentación de la demanda²⁹⁷, ¿qué mejor excusa que la celebración de una mediación como obstáculo a la interposición de la demanda? De esta suerte, la existencia de una mediación justificaría esa razón de urgencia o necesidad, conforme a la configuración que realiza la jurisprudencia. Por otro lado, la demanda debería presentarse en un plazo determinado. Sobre la cuestión, la doctrina mayoritaria aporta como solución el uso del art. 4 LM, aunque no termina de convencernos este recurso, pues encontramos más adecuada una aplicación analógica del art. 730. 3 LM, de tal forma que el plazo de veinte días no rija cuando se haya dado inicio a una mediación, bastando con la mera solicitud ante la institución o mediador propuesto. En nuestra opinión, la aplicación de la suspensión recogida en el art. 4 LM a este caso supone una desvirtuación del mismo precepto, pues se trata de supuestos de naturaleza radicalmente diferente²⁹⁸. Lo que resulta incuestionable es que, si no se optase por una aplicación analógica de alguno de estos preceptos, carecería de sentido –por no decir que resultaría contradictoria– la previsión del art. 10. 2 LM, si luego siempre van a terminar por alzarse las medidas adoptadas²⁹⁹.

Sin embargo, no terminamos de ver la cuestión desde esta perspectiva. El art. 10. 2 LM reconoce que, durante el tiempo en que se desarrolle la mediación, las partes podrán solicitar la adopción de medidas cautelares. De tal manera, se les reconoce la facultad de pedir las medidas desde el inicio del procedimiento hasta el acuerdo o acta final³⁰⁰. En consecuencia, deben entenderse aplicables los preceptos 721-747 LEC, relativos a las medidas cautelares.

²⁹⁷ AAP de Madrid (Sección 28ª) núm. 12/2010, de 22 de enero (JUR\2010\105203). *Vid.* capítulo anterior.

²⁹⁸ *Vid.* capítulo III, epígrafe 4. 1. 1. A.

²⁹⁹ Acertadamente, HERRERO PEREZAGUA considera que “el mantenimiento [de las medidas cautelares] tropieza con lo dispuesto en la norma y es contrario al propósito de que las medidas no se prolonguen convirtiendo en perdurable una solución que ha de ser temporal; el alzamiento comporta una cierta contradicción, pues la solución de las controversias a través de la mediación que alienta el legislador vería mermado su atractivo con el debilitamiento de la posición de quien pretende el aseguramiento de una determinada situación, cuando, en el caso de que optase por el proceso, dispondría de esta posibilidad” (“El juez y la mediación”, *op. cit.*, pág. 67).

³⁰⁰ VARELA GÓMEZ, B. J., “Artículo 10. Las partes en la mediación”, *op. cit.*, pág. 147.

La regla general prevé que las medidas han de solicitarse, de ordinario, junto a la demanda (art. 730. 1 LEC); como excepción a esta norma, podrán solicitarse *ante causam* cuando concurren razones de urgencia o necesidad, siendo necesaria la presentación de la demanda en un plazo de veinte días. Ante esta configuración, podemos comprender que la mayoría de la doctrina haya optado por entender aplicable la previsión relativa a la solicitud de medidas *ante causam* cuando se trata de aquéllas solicitadas durante la mediación, pues no existe demanda ni, por ende, proceso. Sin embargo, entendemos que, aun así, resulta aplicable el art. 730. 1 LEC, sin necesidad de presentar una demanda posterior. Es decir, consideramos que las partes podrán solicitar unas medidas cautelares ante el tribunal competente durante el procedimiento de mediación, sin necesidad de presentar una posterior demanda para su mantenimiento, o apelar a una aplicación analógica bien del art. 4 LM –sobre la suspensión de la caducidad o prescripción de acciones–, o bien del art. 730. 3 LEC –sobre la inaplicación del plazo de veinte días para las medidas prearbitrales–.

La previsión del art. 730. 2 LEC supone un mecanismo para evitar el abuso de derecho en el ejercicio de las medidas cautelares³⁰¹, exigiendo un uso responsable por el beneficiado. Por esta misma razón, en relación con las medidas cautelares prearbitrales, el apartado tercero del art. 730 LEC no exige la presentación de la demanda en ese plazo, aunque sí que se lleven a cabo las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral. De aquí se colige que el hecho determinante no es tanto la presentación de una demanda, sino la concurrencia de un procedimiento pendiente, el cual justifique la adopción de dichas medidas cautelares³⁰². Coherentemente, desde el momento en que se inicia un procedimiento de mediación, no será necesaria la interposición de la demanda, pues ya hay un procedimiento.

Ahora bien, en los procesos judiciales, la litispendencia se identifica con la interposición de la demanda (art. 410 LEC). Por esta razón, cuando el art. 730. 1 LEC se

³⁰¹ La jurisprudencia se ha encargado de resaltar este aspecto. De esta manera, si no se exigiese la necesidad de presentar la demanda en un plazo de veinte días –o de llevar a cabo las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento, en los casos de arbitraje–, se incurriría en el riesgo de que tales medidas cautelares pudiesen utilizarse como una herramienta no conectada necesariamente a la promoción de un proceso principal, y fuesen “utilizadas como simple medio de presión contra aquellos frente a quienes se solicita o un fin en sí mismo que vacíe de contenido el ulterior pleito hasta el punto de que quedara sin contenido o perdiera todo interés para el promotor de la medidas una vez obtenida y ejecutada la tutela cautelar” [AAP de Madrid (Sección 28ª) núm. 12/2010, de 22 enero (JUR\2010\105203)].

³⁰² MALLANDRICH MIRET, N., *Medidas cautelares y arbitraje*, *op. cit.*, págs. 183 - 184.

refiere a la presentación de la demanda, en los casos de mediación habrá de entenderse que la referencia se hace a la solicitud de mediación (art. 16 LM)³⁰³ y no a una eventual demanda. La existencia de dicha mediación acredita la ausencia del abuso de derecho que implican unas medidas cautelares sin un procedimiento.

En conclusión, el apartado primero del art. 730. 1 LEC será perfectamente aplicable para la adopción de unas medidas cautelares durante el procedimiento de mediación. La exigencia de solicitarlas junto una demanda se justifica por el hecho de que exista un proceso pendiente. Pero, al igual que en arbitraje no se exige la presentación de la demanda, sino que basta con el requerimiento a la otra parte para entender que existe un procedimiento arbitral pendiente³⁰⁴, en mediación debe entenderse que la solicitud ante la institución de mediación o ante el árbitro necesario justificará la existencia de un procedimiento pendiente.

4. 1. 2. Mediación intrajudicial

La mediación intrajudicial se suscita y comienza después de que el litigio ya esté en sede de un órgano judicial³⁰⁵; se desarrolla conectada con el proceso y con origen en el mismo³⁰⁶, bien por una derivación del propio juez, bien por propia iniciativa de las partes. La LEC prevé la conexión entre proceso y mediación en varios preceptos mediante el establecimiento tanto de un mandato, como de una facultad.

Por un lado, el Secretario judicial tiene la obligación de informar a las partes de la posibilidad de recurrir a la mediación para solventar la controversia existente entre ellas; de esta forma, el art. 414. 1 LEC, prevé que, en la convocatoria de la audiencia previa, el Secretario judicial “informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a la mediación”, si ello no se hubiera realizado antes. En igual sentido se expresa el art. 440. 1 LEC para los juicios verbales. Si bien esto constituye el mandato referido, la LEC también faculta al órgano

³⁰³ El art. 19 LM indica que el procedimiento comienza con la sesión constitutiva. Sin embargo, la LM reconoce efectos a la misma solicitud de inicio de la mediación –el art. 4 LM prevé la suspensión de los plazos de caducidad y prescripción desde el momento de la solicitud–.

³⁰⁴ MALLANDRICH MIRET, N., *Medidas cautelares y arbitraje*, *op. cit.*, págs. 183 - 184.

³⁰⁵ ORTUÑO MUÑOZ, P., “La mediación civil en el espacio judicial europeo”, *Estado del Arte de la Mediación*, Coords. GORJÓN GÓMEZ, F., y LÓPEZ PELAEZ, A., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 286.

³⁰⁶ MEJÍAS GÓMEZ, J. F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, Ed. El Derecho, Madrid, 2010, pág. 33.

jurisdiccional a invitar a las partes a que lleguen a un acuerdo, mediante un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa, siempre que así lo consideren apropiado en atención al objeto del proceso (arts. 414. 1 y 443. 3 LEC, para juicios ordinarios y verbales, respectivamente).

Cuestión aparte, los propios litigantes podrán solicitar, de común acuerdo, la suspensión del proceso de conformidad con el art. 19. 4 LEC, con el objeto de someterse a mediación (arts. 415. 1 y 443. 3 LEC, para juicios ordinarios y verbales, respectivamente); suspensión que podrá alzarse una vez terminada aquélla, a instancia de cualquiera de las partes, solicitando el señalamiento para la continuación de la audiencia (art. 415. 3 LEC). Sin embargo, la LEC no prevé una regla similar para los juicios verbales, lo que no impide a cualquiera de las partes solicitar el alzamiento de la suspensión cuando así lo estime oportuno (art. 179. 2 LEC)³⁰⁷.

Ahora bien, la mediación intrajudicial puede ser, en algunas ocasiones, contraproducente; para su éxito, jugará un papel importante el ánimo con el que las partes acudan al procedimiento, que normalmente será diferente al propio de la mediación extrajudicial. De hecho, en los casos en que exista una derivación a mediación desde los tribunales, la disposición a la colaboración será nula, partiendo de una sensación de rechazo debido “a un deseo de ganar y vencer al otro³⁰⁸”. Sin embargo, en los casos en que la mediación intrajudicial nazca del consenso de las partes, éstas mostrarán una mayor predisposición a llegar a un acuerdo.

Cuando se inicie un procedimiento de mediación intrajudicial, cabe preguntarse si las partes pueden solicitar la adopción de medidas cautelares. Como ya hemos apuntado, la LM sólo se refiere a las medidas cautelares en el art. 10. 2 LM. Asimismo, recordemos que la LEC no contiene ninguna regla específica sobre las cautelares en un procedimiento de mediación. Por tanto, la adopción de éstas durante el transcurso de una mediación intrajudicial debe regirse por las reglas generales.

³⁰⁷ Conviene aclarar que, a pesar de la denominación y de lo señalado por algunos autores, la mediación intrajudicial no necesariamente tiene su origen en una derivación del juez que conoce del litigio [MAGRO SERVET, V., “La mediación civil y mercantil: ante la última oportunidad en la resolución extrajudicial de los conflictos”, *REVISTA CEF LEGAL*, núm. 158 (2014), pág. 10], sino que, como acabamos de señalar, las partes pueden *motu proprio* suspender el proceso para someter la controversia a un procedimiento de mediación.

³⁰⁸ ORTUÑO MUÑOZ, P., “La mediación civil en el espacio judicial europeo”, pág. 287.

A este respecto conviene realizar varias precisiones. En primer lugar, resultará competente el tribunal que esté conociendo del asunto (art. 723.1 LEC). En este caso, la determinación del tribunal competente resulta más clara y precisa que en los casos anteriores³⁰⁹, debido al hecho de que el asunto ya ha sido sometido al órgano judicial. En segundo lugar, resultará más problemática la cuestión relativa al momento de la presentación de la solicitud de la medida cautelar. A pesar de que la regla general prevea la petición de la medida junto con la demanda principal (art. 730.1 LEC), el apartado cuarto del art. 730 LEC reconoce que “con posterioridad a la presentación de la demanda [...] sólo podrá solicitarse la adopción de medidas cautelares cuando la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos”. Por tanto, la solicitud extemporánea posterior a la demanda supone una excepción, sólo admisible cuando la petición se base en hechos y circunstancias que la justifiquen en ese momento. Ahora bien, la LEC no indica qué hechos y circunstancias justificarían la adopción de las medidas cautelares fuera de tiempo.

Ante esta coyuntura, la jurisprudencia ha concretado que debe tratarse de hechos y circunstancias que justifiquen su pretensión “en esos momentos”, lo que implica una modificación de los supuestos de hecho³¹⁰, lo cual puede llevar a pensar que debe tratarse necesariamente de hechos nuevos³¹¹; sin embargo, debe interpretarse desde una perspectiva más flexible. Por tanto, debemos entender que se trata tanto de hechos nuevos como desconocidos para el solicitante. Asimismo, el art. 730. 4 LEC habrá de ponerse en relación con el art. 736. 2 LEC –“aún denegada la petición de medidas cautelares, el actor podrá reproducir su solicitud si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición”–, por lo que puede concluirse que, con posterioridad a la presentación de la demanda, la petición sólo puede basarse en hechos desconocidos al plantearse la demanda, o posteriores a ésta³¹².

³⁰⁹ *Vid.* capítulo III, epígrafe 4. 1. 1.

³¹⁰ ATS (Sala de lo Civil), de 14 de diciembre de 2001 (RJ\2002\1528).

³¹¹ AJM de Barcelona, de 20 de enero de 2015 (AC\2015\23); y AAP Barcelona (Sección 4ª) núm. 278/2009, de 19 de noviembre (JUR\2010\151167).

³¹² AAP de Madrid (Sección 14ª) núm. 272/2010, de 15 de noviembre (JUR\2011\36520); AAP de A Coruña (Sección 5ª) núm. 89/2008, de 25 de junio (JUR\2009\243408).

Conforme a la interpretación jurisprudencial, entendemos que la suspensión de un proceso judicial para iniciar un procedimiento de mediación supondrá un hecho o circunstancia que justifica suficientemente la solicitud de las medidas cautelares posteriores a la demanda. Esto significa un cambio en el modo de resolver la controversia específica entre las partes, lo que constituye un hecho de suficiente peso y envergadura que afecta, no sólo al medio, sino al ánimo con el que las partes quieren solventar la cuestión. A ello se añade que la suspensión también puede afectar a los bienes y derechos que son objeto del proceso desde el momento en que se produce un aumento de la dilación temporal importante.

No obstante, resultaría llamativo que si las partes deciden suspender el proceso para acudir a un procedimiento de mediación, uno de los mediados opte por solicitar la adopción de unas medidas cautelares. Ciertamente es que el requisito *periculum in mora* puede referirse tanto a un aspecto subjetivo –el riesgo determinado por la actuación del demandado–, como a uno objetivo –el mero transcurso del tiempo ya puede generar riesgos³¹³–, pero entendemos que no será necesario iniciar un proceso de tutela cautelar, pues podría afectar al ánimo con el que las partes acuden a la mediación. De esta suerte, consideramos que sería más adecuado bien optar por un acuerdo provisional y privado entre las partes, o bien presentar una solicitud de medidas cautelares, con el consecuente allanamiento de las partes³¹⁴.

4. 2. Documentos que deben acompañar la solicitud

Como ya ha quedado indicado, la apariencia de buen derecho requiere que exista un juicio de verosimilitud del derecho afirmado por el solicitante; es decir, que la pretensión alegada por el demandante tenga visos de ser reconocida, lo cual exigirá, siquiera someramente, un análisis de los hechos y fundamentos jurídicos alegados³¹⁵. Sin embargo, antes de conceder cualquier tipo de medida cautelar, el tribunal deberá cerciorarse de la presencia de una controversia, y de que ésta no sea irreal e incierta³¹⁶. La demostración de la presencia de un conflicto será siempre el primer paso para acreditar una pretensión; sin éste, no habrá necesidad de que la pretensión sostenida sea

³¹³ OSORIO ACOSTA, E., *Las medidas cautelares en el proceso civil español*; *op. cit.*, pág. 61.

³¹⁴ PÉREZ DAUDÍ, V., “La adopción de las medidas cautelares para asegurar la efectividad de la mediación”, *op. cit.*, pág. 329.

³¹⁵ *Vid.* capítulo III, epígrafe 3. 2.

³¹⁶ GARBERÍ LLOBREGAT, J., “Parte General. Medidas cautelares y proceso cautelar”, *op. cit.*, pág. 63.

estimada, pues el interesado goza pacíficamente de su derecho. Como regla general, la prueba de la presencia de esa controversia consistirá en la interposición de la demanda (art. 730. 1 LEC) o en el compromiso de presentarla en un plazo determinado –siendo necesaria la presentación de la demanda para su mantenimiento– (art.730. 2 LEC). En consecuencia, la adopción de cautelares en el marco de una mediación requerirá la necesaria prueba de la existencia de éste³¹⁷.

En los supuestos de solicitud de cautelares en el marco de la mediación, ello adquirirá mayor importancia, máxime desde el momento en que no se exige la presentación de una demanda posterior. La pretensión sostenida debe basarse en fundamentos jurídicos y hechos, los cuales deberán incluir la especial referencia al necesario sometimiento a un procedimiento de mediación. De esta manera, es menester señalar que, para acreditar la existencia de dicho procedimiento, habrán de aportarse determinados documentos afectos a tal fin, los cuales serán distintos según el momento en que se soliciten.

En primer lugar, cuando se proceda a solicitar una medida cautelar con carácter previo al procedimiento de mediación extrajudicial, el peticionario habrá de acompañar, junto a la solicitud de las medidas cautelares, una copia del documento donde se contenga el compromiso de sometimiento a mediación, procediendo a llevar a cabo todas las actuaciones tendentes a la puesta en marcha del procedimiento de mediación. En segundo lugar, cuando se solicite una vez iniciada la mediación, habrá de incorporarse una copia del acta constitutiva. En caso de no aportarse los documentos mentados, consideramos que el juez no habría de acordar las medidas cautelares, pues como ya hemos apuntado, la petición de cautelares en el marco de una mediación implica algunas peculiaridades, como puede ser la aplicación analógica de los preceptos relativos al arbitraje. En tercer lugar, la petición de unas medidas cautelares durante el desarrollo de una mediación intrajudicial exigirá la presentación de cualquiera de los documentos que acredite el inicio de aquél, pues la solicitud con posterioridad a la interposición de la demanda supone una excepción que precisa de hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en ese momento. Bien es

³¹⁷ Las medidas cautelares se caracterizan por su instrumentalidad, a efectos de garantizar la tutela reconocida en una eventual sentencia estimatoria. Así, también se caracteriza por su provisionalidad, existiendo mientras transcurre el proceso. Todo ello con el objeto de evitar actuaciones torticeras, que busquen ocasionar un perjuicio para la otra parte y que éste pueda volverse perpetuo.

cierto que la suspensión de un proceso judicial para proceder a la celebración de una mediación supone un hecho con el suficiente peso para justificar esta solicitud, pero ello no significa que el solicitante se encuentre exento de probar la existencia de la mediación.

4. 3. Otras cuestiones

El procedimiento para la adopción de las medidas cautelares durante la sustanciación de una mediación seguirá los cauces generales, salvando las especialidades que se han señalado *supra*. No obstante, se antoja necesario realizar tres reflexiones al respecto, que vienen determinadas por la especial circunstancia de la existencia de una mediación.

La regla general proclama que, para proceder a la adopción de unas medidas cautelares por parte del tribunal, debe darse previa audiencia al demandado. No obstante, cabe excepcionalmente acordarlas *inaudita parte* siempre que el solicitante acredite que bien concurren razones de urgencia, o bien la audiencia previa del demandado puede comprometer el buen fin de la medida (art. 733. 2 LEC). Así, la primera debe entenderse como un *periculum in mora* cualificado³¹⁸, un *quantum* de peligro superior del que ya de por sí sería suficiente para la adopción de una medida cautelar³¹⁹. La segunda causa hace referencia a la necesidad de evitar que la medida sea frustrada, cuya eficacia quedaría comprometida si se otorgase audiencia al demandado³²⁰. Con esta especialidad, se busca garantizar la propia medida, es decir, la efectividad de la tutela cautelar³²¹.

A primera vista, la existencia de una mediación no debería incidir en el procedimiento excepcional *inaudita parte*; sin embargo, consideramos que difícilmente pueda prosperar³²². En general, resulta complicado preconizar el buen fin de la mediación cuando se hace uso de la tutela judicial cautelar, pues las partes se colocarán normalmente

³¹⁸ ORTIZ PRADILLO, J. C., *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, Ed. Iustel, Madrid, 2006, pág. 216.

³¹⁹ AJM de Madrid de 12 noviembre 2010 (AC\2010\1841). En la misma línea, el AAP de Barcelona considera que esta circunstancia “presupone una urgencia cualificada (no la ordinaria o propia de toda medida cautelar), de tal modo que si no se tutela el derecho de inmediato se produciría su insatisfacción definitiva e irreversible, aunque la sentencia definitiva fuera estimatoria de la pretensión” [AAP de Barcelona (Sección 15ª) núm. 39/2009, de 30 enero (JUR\2009\173355)].

³²⁰ AAP de Barcelona (Sección 15ª) núm. 39/2009, de 30 enero (JUR\2009\173355).

³²¹ SJPI núm. 46 de Barcelona núm. 129/2013, de 15 abril (AC\2013\502).

³²² Esto no significa que haya de rechazarse la adopción de la medida cautelar. La ausencia de los requisitos para que una medida cautelar *inaudita parte* prospere no desacredita la necesidad de acordar aquélla, sino que habrá de dictarse por los trámites del procedimiento ordinario (GARBERÍ LLOBREGAT, J., “Parte General. Medidas cautelares y proceso cautelar”, *op. cit.*, pág. 132).

en una situación de manifiesta desigualdad; de esta manera, parece que los principios de lealtad y buena que caracterizan a la mediación (art. 10. 1 LM) quedarían en entredicho. No debe perderse de vista que, si se sigue el procedimiento *inaudita parte* en lugar del ordinario, será con el fin de evitar que la futura medida carezca de virtualidad por la desaparición o destrucción del objeto del patrimonio del demandado sobre el que aquella garantía habría de recaer³²³; o, en otras palabras, se busca evitar un comportamiento torticero del demandado, a efectos de evitar que la efectividad de la medida. Consecuencia de todo ello es una ausencia de confianza entre las partes, lo que no casa con la institución de la mediación. Y ello básicamente porque, si la solicitud sin audiencia se basa en motivos de urgencia, supondría dejar al demandado en una posición inferior –por no decir de indefensión³²⁴–; el demandado no tiene opción de dar a conocer los motivos que acrediten la falta de concurrencia de las causas que han conducido a la adopción de las medidas cautelares; es decir, en estos excepcionales casos, el incidente cautelar se va a llevar a cabo sin la inmediación y la contradicción que caracteriza al proceso judicial³²⁵, que se encuentran seriamente limitados³²⁶. Lo mismo se puede sostener cuando la solicitud *inaudita parte* venga justificada por razón del peligro para la efectividad de la medida cautelar si se le otorga audiencia previa al demandado, pues puede presumirse que dicho peligro se derivará de una posible actuación malintencionada de aquél, lo cual denota ya una falta de confianza, a la cual hemos aludido³²⁷.

Por otro lado, existe un segundo aspecto que merece una breve reflexión, en relación con lo estudiado anteriormente³²⁸. El art. 734. 2 LEC regula la celebración de la vista oral del procedimiento de adopción de medidas cautelares. Sin ánimo de reiterarnos, sólo precisar que en ésta, “actor y demandado podrán exponer lo que convenga a su

³²³ GARBERÍ LLOBREGAT, J., “Parte General. Medidas cautelares y proceso cautelar”, *op. cit.*, pág. 132.

³²⁴ Piénsese que la excepcionalidad de este procedimiento conlleva un especial trámite de oposición, ya que frente al auto de adopción no cabe recurso alguno.

³²⁵ A pesar de estas limitaciones, el TC ha reconocido la constitucionalidad de las medidas cautelares adoptadas *inaudita parte*, pues no toda vulneración de normas y derechos procesales producida en los procesos relativos a la adopción y ejecución de medidas cautelares implica una indefensión; sólo se entenderá producida cuando se trate de un acto u omisión judicial que niegue decisivamente la protección procesal de derechos e intereses cuya tutela se pretende ante los tribunales [SSTC (Sala Primera) núm. 237/1991, de 12 diciembre (RTC\1991\237); núm. 218/1994, de 18 julio (RTC\1994\218)].

³²⁶ OSORIO ACOSTA, E., *Las medidas cautelares en el proceso civil español*, *op. cit.*, pág. 99.

³²⁷ Puede argüirse que el demandante sólo intenta la mediación a efectos de cumplir con un pacto de sometimiento, con el objeto de evitar una declinatoria que dilate innecesariamente el proceso. No obstante, conviene ser precavidos pues, como hemos señalado, este procedimiento excepcional supone una limitación de los principios de contradicción e inmediación.

³²⁸ *Vid.* capítulo III, epígrafe 3. 2.

derecho, sirviéndose de cuantas pruebas dispongan, que se admitirán y practicarán si fueran pertinentes en razón de los presupuestos de las medidas cautelares”. Terminada la misma, el tribunal decidirá sobre la solicitud de las cautelares (art. 735.1 LEC). Evidentemente, la celebración de una vista se antoja necesaria, pero ello no deja de mostrar la desincentivación que la petición de unas cautelares supone para la figura de la mediación. Si las partes exponen sus razones jurídicas, dentro de un marco configurado con la dicotomía ganador/perdedor, y bajo la decisión de un juez que entra, aun indiciaria y provisionalmente, a conocer del fondo del asunto, difícilmente podrá prosperar una mediación que se construye con otros parámetros –dicotomía ganador/ganador, consenso y tercero interviniente que no decide–. Máxime cuando el solicitante vea satisfecha su petición cautelar, que se traducirá en un refuerzo de la pretensión sostenida, al apreciar, aún indiciaria y provisionalmente, ciertos visos de éxito al haber sido acordada la medida cautelar.

En términos generales, resulta difícil preconizar el buen fin de la mediación cuando se hace uso de la tutela judicial cautelar. Evidentemente, existen situaciones que justifican su petición, sin que afecte a los principios de lealtad y buena fe de las partes, situaciones que normalmente obedecerán a la presencia de un peligro objetivo³²⁹. Sin embargo, la necesidad de la medida cautelar puede tener origen en un riesgo de carácter subjetivo, lo que implica la sospecha de un posible comportamiento torticero por la parte frente a la que se solicita la medida; es decir, en una sospecha de que la contraparte no va actuar conforme a los principios de lealtad y buena fe.

Por último, el art. 728. 1. II LEC aclara que “no se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces”. Una vez finalizado un procedimiento de mediación durante el cual no se han solicitado ni acordado medidas cautelares, ¿podría una de las partes solicitarlas en el marco de proceso judicial iniciado?; ¿o se entendería como un consentimiento de la situación de hecho? Coincidimos con RODRÍGUEZ TIRADO en que vincular la mediación sin solicitud de cautelares con el consentimiento de una

³²⁹ Vid. capítulo III, epígrafe 3. 1.

situación de hecho supone obviar la naturaleza de la mediación, a la que las partes acuden voluntariamente para resolver consensuadamente la controversia³³⁰.

Es cierto que el art. 10. 2 LEC reconoce la facultad de adoptar medidas cautelares durante el procedimiento de mediación, pero no debe resultar extraño que las partes opten por no ejercitar esa facultad, ya que confían en el cumplimiento voluntario del acuerdo que se adopte³³¹. Cuando acuden a mediación, las partes apelan a la relación de confianza mutua y actúan de buena fe –o deberían–. La tutela judicial ha de ser el último recurso para resolver sus conflictos; una tutela judicial en la que se entiende incluida la tutela cautelar³³². Por tanto, el uso de la mediación como tentativa de solucionar la controversia con carácter previo denota un cierto ejercicio responsable de los recursos públicos de la Administración de Justicia³³³, por lo que sería injusto castigar a las partes desatendiendo las medidas cautelares que pudieran solicitar con posterioridad, cuando precisamente han intentado hacer un uso responsable y adecuado de los recursos públicos.

5. Incidencia del procedimiento de mediación en el mantenimiento o alzamiento de las medidas cautelares

Una importante cuestión relativa a las medidas cautelares acordadas en el marco de una mediación consiste en determinar la interrelación entre ambas figuras cuando se produce la finalización del procedimiento. El art. 22 LM regula la terminación del procedimiento, materia que ya abordamos *supra*³³⁴. Por su parte, el art. 23 LM disciplina

³³⁰ RODRÍGUEZ TIRADO, A. M^a., “Las medidas cautelares del proceso civil y la mediación”, cit., pág. 95.

³³¹ PÉREZ DAUDÍ, V., “La adopción de las medidas cautelares para asegurar la efectividad de la mediación”, *op. cit.*, pág. 335.

³³² SSTC núm. 159/2008, de 2 de diciembre (RTC\2008\159); núm. 218/1994, de 18 de julio (RTC\1994\218).

³³³ A este respecto, resulta especialmente elocuente el AJPI de Barcelona núm. 52, de 26 de enero de 2015, el cual impone una multa a una empresa aseguradora por mala fe procesal (art. 247. 3 LEC). La resolución considera que, si bien la mediación preprocesal no es obligatoria, y recuerda que el derecho a la tutela judicial es incuestionable, no es menos cierto que se puede abusar de ese derecho, con una clara consecuencia antisocial. Asimismo, el auto señala que el coste social de un proceso verbal, en el año 2000, ascendía a 2.610 euros –lo que significa que actualmente será más–. El juez entiende que existe un abuso del derecho desde el momento en que no se acude a la Administración de Justicia como último recurso, sino como primero, máxime tratándose de un asunto cuya cuantía asciende a los 402, 75 euros. Por su interés, reproducimos este párrafo del auto: “Ciertamente acudir a la mediación o a otro sistema extrajudicial de resolución de conflictos no es obligatorio en España, como si lo es en Italia para casos como el presente, pero el proceder con rectitud, bajo criterios de ética y responsabilidad social no depende de que la ley lo imponga, sino de que los ciudadanos y empresas empiecen a ser conscientes de los beneficios y perjuicios que producen en la causa pública y actúen consecuentemente” [AJPI de Barcelona núm. 52, de 26 de enero de 2015, (JUR\2015\88257)].

³³⁴ *Vid.* capítulo II, epígrafe 3. 6.

el contenido del acuerdo de mediación, del cual nos interesa extraer dos ideas concretas, que aparecen conectadas con las medidas cautelares.

En primer lugar, el acuerdo de mediación no necesariamente debe versar sobre la totalidad de las materias que conforman el objeto de la mediación [art. 19. 1. c) LM], sino que puede referirse a una parte del mismo (art. 23. 1 LM); es decir, el acuerdo puede ser total o parcial. En segundo lugar, el acuerdo deberá ser firmado por las partes –o sus representantes–, no así por el mediador, al contrario que lo previsto en los ALM y PLM, que sí preveían la obligatoriedad de la firma del mediador, pues el acuerdo se configuraba como un título que llevaba aparejada ejecución, sin necesidad de elevarlo a escritura pública o someterlo a homologación.

5. 1. Mediación intrajudicial

En términos generales, la LEC liga el mantenimiento o alzamiento de las cautelares al destino del proceso principal³³⁵, pues provoca una serie de circunstancias sobrevenidas que pueden afectar tanto a la instrumentalidad de la cautelar, como al presupuesto del *fumus boni iuris*³³⁶. De esta forma, una nota importante y característica de la tutela cautelar es su accesoriedad, y así lo consagra el art. 731. 1 LEC, cuando dice que “no se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado, por cualquier causa salvo que se trate de sentencia condenatoria o auto equivalente”. Este precepto aporta claramente la solución a los casos de mediación intrajudicial, debiendo distinguir entre dos posibilidades: si el procedimiento finaliza con acuerdo o sin él.

Cuando la mediación intrajudicial termine con la adopción de un acuerdo, las partes podrán solicitar su homologación al juez (art. 25. 4 LM), quien dictará un auto que será directamente ejecutable (art. 517. 2. 3º LEC). Entendemos que las medidas cautelares habrán de mantenerse una vez el juez haya dictado el auto de homologación del acuerdo hasta que transcurra el plazo (art. 731. 1 LEC) por el que pueda despacharse ejecución (art. 548 LEC). Una vez que haya transcurrido el plazo referido, si el interesado no solicita la ejecución del acuerdo homologado, las medidas cautelares habrán de alzarse.

³³⁵ HERRERO PEREZAGUA, J. F., “El juez y la mediación”, *op. cit.*, pág. 72.

³³⁶ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, *op. cit.*, pág. 411.

No obstante, esta cuestión plantea un problema. El art. 548 LEC establece que no se despachará ejecución “dentro de los veinte días posteriores a aquel [...] en que la resolución de aprobación del convenio o de firma del acuerdo haya sido notificado al ejecutado”. En nuestra opinión, la redacción legal puede dar lugar a equívocos, pues no queda meridianamente claro si el *dies a quo* viene determinado por la fecha del acuerdo o por la notificación del auto de homologación. En el primer caso, no habría notificación del acuerdo, ya que éste es entregado a las partes una vez es firmado³³⁷; pero ello significaría que el *dies a quo* vendría establecido antes de que el propio juez dictase auto de homologación, esto es, antes de que existiese título ejecutivo. Por su parte, en el segundo caso, los veinte días comenzarían a contar desde el día en que el futuro ejecutado recibiese la notificación del auto que homologa el acuerdo³³⁸. Estimamos más adecuada esta segunda opción, por cuanto el plazo comienza desde que existe un título ejecutivo, que permite iniciar el proceso ejecutivo³³⁹.

Por otra parte, si el procedimiento intrajudicial finaliza sin acuerdo, surge la duda sobre el mantenimiento de las medidas cautelares. El abordaje de la cuestión exige distinguir entre dos supuestos: a) la adopción de las cautelares se realizó en el seno del proceso judicial, previo al planteamiento de la mediación y suspensión de aquél; b) la adopción de las medidas se produjo una vez suspenso el proceso e iniciada la mediación.

En primer lugar, si las cautelares ya estaban acordadas previamente a la mediación, una vez ésta finalice sin acuerdo y se alce la suspensión, no cabe duda de que las medidas han de mantenerse, pues el proceso para el que se dictaron persiste (art. 731. 1 LEC). En conexión con este supuesto, sería interesante intentar dar respuesta a la cuestión inversa: ¿qué sucede con las medidas cautelares dictadas en un proceso, una vez éste es suspendido para iniciar una mediación? La respuesta parece sencilla: deberían mantenerse³⁴⁰. Ahora bien, ahondemos en la materia. Una de las características por

³³⁷ Como señala PARDO IRANZO, “cuando en un procedimiento de mediación se alcanza un acuerdo, el mismo es firmado por las partes (o sus representantes), entregándose un ejemplar a cada una de ellas (art. 23. 3 LM). Por tanto, el acuerdo de mediación no se notifica sino que se entrega” (*La ejecución del acuerdo de mediación, op. cit.*, pág. 137)

³³⁸ SAP de Murcia (Sección 5ª) núm. 56/2012, de 14 febrero (JUR\2012\95827).

³³⁹ Esto arroja otra duda consistente en determinar si el plazo de veinte días comienza desde el día siguiente a la notificación del auto de homologación o desde que se ha convertido en firme. Coincidimos con PARDO IRANZO al considerar correcta la segunda opción. El art. 731. 1 LEC remite al plazo del art. 548 LEC, precepto que se refiere a la ejecución de las resoluciones firmes, pues si fuesen definitivas se trataría de una ejecución provisional (*La ejecución del acuerdo de mediación, op. cit.*, págs. 138 - 139).

³⁴⁰ SÁNCHEZ MARTÍN, P., “Incidencia de la mediación en el proceso civil”, cit., pág. 64.

excelencia de las medidas cautelares es su accesoriedad, por lo que el destino de aquéllas está unido al del proceso. El art. 731. 1. I LEC consagra esta regla: no se mantendrán cuando el proceso haya finalizado, salvo que exista sentencia condenatoria o auto equivalente. *Sensu contrario*, si el proceso persiste, las medidas se mantendrán. El problema aparece si el proceso se suspende: ¿qué sucede con las medidas que se encuentran adjuntas al mismo? ¿Se mantienen, se alzan o se suspenden? La última opción no parece factible, ya que no encontramos un resquicio legal en el que sustentar dicha posición. Por su parte, el mantenimiento podría justificarse, por un lado, en la pervivencia del proceso, pues se encontrará en un estado latente en el que continúan activos determinados efectos, como la litispendencia³⁴¹; y por otro, en virtud del art. 731. 1. II LEC: “tampoco podrá mantenerse una medida si el proceso quedare en suspenso durante más de seis meses por causa imputable al solicitante de la medida”. Visto desde el otro lado, las medidas se mantendrán durante los primeros seis meses en que el proceso quede en suspenso por causa imputable al solicitante.

Ahora bien, el precepto habla de causa imputable al solicitante de la medida; sin embargo, cuando se acude a una mediación intrajudicial, la suspensión vendrá determinada por el acuerdo de las voluntades de las partes, que será decretada por el Secretario judicial siempre que no perjudique al interés general o a tercero, y que el plazo máximo no supere los sesenta días (art. 19. 4 LEC). En este caso, el curso del proceso se suspenderá (art. 179. 2 LEC). Este tipo de suspensión implica dejar el proceso en un limbo dependiente, normalmente, de actuaciones exógenas al mismo, pues se busca una satisfacción extraprocesal del conflicto; habitualmente, las partes intentan llevar a cabo negociaciones u otras actuaciones al margen del proceso para solucionar su conflicto sin pronunciamiento judicial³⁴². En nuestra opinión, si las partes optan por suspender el proceso para acudir a mediación, y las medidas se mantienen, el procedimiento nacerá viciado por dos motivos. El primero porque, pese a que las partes han accedido voluntariamente acudir a mediación, parten de una posición de manifiesta desigualdad, pues el beneficiado por la medida se encuentra con una situación de hecho que le

³⁴¹ “Con la paralización no se extingue la litispendencia y se mantiene esta situación procesal, por lo que la extinción de las medidas por tal circunstancia, debe de apreciarse con criterios restrictivos, pues dado su carácter instrumental, siguen cumpliendo su función de aseguramiento del eventual resultado del proceso principal” [AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) núm. 37/2005, de 14 marzo (AC\2005\402)].

³⁴² VARELA GÓMEZ, B. J. y NOYA FERREIRO, Mª. L., “Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil: Arts. 19 a 22”, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3 (2005), pág. 9. El artículo se encuentra disponible <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1214662>.

beneficia, además de que su pretensión se encuentra reforzada al tener visos de éxito. En segundo lugar, y consecuencia del primer motivo, porque el ánimo con el que acuden las partes no será el más adecuado. Sin embargo, una suspensión consensuada para acudir a mediación no conllevará el alzamiento automático de las medidas; y en caso de que el perjudicado así lo solicite, difícilmente podrá decretarse con los precedentes que existen³⁴³.

Por otra parte, en un plano puramente teórico –por no decir abstracto–, si las medidas cautelares se adoptan una vez el proceso se suspendió, en aras de garantizar la efectividad de la mediación, las medidas deberían alzarse en el mismo instante en que se solicita el alzamiento de la suspensión, pues aquéllas se acordaron en apoyo de un procedimiento ya extinto. Dicho esto, y en un plano práctico, la mayoría de la doctrina considera que las cautelares son adoptadas en apoyo del eventual proceso judicial³⁴⁴, si bien consideramos que, en última instancia, se trata de proteger los derechos y bienes del interesado (art. 10. 2 LM). De esta forma, ya sea porque se considere un apoyo del proceso, ya sea porque se configure como una protección de los derechos y bienes, una vez finalice el procedimiento sin acuerdo, las partes solicitarán el alzamiento de la suspensión y el proceso continuará por los cauces ordinarios, de manera que las medidas cautelares se mantendrán³⁴⁵.

En conclusión, las medidas cautelares habrán de mantenerse en los casos de finalización de un procedimiento de mediación intrajudicial, termine éste con acuerdo o sin él, aunque las consecuencias posteriores serán diferentes.

5. 2. Mediación extrajudicial

En los supuestos en que el procedimiento finalice sin acuerdo, la escasa doctrina al respecto ha coincidido en que se reanuda el cómputo del plazo de que dispone el actor para presentar la demanda, que deberá interponerla en el plazo previsto en el art.

³⁴³ AAP de Huelva (Sección 3ª) núm. 72/2003, de 27 octubre (JUR\2004\42252).

³⁴⁴ *Vid.*, entre otros, LÓPEZ SIMÓ, F., “Las partes en la mediación”, *op. cit.*, págs. 208 - 209; HERRERO PEREZAGUA, J. F., “El juez y la mediación”, *op. cit.*, pág. 64.

³⁴⁵ Como afirma HERRERO PEREZAGUA, “el mantenimiento de las medidas cautelares quedará vinculado al modo en que el proceso en que se adoptaron, y respecto de cuya tutela eran instrumentales, concluya” (“El juez y la mediación”, *op. cit.*, pág. 73).

730. 2. II LEC³⁴⁶, y si no lo realiza en tiempo, “las medidas quedarán sin efecto disponiéndose así de oficio³⁴⁷”. Evidentemente, ni la LEC ni la LM contemplan nada al respecto, pero como señala PÉREZ DAUDÍ, esta laguna legal debe integrarse “de la forma más acorde con la finalidad pretendida por el legislador al prever la adopción de medidas cautelares durante el procedimiento de mediación³⁴⁸”. De esta manera, si con ellas se pretende evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos (art. 10. 2 LM), no resulta coherente el alzamiento *ipso facto* una vez finalizado el procedimiento de mediación sin acuerdo, pues la efectividad de aquéllas estaría en la mano del demandado quien, con dar por finalizada la mediación sin acuerdo, lograría que las cautelares se alzasen inmediatamente³⁴⁹. Ahora bien, tampoco cabe un reconocimiento absoluto del mantenimiento de las medidas cautelares. De ahí que consideremos adecuado, en línea con la doctrina, la aplicación de un plazo de veinte días, conforme al art. 730. 2 LM, implicando una carga para el actor si quiere seguir manteniendo las medidas.

No obstante, esta opción presenta dos obstáculos importantes. Primeramente, la doctrina prevé la aplicación analógica del art. 730. 2 II LEC mediante la reanudación del plazo que consideraban suspendido en virtud del art. 4 LM³⁵⁰. Conforme al precepto, si la demanda no es presentada ante el tribunal que conoció de la solicitud en los veinte días siguientes a su adopción, “el Secretario judicial, de oficio, acordará mediante decreto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, condenará al solicitante en las costas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas”. Si el dato determinante para el alzamiento de las medidas es la finalización del procedimiento sin acuerdo, habrá que preguntarse: ¿cómo sabrá el Secretario, de oficio, que el procedimiento ha finalizado, si este es un dato que sólo conocen los mediados y el mediador? Acertadamente, HERRERO PEREZAGUA señala que esto implica una carga para el interesado en el alzamiento de las medidas, que deberá comunicar al tribunal la terminación del procedimiento y el transcurso del plazo del art. 730. 2. II LEC para aplicar

³⁴⁶ HERRERO PEREZAGUA, J. F., “El juez y la mediación”, *op. cit.*, pág. 73; y PÉREZ DAUDÍ, V., “La adopción de las medidas cautelares para asegurar la efectividad de la mediación”, *op. cit.*, págs. 332 - 333.

³⁴⁷ HERRERO PEREZAGUA, J. F., “El juez y la mediación”, *op. cit.*, pág. 73.

³⁴⁸ “La adopción de las medidas cautelares para asegurar la efectividad de la mediación”, *op. cit.*, pág. 332.

³⁴⁹ PÉREZ DAUDÍ, V., “La adopción de las medidas cautelares para asegurar la efectividad de la mediación”, *op. cit.*, pág. 333.

³⁵⁰ *Vid.* capítulo III, epígrafe 4. 1. 1.

la consecuencia jurídica³⁵¹. Al ser necesaria esta comunicación, el interesado deberá aportar una copia del acta final que determine la conclusión del procedimiento, a efectos de demostrar la efectiva terminación del procedimiento.

Por otro lado, y consecuencia del anterior obstáculo, cabe preguntarse cuál es el *dies a quo* del plazo. La opción más coherente parecería el día siguiente a la firma del acta final, pues determinaría la fehaciencia de la finalización del procedimiento. Sin embargo, también podría considerarse si el inicio del cómputo vendría determinado no ya por la fecha del acta final, sino por la fecha del día en que se le comunicó al tribunal la finalización del procedimiento sin acuerdo –mejor dicho, la fecha de la notificación de la comunicación de la finalización–.

El art. 730. 2. II LEC prevé una actuación de oficio por parte del Secretario, decretando el alzamiento o revocación de las medidas si no se presenta la demanda en tiempo. Al contrario que en el proceso, donde el Secretario tiene constancia de si ha transcurrido el plazo para la presentación de la demanda, en los casos de terminación de una mediación sin acuerdo, aquél no tendrá conocimiento de la misma. Por ello, las partes tienen la carga de comunicarle la terminación del mismo y el transcurso del plazo para aplicar la consecuencia jurídica del art. 730. 2. II LEC³⁵². Ahora bien, no debemos perder de vista que este precepto establece un plazo procesal, regulado por los arts. 132 a 136 LEC³⁵³. Así, los plazos comienzan a correr desde el día siguiente a aquél en que se efectúe el acto de comunicación del que la ley hace depender el inicio del plazo (art. 133. 1 LEC). En consecuencia, el *dies a quo* del art. 730. 2. II LEC, a efectos del mantenimiento de las medidas en el marco de una mediación fracasada, será el día siguiente a la notificación de la resolución en la que el tribunal deje constancia del conocimiento de la terminación del procedimiento³⁵⁴. Consideramos esta opción la más adecuada porque otorga una mayor seguridad jurídica. De esta manera, entendemos que debe existir una resolución procesal

³⁵¹ “El juez y la mediación”, *op. cit.*, pág. 73. El interesado podrá ser tanto el obligado por las medidas, por cuanto se libera de la carga, como por el solicitante, por cuanto los eventuales daños y perjuicios no vayan a más.

³⁵² HERRERO PEREZAGUA, J. F., “El juez y la mediación”, *op. cit.*, pág. 73.

³⁵³ GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., “La tutela cautelar en el procedimiento de mediación”, *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*, Coord. ABEL LLUCH, X., Ed. BOSCH, Barcelona, 2014, pág. 184.

³⁵⁴ A nuestro juicio, lo más adecuado sería que, una vez comunicada al Secretario la finalización del procedimiento sin acuerdo, éste dictara una diligencia (art. 206. 2 LEC), a partir de la que se contaría el plazo de veinte días para presentar la demanda.

que sirva para que se dé inicio al cómputo del plazo (art. 133 LEC), la cual habrá de notificarse siempre a las partes (art. 150. 1 LEC).

Si las medidas se dictaron en el marco de una mediación extrajudicial que finalice con un acuerdo entre los mediados, la cuestión puede complicarse³⁵⁵. En tal situación, se antoja necesario distinguir entre si aquél se eleva a escritura pública o no. Si el acuerdo alcanzado se eleva a público (art. 25. 1 LM)³⁵⁶, se convierte en un título ejecutivo (art. 517. 2. 2º LEC) que, en caso de incumplimiento, el actor podrá solicitar su ejecución forzosa por los cauces previstos en la LEC. Entre la adopción del acuerdo, y posterior elevación a escritura pública, y el despacho de la ejecución transcurre un lapso de tiempo en el que podrá o no existir un aseguramiento de los bienes y derechos afectados.

Las escasas aportaciones doctrinales a este respecto son encontradas entre ellas. HERRERO PEREZAGUA considera que las medidas cautelares habrán de alzarse; su mantenimiento requeriría la existencia de “una disposición legal expresa que ligara las medidas cautelares a la efectividad de la pretensión ejecutiva que descansa en el título conformado por el acuerdo de mediación³⁵⁷”, pues aquéllas poseen una nota instrumental

³⁵⁵ HERRERO PEREZAGUA, J. F., “El juez y la mediación”, *op. cit.*, pág. 73. El autor hace hincapié en que, con la adopción del acuerdo, el proceso judicial carece de objeto de manera sobrevenida, ya que mediante aquél las partes han obtenido la satisfacción que buscaban, por lo que desaparece la nota de instrumentalidad.

³⁵⁶ Para ello, ambas partes deben presentar ante el notario no sólo el propio acuerdo, sino también copias de las actas de las sesiones constitutiva y final, sin ser necesaria la presencia del mediador. El notario deberá verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la LM y que su contenido no sea contrario a derecho (art. 25. 1 y 2 LM). Sobre la necesidad de que sean ambas partes las que soliciten elevar el acuerdo a escritura pública, SÁNCHEZ MARTÍN considera que no será obligatoria esa concurrencia siempre que en el propio acuerdo se haga constar la autorización expresa de una de las partes para que la otra eleve a público el acuerdo. Para ello, el autor se apoya en el art. 6. 1 DM, que dice: “Los Estados miembros garantizarán que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación” (“Incidencia de la mediación en el proceso civil”, *cit.*, pág. 67). Sin embargo, no podemos estar de acuerdo con dicha afirmación, pues precisamente, el mismo precepto añade *in fine* que el contenido del acuerdo se hará ejecutivo, a menos que “la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo”. La escritura pública es aquélla que tiene como contenido propio “las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases” [art. 17.1. II de la Ley de 28 de mayo 1862, Orgánica del Notariado (en adelante, LON)]; al ser un instrumento público, su autorización o intervención “implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes” [art. 145 del Decreto 2 junio 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (en adelante, RORN)], extremo que sólo podrá cumplirse con la presencia de ambos ante el notario. Asimismo, la LM, que transpone la DM, ha optado por la presencia de ambas partes. Por tanto, será necesaria la presencia de las partes para la elevación a escritura pública del acuerdo alcanzado, no siendo suficiente la concurrencia de una, aun constanding la autorización expresa en el propio acuerdo.

³⁵⁷ “El juez y la mediación”, *op. cit.*, pág. 74.

respecto de la tutela jurisdiccional, la cual no se pretende a través de un procedimiento de mediación. Éste no tiene una equivalencia jurisdiccional y, por ende, no ha de aplicársele el régimen, garantías e instrumentos de los que está dotada la tutela jurisdiccional³⁵⁸. En sentido contrario, PÉREZ DAUDÍ considera que si el acuerdo tiene carácter ejecutivo, el tratamiento será el mismo que cuando se dicte una sentencia estimatoria de la pretensión (art. 731. 1 LEC), por lo que mantendrán su eficacia hasta que transcurra el plazo de cumplimiento voluntario recogido en el art. 548 LEC. El autor añade que “el mantenimiento de la medida queda aquí justificado por las mismas razones que en los supuestos en los que se ha adoptado una medida cautelar instrumental respecto de un proceso jurisdiccional. Es una disposición legal la que impide la ejecución del título ejecutivo. El alzamiento inmediato de la medida cautelar podría llegar a frustrar la tutela que con ella se ha asegurado en caso de incumplimiento del demandado. Aun así, debe resaltarse que para que ello sea posible el contenido del acuerdo y el de la medida cautelar deberán coincidir³⁵⁹”.

A nuestro juicio, la cuestión resulta complicada. Conforme a la accesoriadad consagrada en el art. 731. 1 LEC, desde el momento en que existe un acuerdo de mediación elevado a escritura pública, deberían alzarse las medidas cautelares, pues dice el precepto que no se mantendrá ninguna cuando el proceso principal haya terminado por cualquier causa salvo sentencia condenatoria o auto equivalente³⁶⁰. Ahora bien, si no se previera la extensión de la vigencia de las cautelares, se originaría una situación en la que la eficacia del acuerdo dejaría de estar garantizada durante un periodo de veinte días³⁶¹, pues por mandato legal no puede llevarse a cabo la ejecución del acuerdo hasta que transcurra el plazo previsto³⁶². Por tanto, se propugna la instrumentalidad respecto de la tutela jurisdiccional (art. 721. 1 LEC)³⁶³, pero también dice el art. 10. 2 LM que las medidas cautelares se adoptarán para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos, lo cual sucederá si aquéllas no se mantienen, ya que el deudor gozará de un preciado lapso

³⁵⁸ HERRERO PEREZAGUA, J. F., “El juez y la mediación”, *op. cit.*, págs. 74 - 75. Respecto a la instrumentalidad, en la misma línea se expresa LÓPEZ SIMÓ (“Las partes en la mediación”, *op. cit.*, pág. 208).

³⁵⁹ “La mediación y las medidas cautelares”, *Indret*, núm. 3 (2012), pág. 11. (disponible en http://www.indret.com/pdf/905_es.pdf). En esta misma línea, GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., “La tutela cautelar en el procedimiento de mediación”, *op. cit.*, pág. 193.

³⁶⁰ Aquí se da la circunstancia de que nunca hubo un proceso principal, sino que éste era eventual.

³⁶¹ Debe tenerse en cuenta que son veinte días desde que se elevó a escritura pública. Antes de ello, habrán podido transcurrir bastantes días desde el acuerdo hasta su elevación. Por tanto, podrían ser más días los que se encuentra desprotegido el derecho o bien.

³⁶² MALLANDRICH MIRET, N., *Medidas cautelares y arbitraje*, *op. cit.*, pág. 321.

³⁶³ HERRERO PEREZAGUA, J. F., “El juez y la mediación”, *op. cit.*, pág. 73.

temporal durante el que podría llevar a cabo alguna actuación en aras de evitar la eficacia del acuerdo. En consecuencia, consideramos que, conforme a la finalidad de las medidas cautelares, sería adecuado el mantenimiento, pero bien es cierto que no existe una previsión legal expresa que así lo permita. De esta manera, cabría una aplicación analógica del art. 731. 1 LEC, si bien urge introducir la reforma pertinente que habilite un mecanismo de mantenimiento al respecto.

No obstante, y pese a que la opción por la aplicación analógica del precepto referido es la opción más adecuada, se plantean dos cuestiones en las que incidir. Surge nuevamente el problema del *dies a quo* para el inicio del cómputo del plazo previsto en el art. 548 LEC, cuyo texto, recordemos, exige el transcurso de veinte días desde que la resolución de firma del acuerdo haya sido notificada al ejecutado antes de despacharse ejecución³⁶⁴. Como apuntamos, el acuerdo de mediación no se notifica, sino que se entrega un ejemplar firmado a cada una de las partes (art. 23. 3 LM); en todo caso, se notificará el auto de homologación. Sin embargo, en las mediaciones extrajudiciales, el título ejecutivo no será el acuerdo homologado judicialmente, sino el acuerdo elevado a escritura pública, por lo que deben concurrir nuevamente las voluntades de las partes – pues el notario debe dar fe del libre otorgamiento de las mismas (art. 154 RORN) –, y que supone un instrumento público que no será notificado al ejecutado, sino que le será entregada una primera copia (art. 17. 1 LON)³⁶⁵. De esta manera, habrá que preguntarse si el *dies a quo* comienza desde la firma del acuerdo por las partes –lo cual parece desprenderse del tenor literal del precepto–, o bien desde el día de la elevación a escritura pública. Coincidimos con aquéllos que consideran correcta la segunda opción, pues sólo desde el momento en que se eleva a escritura pública, el acuerdo será título ejecutivo³⁶⁶. Por tanto, del tenor literal del art. 548 LEC se desprenden, en cuanto a los acuerdos de mediación, tres notas:

³⁶⁴ Este plazo no condiciona el ejercicio de la acción ejecutiva, sino que se trata de un presupuesto para el despacho de ejecución (PARDO IRANZO, V., *La ejecución del acuerdo de mediación*, op. cit., pág. 137). De hecho, la jurisprudencia se ha manifestado en este sentido: AAAP de León (Sección 2ª) de 24 julio 2002 (AC\2002\1627); de Asturias (Sección 5ª) núm. 108/2004, de 16 diciembre (JUR\2005\43665).

³⁶⁵ El acuerdo elevado a escritura pública no conforma el título ejecutivo, sino que éste será la propia escritura pública. Ésta es “el vehículo a través del cual se ejerce el control de legalidad sobre el acuerdo de mediación y es ese control, que es inseparable de la forma documental, el que dota de ejecutividad al acuerdo de mediación” (CALATAYUD SIERRA, A., “Elevación a escritura pública del acuerdo de mediación”, *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Dir. BONET NAVARRO, A., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 185).

³⁶⁶ PARDO IRANZO, V., *La ejecución del acuerdo de mediación*, op. cit., pág. 138.

- a) Su redacción parece referirse primordialmente a autos de homologación.
- b) No obstante, el precepto debe considerarse aplicable a los acuerdos elevados a escritura pública.
- c) Pese a la defectuosa redacción, el *dies a quo* vendrá determinado por la fecha de su elevación a escritura pública.

Por otro lado, las partes han podido finalizar la mediación con acuerdo, pero no elevarlo a escritura pública. En tal caso, el incumplimiento de aquél conllevará que el interesado deba iniciar un proceso declarativo para hacerlo efectivo³⁶⁷, lo que convertirá al acuerdo en la causa de pedir de la pretensión ejercitada en la demanda³⁶⁸. Aunque el acuerdo no se eleve a escritura pública –ni tampoco se homologue– y, por ende, no sea directamente ejecutable, ello no implica que carezca de valor. El acuerdo firmado por las partes poseerá carácter vinculante, y contra él sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad que invalida los contratos³⁶⁹.

De esta manera, si las partes han llegado a un acuerdo, pero existe la negativa a elevarlo a público, la doctrina ha coincidido en que el plazo para el inicio del proceso declarativo, previsto en el art. 4 LM, se reanuda³⁷⁰. Así, las medidas previamente acordadas sólo se mantendrán “si el interesado reacciona con celeridad, es decir, si conoce esa negativa y presenta la demanda correspondiente en el plazo que aún le reste para hacerlo. En otro caso, la medida se alzar³⁷¹”. Ahora bien, conviene realizar unas matizaciones al respecto.

En primer lugar, la mecánica será similar a la expuesta *supra* respecto de las mediaciones extrajudiciales finalizadas sin acuerdo; es decir, vuelven a plantearse las cuestiones sobre la comunicación al órgano de la finalización del procedimiento, así como las relativas al *dies a quo* de inicio del plazo. A ello nos remitimos. En segundo lugar,

³⁶⁷ En el caso de que el propio acuerdo contenga no sólo el establecimiento de la prestación principal, sino también una cláusula en virtud de la cual se obligan a elevarlo a escritura pública, el actor podría acudir al proceso declarativo solicitando la condena a ese hacer (PARDO IRANZO, V., *La ejecución del acuerdo de mediación*, *op. cit.*, pág. 107). Ahora bien, si el acuerdo no contiene dicha estipulación, no cabe compeler judicialmente a la otra parte a elevar el acuerdo a escritura pública.

³⁶⁸ BONET NAVARRO, A., “Acuerdo de mediación y proceso civil”, *op. cit.*, pág. 93.

³⁶⁹ Esto no hace sino ratificar, aún más si cabe, su naturaleza contractual.

³⁷⁰ PÉREZ DAUDÍ, V., “La adopción de las medidas cautelares para asegurar la efectividad de la mediación”, *op. cit.*, pág. 332.

³⁷¹ HERRERO PEREZAGUA, J. F., “El juez y la mediación”, *op. cit.*, pág. 74.

como señala acertadamente HERRERO PEREZAGUA, el efecto novatorio provocado por el acuerdo alcanzado puede originar un cambio en la situación jurídica cautelable, la cual determine la inidoneidad de la medida cautelar previamente adoptada y, por ende, proceda su alzamiento³⁷². Si el acuerdo no incluye la pretensión cuya efectividad estaba asegurada, deberá alzarse la medida de la misma forma que cuando se dicta una sentencia desestimatoria, en línea con lo previsto en el art. 745 LEC³⁷³, el cual señala que se procederá a la exacción de los daños y perjuicios que hubiere podido sufrir el demandado. No obstante, entendemos que en estos casos, será usual que el acuerdo que ponga fin al procedimiento incluya alguna cláusula por la que los mediados se abstienen de exigir responsabilidades por los daños y perjuicios causados.

6. Solicitud con posterioridad al acuerdo de mediación

El éxito de un procedimiento de mediación conllevará su finalización con un acuerdo. La situación ideal sería un posterior cumplimiento voluntario sin ningún tipo de incidencia. Sin embargo, la posibilidad de que una de las partes no cumpla libremente con el mismo no se sale de la ecuación, pues resulta totalmente factible. De esta manera,

³⁷² “El juez y la mediación”, *op. cit.*, pág. 74. La situación propuesta por el autor es bastante factible. Piénsese en el siguiente caso: un escritor es contratado por una editorial para que escriba tres novelas enmarcadas en una saga juvenil, a cambio de 100.000 euros. Lo que pretende la editorial es conseguir una exitosa saga, en la línea de las que proliferan actualmente y convertir al escritor en referencia de su cantera de autores. Ambas partes acuerdan incluir una cláusula de sometimiento a mediación de cualquier controversia que surja entre ellos. El escritor cumple con su parte y entrega el primer ejemplar acordado. Al tiempo de ello, le llegan noticias de que la editorial va a lanzar al mercado un libro con el mismo título que el suyo, y misma temática, pero adjudicado a un autor totalmente distinto. El día de lanzamiento, con un ejemplar en la mano, el escritor comprueba que es la obra que él ha redactado. De esta manera, decide solicitar una medida cautelar consistente en el depósito temporal de los ejemplares de sus obras, al entender que se ha vulnerado su derecho de propiedad intelectual. Esta medida es concedida y, al mismo tiempo, las partes inician un procedimiento de mediación para resolver la controversia, pues el escritor busca que la editorial reconozca su autoría. Éste transcurre y las partes llegan al siguiente acuerdo: el libro se queda como está, el escritor queda liberado de la redacción de otros dos volúmenes más de la saga y, además, recibe una compensación de 600.000 euros. El acuerdo se firma pero no se eleva a escritura pública, lo que conduce al escritor a interponer una demanda para exigir su cumplimiento. En este caso, el cumplimiento del acuerdo, que es el objeto del proceso ahora, ya no exigiría el depósito de los libros como garantía de la efectividad de aquél; la medida resultaría inidónea, siendo más adecuadas otras.

³⁷³ PÉREZ DAUDÍ considera que esta interpretación se encuentra respaldada porque el precepto establece que este alzamiento también “se ordenará en los casos de renuncia a la acción o desistimiento de instancia”, por lo que si el acuerdo no incluye la pretensión asegurada es porque el solicitante de la medida cautelar renuncia a la misma. Ahora bien, puede suceder que la ausencia de la pretensión asegurada en un acuerdo no se deba a una renuncia, sino a que se trate de un acuerdo parcial, ya que éste puede versar sobre una parte o la totalidad de las materias sometidas a mediación (art. 23. 1 LM) (“La adopción de las medidas cautelares para asegurar la efectividad de la mediación”, *op. cit.*, pág. 332). En este sentido discrepamos, en cierta manera, con el autor. Cuando el acuerdo no atañe sobre todas las materias, quedando fuera la pretensión asegurada, siempre quedará “la puerta abierta” al inicio del proceso declarativo posterior –en el mismo sentido que vimos *supra*–, salvo que se indique expresamente bien la renuncia de dicha pretensión, bien la admisión de una satisfacción plena aunque no se ajuste a la pretensión sostenida y asegurada inicialmente, o bien una fórmula similar.

el incumplimiento podría llegar a justificar la petición de unas medidas cautelares, ante la necesidad de exigir judicialmente el acatamiento del acuerdo. Si éste se elevó a escritura pública o se homologó judicialmente mediante auto, podría solicitarse su ejecución tras el transcurso del plazo previsto en el art. 548 LEC³⁷⁴. Por su parte, si el acuerdo no se elevó a escritura pública por negarse alguna de las partes, el interesado podrá incoar el pertinente proceso declarativo. En este supuesto, el demandante estará facultado para solicitar la adopción de unas medidas cautelares, cuyo procedimiento se sustanciará normalmente conforme a los arts. 721 a 747 LEC.

Al haber finalizado exitosamente el procedimiento de mediación, el presupuesto del *fumus boni iuris* se verá reforzado por la existencia del acuerdo³⁷⁵, para cuya adopción se han seguido los requisitos y presupuestos previstos en la LM, de manera que resulta vinculante para las partes (art. 23. 3 LM). Por esta razón, no sólo la aportación del propio

³⁷⁴ El art. 548 LEC establece un plazo de espera de veinte días para el despacho de ejecución de los acuerdos de mediación. Es cierto que entre el momento que se adopta el acuerdo y adquiere ejecutividad, y el instante en que se puede despachar ejecución, existe un lapso temporal que, en teoría, podría hacer peligrar la eficacia del acuerdo. No obstante, conviene ahondar en ello.

En primer lugar, resulta indudable que existe ese espacio de tiempo, pero no olvidemos que se trata de un plazo dispuesto en aras de la buena fe, para que el obligado pueda cumplir voluntariamente con su obligación –ya venga determinada por una sentencia, auto equivalente o laudo arbitral–, por lo que carecería de sentido proceder a la adopción de unas medidas cautelares, máxime porque iría contra la propia naturaleza de esta institución. De hecho, en ejecución de sentencia no caben las medidas cautelares, sino sólo “medidas ejecutivas, y la razón para exigirlo así es muy simple: el ejecutante no tiene por qué buscar una medida accesoria, temporal, provisional, condicionada y presidida por la mayor efectividad al menor coste, para proteger un derecho discutido y que aparentemente es como sostiene” [AAP de Madrid (Sección 14ª) núm. 84/2006, de 4 mayo (JUR\2006\192848)].

En segundo lugar, si bien consideramos que no operan las medidas cautelares en esta fase, cabe preguntarse si el acuerdo homologado es susceptible de ejecución provisional. El auto de homologación es definitivo y, por ende, susceptible de recurso (art. 455 LEC), circunstancia factible –podría suceder que el juez incurriera en un error al homologarlo–, aunque poco probable, ya que se trata de un acuerdo alcanzado voluntariamente por las partes, lo que supondría ir contra los propios actos (PARDO IRANZO, V., *La ejecución del acuerdo de mediación*, *op. cit.*, pág. 69). En términos generales no existe consenso acerca de la posible ejecución provisional de autos definitivos. De un lado, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, apelando a una interpretación lógica y teleológica, considera que los autos definitivos de homologación son susceptibles de ejecución provisional [*Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, *op. cit.*, pág. 369. En la misma línea, PICÓ I JUNOY, J., «La interpretación judicial de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Revista Jurídica Española La Ley*, núm. 5568 (2002), pág. 1887]; en sentido contrario, LARENA BELDARREIN apela a una interpretación literal de la norma [“Consideraciones generales sobre la ejecución provisional”, *Revista Vasca de la Administración Pública*, núm. 99-100 (2014), pág. 1840; en igual sentido, PARDO IRANZO, V., *La ejecución del acuerdo de mediación*, *op. cit.*, pág. 70]. Desde nuestro punto de vista, en principio, nada parece oponerse a la ejecución provisional del auto, salvo la falta de previsión legal –que no es poco–; pero es cierto que el argumento teleológico avala esta posibilidad. A este respecto resulta interesante la apreciación que hace CORELLA MIGUEL sobre la posibilidad de que el auto de homologación se hubiera dictado como firme, pues sería susceptible de ser dictado *in voce* (art. 210.1 LEC), declarando su firmeza en el acto si las partes estuviesen presentes y manifestasen su decisión de no recurrir [“La ejecución del auto que homologa una transacción en caso de incumplimiento”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 54 (2015), pág. 68].

³⁷⁵ PÉREZ DAUDÍ, V., “La adopción de las medidas cautelares para asegurar la efectividad de la mediación”, *op. cit.*, pág. 334.

acuerdo afianza la presencia de una apariencia de buen derecho, sino también la existencia de unas actas constitutiva y final del procedimiento, con la firma del mediador en ambas, lo que dota de cierta fehaciencia a dichos documentos. El *fumus boni iuris* deberá preconizarse respecto de la validez del acuerdo, pero no de su contenido. La controversia que dio origen al procedimiento de mediación ya no se discute, por lo que el objeto del proceso declarativo se centra en la validez del acuerdo³⁷⁶. Por otro lado, el interesado deberá acreditar la existencia de un peligro por la mora procesal, que no podrá limitarse a meras alegaciones genéricas, sino que habrá de referirse a una verdadera probabilidad de que la tutela solicitada no se vea satisfecha³⁷⁷.

En principio, puede cuestionarse la pertinencia de esta solicitud, pues no se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que se justifique cumplidamente las razones por las que no se habían solicitado (art. 728. 1 II LEC)³⁷⁸. Sin embargo, aparte que el intento de resolver consensuadamente la controversia ya supone una razón justificativa de la situación de hecho consentida, el objeto de la mediación no contiene los mismos hechos de los que trae causa el proceso. Por tanto, la concurrencia del *periculum in mora* habrá de justificarse en el marco del proceso declarativo iniciado. Ahora bien, como señala PÉREZ DAUDÍ, distinto será si después de la terminación del procedimiento ha transcurrido cierto periodo de tiempo sin que se haya interpuesto la demanda, por lo que sí podría aducirse un consentimiento de la situación de hecho por parte del solicitante³⁷⁹.

7. Un caso hipotético: la tutela cautelar y las cláusulas escalonadas (*step-clauses*)

El art. 10. 2. II LM recoge que “durante el tiempo en que se desarrolle la mediación, las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial”, salvo la solicitud de medidas cautelares u otras medidas urgentes necesarias para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos. Esto se traduce en la imposibilidad no sólo de iniciar un proceso judicial, sino cualquier otro mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos. Esta referencia no es baladí desde el

³⁷⁶ PÉREZ DAUDÍ, V., “La adopción de las medidas cautelares para asegurar la efectividad de la mediación”, *op. cit.*, pág. 334.

³⁷⁷ *Vid.* capítulo III, epígrafe 3. 2.

³⁷⁸ *Vid.* capítulo III, epígrafe 4. 3.

³⁷⁹ “La adopción de las medidas cautelares para asegurar la efectividad de la mediación”, *op. cit.*, pág. 335.

momento en que surgen los sistemas híbridos o mixtos³⁸⁰. En consecuencia, aparecen las denominadas cláusulas escalonadas multifunción de mediación + arbitraje (*step-clause*)³⁸¹ o, simplemente, *medarb*³⁸². El *medarb* es un sistema mixto y escalonado de mediación y arbitraje. De esta manera, cuando exista una cláusula escalonada, las partes procederán a someter su controversia a mediación para intentar llegar a un acuerdo y resolver la cuestión; si aquélla resulta infructuosa, se procederá a realizar un arbitraje sobre los elementos de disputa.

Este mecanismo apenas tiene arraigo en España, aunque nuestro ordenamiento jurídico ya ha dado muestras de la existencia de una relación entre arbitraje y mediación³⁸³. Por un lado, el RD 231/2008, cuyo art. 38. 1 establece: “Cuando no existan causas de inadmisión de la solicitud de arbitraje se intentará mediar para que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto, salvo oposición expresa de cualquiera de las partes o cuando conste que la mediación ha sido intentada sin efecto³⁸⁴”. Por otro lado, el art. 17. 4 LA dispone que “salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre éstas”. Aunque la concepción pura del *medarb* implica que el tercero neutral que ejerce de mediador luego también actúe como árbitro³⁸⁵, éste ha sido precisamente el aspecto más criticado de la

³⁸⁰ MARQUES CEBOLA, C., *La mediación*, op. cit., pág. 31.

³⁸¹ RODRÍGUEZ PRIETO, F., “Un útil instrumento jurídico por descubrir: las cláusulas escalonadas med+arb”. Documento del Centro de Mediación del ICAV (Ilustre Colegio de Abogados de Valencia). Disponible en <http://www.mediacion.icav.es/contenido.php?idioma=es&menucat=4&id=110>.

³⁸² Al hablar de *medarb*, podrá ser en dos sentidos: a) como procedimiento; b) como cláusula de sometimiento al *medarb*.

³⁸³ Aunque en España el *medarb* se encuentra en una fase embrionaria, en Norteamérica viene desarrollándose desde décadas atrás. Las primeras manifestaciones de este mecanismo se producen a comienzos de los años 40 del siglo pasado, si bien fue en la década de los años 70 cuando cogió verdadera fuerza. Se considera a SAM KAGEL, abogado y árbitro de San Francisco, el pionero de este mecanismo, quien lo utilizó para resolver una controvertida huelga de enfermeras que tuvo lugar en aquellas fechas. A partir de ahí, este sistema fue fomentado por el *Federal Service Impasses Panel* de Estados Unidos, que es el comité encargado de resolver los conflictos entre las Agencias Federales y los representantes de los trabajadores (TELFORD, M. E., “Med- Arb: A Viable Dispute Resolution Alternative”, *IRC Press* (2000), págs. 1 - 2. Disponible <http://irc.queensu.ca/articles/med-arb-viable-dispute-resolution-alternative>).

³⁸⁴ No debe olvidarse que, conforme al art. 2. 2 LM, la mediación en materia de consumo no está incluida en el ámbito objeto de la ley.

³⁸⁵ BARIL, M. B. y DICKEY, D., “MED-ARB: The Best of Both Worlds or Just a Limited ADR Option”, en *Mediate.com*, (2014), págs. 1-2. Disponible en el enlace siguiente: <http://www.mediate.com/pdf/MED-ARBTheBestofBothWorldsorJustaLimitedADROption.pdf>. Si bien esta configuración es la fórmula pura, no deja de ser una mixtura de mediación y arbitraje, figuras que han sido combinadas de diferentes maneras: a) *medarb*: la misma persona ejerce como árbitro y mediador; b) *arb-med-arb*: el árbitro designado intentará mediar, pero en caso de fracaso vuelve a ejercer su rol arbitral; c) *co-med-arb*: el mediador y el árbitro, sujetos distintos, escuchan juntos las posturas de las partes, pero el mediador intenta propiciar un acuerdo para resolver la disputa sin el árbitro, quien sólo es requerido para cumplimentar un acuerdo o actuar como árbitro si la mediación falla; d) MEDALOA (*Mediation and Last Offer Arbitration*): si la mediación falla, las partes entregarán una propuesta cada una al mediador/árbitro, quien deberá decidirse por una de ellas

figura³⁸⁶. La LA parece inclinarse por una concepción más flexible, aunque menos pura³⁸⁷, que presenta bastante interés en cuanto al objeto de nuestro estudio.

Cuando el art. 10. 2. II LM alude a que no podrá ejercerse ninguna acción extrajudicial, claramente se refiere a la posible existencia de una cláusula escalonada. Por esta razón, resulta necesario recordar que, también en el arbitraje, existe la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares, pero no sólo ante el órgano judicial (arts. 722. 1 LEC y 11. 3 LA), sino que incluso los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de las partes, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio, salvo acuerdo de las partes (art. 23 LA). De aquí se deriva que, en el seno de un proceso arbitral, las partes tendrán una posibilidad dual a la hora de solicitar la adopción de las medidas cautelares, si bien “los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial³⁸⁸”. Es decir, el árbitro posee *auctoritas* para acordar unas cautelares, pero carece de *potestas* para adoptar las medidas ejecutivas encaminadas al cumplimiento de aquéllas³⁸⁹. Todo ello se traduce en que, en los supuestos en que concurra una cláusula *medarb*, el mediado podrá solicitar las medidas cautelares bien ante el órgano judicial, bien ante el árbitro. Ahora bien, lo que parece factible desde un ámbito puramente teórico, no será así en la práctica.

Si las medidas cautelares se piden ante el juez, el primer obstáculo viene determinado por el momento y la competencia para solicitarlas. Conforme a lo dispuesto en el art. 722 LEC, puede solicitar al tribunal la adopción de medidas cautelares aquél que acredite ser parte de un convenio arbitral –no cabe duda que una cláusula *medarb* supone la aceptación de someterse a un arbitraje– con anterioridad a las actuaciones

(SUSSMAN, E., “Developing an Effective Med-Arb/Arb-Med Process”, *New York Dispute Resolution Lawyer*, núm. 1 (2009), pág. 71. El artículo se encuentra disponible en el siguiente enlace electrónico: <http://guides.library.harvard.edu/content.php?pid=442479&sid=4396465>).

³⁸⁶ LOZANO CORREA, L., “¿Puede un Med/Arb actuar en dos procesos?”, *Revista de Mediación*, núm. 10 (2012), pág. 51.

³⁸⁷ Señala SAIZ GARITAONAENDÍA que “esta versión no es un verdadero *medarb*, pues no fusiona las fórmulas en un verdadero híbrido, sino que se limita a presentarse como un sumatorio de ambas fórmulas”; es decir, ambos sistemas no se compenetran, sino que sólo forman un *iter* continuo en el que desaparecen las posibles ventajas derivadas de la fórmula pura (“El *medarb* como procedimiento mixto de resolución de conflictos: luces y sombras”, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Dir. SOLETO MUÑOZ, H., y Coords. CARRETERO MORALES, E., y RUIZ LÓPEZ, C., Ed. Tecnos, Madrid, 2013, pág. 92).

³⁸⁸ Parágrafo V de la Exposición de Motivos de la LA.

³⁸⁹ RODRÍGUEZ TIRADO, A. M^a., “Las medidas cautelares del proceso civil y la mediación”, cit., pág. 95.

arbitrales³⁹⁰, de lo que se colige la posibilidad de pedir la adopción de medidas cautelares prearbitrales por el mediado. En tal caso, ¿qué regla entendemos que rige? ¿El apartado segundo o el tercero del art. 730 LEC? Por un lado, el art. 730. 2 LEC exige la presentación de la demanda en el plazo de veinte días, demanda que no va a llegar a interponerse, por lo que, transcurrido ese plazo, las medidas cautelares deberían alzarse – aparte de exigirse la concurrencia de unas razones de urgencia o necesidad que las justifiquen–. Por otro lado, el art. 730. 3 LEC indica que el plazo referido no opera en los casos de formalización judicial del arbitraje o de arbitraje institucional³⁹¹, por lo que resultaría perfectamente aplicable al supuesto de hecho planteado. El problema radica en cómo mantener dichas medidas, una vez que son dictadas. El art. 730. 3 LEC exige para ello que la parte beneficiada “lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral”. Conforme al tenor literal, por tales no debería entenderse el intento previo de resolver la controversia a través de mediación. De esta forma, consideramos que la solución idónea consistiría en una aplicación analógica del art. 730. 3 LEC. A nuestro juicio, aunque no se inicien las actuaciones para poner en marcha el arbitraje, bastará con haber iniciado la mediación. La finalidad de este requisito estriba en evitar que la parte beneficiada realice una actuación abusiva para con las medidas cautelares concedidas, por lo que se le exige un comportamiento activo, requisito que entendemos cumplido si se inician las actuaciones de la mediación.

Si este previo obstáculo se considera salvado, habrá que cuestionarse cuál es el tribunal competente. La regla general determina que será aquél que esté conociendo del asunto en primera instancia o, si el proceso no ha comenzado, el que sea competente para conocer de la demanda principal (art. 723. 1 LEC). Por su parte, cuando las medidas cautelares se soliciten estando pendiente un proceso arbitral o la formalización judicial del arbitraje, será tribunal competente el del lugar donde el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia (art. 724 LEC). Sin ánimo de reiterarnos, la doctrina considera que las medidas se solicitan para garantizar el

³⁹⁰ En el mismo sentido, el art. 11. 3 LA recoge que “el convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un Tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas”.

³⁹¹ Como hemos señalado, el art. 38. 1 RD 231/2008 prevé una mediación con carácter previo al arbitraje, si bien ya se han iniciado las actuaciones tendentes a iniciarlo. Es decir, supondría un esquema que responde a la figura arb-med-arb (SUSSMAN, E., “Developing an Effective Med-Arb/Arb-Med Process”, *op. cit.*, pág. 71). En un mismo sentido, podría considerarse el sometimiento del *medarb* a una misma institución, que ofrezca un servicio integral de ambos mecanismos.

eventual proceso posterior³⁹². No sucederá lo mismo cuando exista una cláusula *medarb*, pues el fracaso de la mediación conlleva el inicio del arbitraje, lo que conduce a considerar –siguiendo el *iter* lógico expuesto por la doctrina– a que las medidas dictadas durante la mediación serán en apoyo del arbitraje. De esta manera, consideramos que el tribunal competente será el del tribunal donde el laudo deba ser ejecutado o, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir sus efectos³⁹³.

Acordadas las medidas cautelares, si la mediación finaliza con acuerdo, el *modus operandi* sobre el alzamiento o mantenimiento de aquéllas será similar al supuesto de unas cautelares dictadas durante un procedimiento de mediación preprocesal que finalice con acuerdo, que, dependiendo de si éste es elevado a escritura pública o no, tendrá unos efectos u otros. Sin embargo, la solución propuesta para los casos en que la mediación preprocesal finaliza sin acuerdo no resulta adecuada en el caso aquí expuesto, pues no le sigue un proceso judicial sino un arbitraje. A este respecto, se plantean varias cuestiones.

En primer lugar, el alzamiento de las cautelares no se producirá automáticamente; pese a que no exista ningún procedimiento de mediación –pues ya ha finalizado–, ni un proceso arbitral –pues no se ha iniciado–, el afectado tiene la carga de solicitar el alzamiento si así lo estima conveniente, alegando una ausencia de la accesoriedad consagrada en el art. 731. 1 LEC. De lo contrario, el Secretario no tendría conocimiento para poder dictar el alzamiento. Hecha esta consideración, si el perjudicado por la medida solicita el alzamiento de la medida, así habrá de procederse salvo que el actor hubiese iniciado todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral. Si ante el fracaso de una mediación preprocesal se consideraba aplicable el art. 730. 2 LEC, ante una mediación prearbitral truncada, procederá la aplicación del art. 730. 3 LEC.

³⁹² LÓPEZ SIMÓ, F., “Las partes en la mediación”, *op. cit.*, pág. 208; y HERRERO PEREZAGUA, J. F., “El juez y la mediación”, *op. cit.*, pág. 67

³⁹³ La competencia determinada por el art. 723 LEC se justifica en que el tribunal que conoce de la demanda y, por ende, va a resolver sobre la cuestión principal se encuentra en mejores condiciones para comprobar, analizar y enjuiciar los presupuestos en cada caso concreto (GARBERÍ LLOBREGAT, J., “Parte General. Medidas cautelares y proceso cautelar”, *op. cit.*, pág. 99); y a ello se une el hecho de evitar posibles situaciones o decisiones contrarias, en el caso de que otro tribunal decidiese sobre las cautelares. El caso del *medarb* es distinto, pues no habrá un proceso posterior en el que un tribunal haya de entrar a conocer el objeto litigioso. De ahí que la competencia de las medidas cautelares dictadas en arbitraje, y la ejecución del laudo, determinen competente al mismo tribunal.

Por otro lado, la LA faculta a los árbitros a adoptar medidas cautelares a instancia de parte, salvo acuerdo en contrario (art. 23 LA). En principio, parece que las partes podrían solicitarlas del árbitro³⁹⁴, pero una reflexión más detenida concluye que, para ello, resulta necesario que el arbitraje haya comenzado, pues los árbitros habrán de estar designados para ejercitar esta facultad³⁹⁵. Por tanto, todo parece indicar que no será posible solicitar la adopción de unas medidas cautelares al árbitro en una mediación prearbitral. Sin embargo, cuando concurra una cláusula *medarb*, encontramos dos excepciones, al menos, en las que así podrá procederse.

En primer lugar, en los casos de mediación intraarbitral. Igual que es posible la mediación intrajudicial, al suspenderse el proceso y acudir las partes a una mediación para solventar el conflicto, cabe actuar de la misma forma en el seno de un proceso de arbitraje. El árbitro podrá suspender el proceso y las partes acudir a mediación³⁹⁶. En tal caso, pensamos que sería posible que las partes solicitasen al árbitro la adopción de unas medidas cautelares, pues aquél ya se encuentra designado³⁹⁷.

La segunda excepción viene determinada por los árbitros de emergencia, figura común en los reglamentos de las instituciones arbitrales³⁹⁸, en virtud de la cual, cuando una parte requiera una medida previa a la constitución del tribunal arbitral o designación del árbitro definitivo, la institución nombra a un árbitro para que decida sobre las medidas. De esta manera, en los casos en los que la administración de la mediación queda encomendada a una institución integral que preste los servicios de administración tanto de arbitraje como de mediación, la cual recoja en sus estatutos la existencia del árbitro de

³⁹⁴ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, *op. cit.*, pág. 377; y VARELA GÓMEZ, B. J., “Artículo 10. Las partes en la mediación”, *op. cit.*, pág. 148.

³⁹⁵ MALLANDRICH MIRET, N., *Medidas cautelares y arbitraje*, *op. cit.*, pág. 168; y LÓPEZ SIMÓ, F., “Las partes en la mediación”, *op. cit.*, págs. 209 - 210.

³⁹⁶ Se antoja necesario matizar esta consideración. La mediación intraarbitral será posible, ya que no debe olvidarse que en el arbitraje prima la autonomía de las partes (HINOJOSA SEGOVIA, R., y CUBILLO LÓPEZ, I., “El arbitraje”, *op. cit.*, pág. 104), pudiendo, incluso, acordar dar por terminadas las actuaciones [art. 38. 2 b) LA]. Por tanto, podrán decidir de mutuo acuerdo suspender provisionalmente el procedimiento.

³⁹⁷ SUSSMAN considera que un modelo de *medarb* es el *arb-med-arb*, que también podría entenderse encuadrado en el supuesto descrito, si bien aquél parte de una identidad árbitro-mediador (“Developing an Effective Med-Arb/Arb-Med Process”, *op. cit.*, pág. 71).

³⁹⁸ *Vid.*, entre otros, art. 29 y Apéndice V del Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC; art. 27 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid; art. 37 y Apéndice I del Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA); art. 15. 4 del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje.

emergencia, las partes podrían solicitar una medida cautelar en la mediación prearbitral³⁹⁹.

Cuando las partes soliciten las medidas urgentes en un procedimiento prearbitral ante el árbitro, se producirá una peculiar circunstancia en la que, en un mismo procedimiento, podrán llegar a intervenir hasta tres terceros –mediador, árbitro y juez–, por lo que tres sistemas de resolución de conflictos se interrelacionarán. La ejecución de la medida precisará la intervención judicial al carecer el árbitro de la *potestas* necesaria, que se realizará por los cauces de la ejecución forzosa de los laudos (arts. 23. 2 y 44 LA)⁴⁰⁰. Surge así un supuesto factible, pero hasta cierto punto excéntrico. Una de las razones que llevan a las partes a acudir a la mediación radica en la celeridad para resolver la controversia; la cual desaparecerá si se da esta circunstancia, ya que implica añadir un eslabón más hacia la efectividad de una medida cautelar que, si se solicitase ante el juez directamente, el peticionario la obtendría antes. De esta manera, resulta llamativo que las partes acudan al árbitro para solicitar la medida cautelar, quien precisará de la ejecución forzosa de los jueces en la mayoría de los casos. No obstante, el recurso al árbitro como concedente de las medidas cautelares puede deberse a la búsqueda de un tercero más técnico y especialista en la materia objeto de litigio, pues no debe olvidarse que el arbitraje permite la designación de un árbitro o elección de una institución arbitral especialista en una determinada materia.

Al margen de estas excepciones, las probabilidades de que las partes pidan las medidas cautelares al árbitro son mínimas. No obstante, siempre cabe la posibilidad de solicitarlas ante el órgano judicial. Esta facultad dual puede plantear algunos problemas de coordinación y posibles resoluciones contradictorias. Esta sede no es la adecuada para resolver la cuestión, aunque es menester señalar que el principal problema será la duplicidad de peticiones –ante el juez y el árbitro–. No hay una solución tajante, al no prever la LA nada al respecto, pero cabe realizar dos consideraciones. La Exposición de Motivos indica que “las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas

³⁹⁹ De todas maneras, entendemos que esta es una cuestión que quedará establecida en los reglamentos internos de la institución, previendo o no dicha posibilidad.

⁴⁰⁰ A este respecto, *vid.* la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 20 febrero 2006 (RJ2006/934), que incide en la necesidad del auxilio judicial para la ejecución de las medidas cautelares contenidas en un laudo.

y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal⁴⁰¹”, lo que obliga a las partes a actuar siempre de buena fe y no ejercer ningún tipo de abuso debido a la flexibilidad de la legislación procesal⁴⁰². Asimismo, este problema también puede encontrar solución en la fuerza de cosa juzgada de las resoluciones –concretamente, en la desplegada por la primera resolución dictada– respecto de lo resuelto por la misma, no sobre el fondo del asunto⁴⁰³.

8. Una propuesta de *lege ferenda*

Un diagnóstico nunca será suficiente si no se indica un remedio para paliar el problema. Por esta razón, estimamos necesario aportar una proposición de reforma de aquellos preceptos que deberían ser modificados, en aras de garantizar y mejorar la operatividad y eficacia de las medidas cautelares dictadas en el marco de un procedimiento de mediación. Evidentemente, no se trata de una propuesta absoluta que agota todas las cuestiones que hemos comentado anteriormente, sino que busca solventar los principales obstáculos para que esta institución sea realmente eficaz.

Se propone la modificación de los artículos 548, 722, 730 y 731 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en los siguientes términos:

Uno. El art. 548 quedaría redactado de la siguiente forma:

“El tribunal no despachará ejecución de resoluciones judiciales o arbitrales o de convenios aprobados judicialmente dentro de los veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena o de aprobación del convenio haya sido notificada al ejecutado.

Tampoco se despachará ejecución de acuerdos de mediación dentro de los veinte días posteriores a aquél en que la resolución de homologación fue notificada al ejecutado, o devino ejecutivo por elevarse a escritura pública”.

Dos. Se sustituiría el segundo párrafo del artículo 722 LEC por los siguientes:

⁴⁰¹ Parágrafo V de la Exposición de Motivos de la LA.

⁴⁰² FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “Arbitraje y justicia cautelar”, *op. cit.*, pág. 58

⁴⁰³ MALLANDRICH MIRET, N., *Medidas cautelares y arbitraje*, *op. cit.*, págs. 164 - 165.

“También podrá pedir al Tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de un pacto de sometimiento a mediación con anterioridad a cualquier actuación tendente a poner en marcha el procedimiento de mediación. Asimismo, podrá pedir las que acredite ser parte en un procedimiento de mediación pendiente en España; o en el supuesto de una mediación institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento.

Sin perjuicio de las reglas especiales previstas en los Tratados y Convenios o en las normas comunitarias que sean de aplicación, también se podrá solicitar de un Tribunal español por quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en un país extranjero la adopción de medidas cautelares si se dan los presupuestos legalmente previstos salvo en los casos en que para conocer del asunto principal fuesen exclusivamente competentes los Tribunales españoles”.

Tres. Se añadiría un segundo párrafo al apartado tercero del artículo 730:

“Tampoco regirá el requisito temporal señalado en el apartado anterior en los casos en que exista un pacto de sometimiento a mediación. Para que la medida cautelar se mantenga, será suficiente con que la parte beneficiada por ésta lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento de mediación”.

Cuatro. El párrafo segundo del apartado primero del artículo 731 sería sustituido por los siguientes párrafos:

“Tampoco podrá mantenerse una medida cautelar si, tras finalizar el procedimiento de mediación sin acuerdo, el beneficiado por aquélla no presenta la demanda ante el Tribunal que conoció de la solicitud en el plazo de veinte días desde la notificación de la resolución, en virtud de la cual el órgano judicial deja constancia de su conocimiento de la terminación del procedimiento.

Cuando el procedimiento de mediación finalice con acuerdo, y éste sea elevado a escritura pública, las medidas cautelares acordadas se mantendrán hasta que transcurra el plazo a que se refiere el artículo 548 de la presente Ley.

Asimismo, tampoco podrá mantenerse una medida cautelar si el proceso quedare en suspenso durante más de seis meses por causa imputable al solicitante de la medida”.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Aunque en España no exista tradición, la mediación es uno de los principales y más importantes ADR, si bien el interés por la misma ha aumentado. De esta manera, la mediación puede conceptuarse como un medio estructurado por el que dos o más partes intentan alcanzar voluntariamente, y por sí mismas, un acuerdo para solucionar una disputa que concierna a materias disponibles, con la ayuda de un tercero llamado mediador.

SEGUNDA.- Desde mediados de la década de los años 80, las instituciones comunitarias han mostrado un gran interés en el instituto de la mediación, que desembocó, primero, en la aprobación de un *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en materia de Derecho civil y mercantil distintas del arbitraje*, después en la adopción de un Código de Conducta Europeo para los mediadores, culminando todo ello en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Esta norma de mínimos se propuso como objetivo mejorar el acceso a la justicia, que abarca el acceso tanto a medios judiciales como extrajudiciales. De esta forma, la DM nace con una concepción errónea del acceso a la justicia. La norma se limita a establecer las notas mínimas o esenciales que deben estar presente en toda mediación que afecte a litigios transfronterizos en materias civiles o mercantiles, correspondiendo a los Estados miembros desarrollarla como estimen conveniente.

TERCERO.- Bien es sabido que toda Directiva exige su transposición en los Estados miembros. España hizo tarde sus deberes, viéndose obligada a regularla por la vía de urgencia a través de un Real Decreto - ley, que luego fue confirmado por la Ley 5/2012, de 6 de julio de 2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. En un mapa legislativo atomizado por leyes autonómicas sectoriales en mediación familiar, la LM ha supuesto la primera regulación general de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. La norma establece las pautas y principios que deben guiar todo procedimiento. La ley opta por un modelo basado en la voluntariedad y libre decisión de las partes, así como en la flexibilidad del propio procedimiento. El objetivo prioritario de la norma es convertir

a los tribunales de justicia en el último recurso, en pro de una solución pacífica, menos perjudicial para las partes y que les permita, si es posible, mantener las relaciones. A ello se une el hecho de que puede ser un elemento “coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo” de los tribunales.

Para ello, la LM ha intentado ir un paso más allá que la DM, con una regulación más completa –lo cual es normal, al ser ésta una norma de mínimos–. No obstante, la LM se queda corta en cuanto a su ordenación. Socapa de la flexibilidad y libre autonomía, la ley elude una normativización pormenorizada, obviando la regulación de determinados extremos –requisitos formales de la cláusula de sometimiento a la mediación, especialmente en los contratos de adhesión; la responsabilidad en el coste de la mediación en fases iniciales; los posibles mecanismos de abstención y recusación de los mediadores; o los aspectos formales que deben reunir las citaciones producidas durante un procedimiento de mediación; entre otras cuestiones–. A ello se une la ausencia de unas normas supletorias que integren las lagunas que puedan surgir durante el desarrollo de un procedimiento, tal como sí hace la LA. De esta forma, toda la responsabilidad recae sobre los hombros de las partes principalmente y, en menor medida, el mediador –por cuanto él no decide, sino guía–.

CUARTA.- Pese a que la LM se antoja incompleta, hay un aspecto sobre el que ha puesto especial cuidado, tal como hiciera la DM. El recurso a la mediación se basa en la voluntariedad, no sólo en su inicio, sino también en su mantenimiento y finalización con acuerdo o no. Esto se traduce en que la opción por la mediación no puede impedir a las partes iniciar posteriormente un proceso judicial o arbitraje respecto del mismo objeto, en caso de fracaso de aquélla. La íntima relación entre proceso judicial y mediación prevista en la LM resulta patente en varios preceptos –la consagración de la confidencialidad de la mediación, que prohíbe la aportación a un proceso judicial de documentos o información surgida en un procedimiento, en aras de conseguir un clima de confianza (art. 9 LM); o los efectos que la mediación ejerce sobre las prescripción y caducidad de acciones, suspendiendo los plazos previstos (art. 4 LM), entre otros–. En la consecución de este fin, durante el tiempo en que se desarrolle la mediación, las partes no podrán ejercitar ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos.

Resulta estimable que el legislador haya reconocido esta opción a los mediados porque, pese a que la celeridad es una de las ventajas de toda mediación –o debería serlo–, resulta innegable que la dilación temporal puede afectar a la eficacia del acuerdo, bien por las posibles actuaciones torticeras de la parte frente a la que se soliciten las medidas cautelares, bien por el riesgo inherente al mero transcurso del tiempo. Sentado esto, aunque es loable esta muestra de preocupación por garantizar o proteger los bienes y derechos, se antoja cuestionable su verdadera necesidad.

QUINTA.- La adopción de unas medidas cautelares casa difícilmente con el recurso a la mediación. Para acordar una cautelar siempre deben concurrir un *periculum in mora* y un *fumus boni iuri*. De esta manera, si el solicitante aprecia que su solicitud prospera debido a la presencia de una apariencia de buen derecho, quedaría en una situación de ventaja al considerar que su pretensión tiene visos de prosperar, lo cual influiría en su ánimo a la hora de hacer frente a una mediación. Junto a ello, el *periculum in mora* obliga a distinguir entre el riesgo subjetivo y objetivo. Cuando una medida cautelar sea solicitada con el pretexto de concurrir un peligro subjetivo, esa mediación estará abocada al fracaso. Este procedimiento se basa en una necesaria lealtad y buena fe, que permita erigir una relación de confianza mutua. Evidentemente, si no existe una confianza en el comportamiento de la otra parte, lo cual obliga a solicitar el acuerdo de una medida cautelar, ese procedimiento nace viciado.

Por otra parte, si se alega la concurrencia de un *periculum in mora* objetivo, la buena fe y la lealtad *inter partes* no tienen necesariamente que verse quebrantadas, por lo que no debería verse afectado el procedimiento de mediación. Ahora bien, cabe preguntarse si la adopción de una cautelar es realmente necesaria en estos casos. Si existe acuerdo en la presencia de un riesgo objetivo que puede afectar al bien o derecho objeto de disputa, ¿por qué las partes no llegan a un acuerdo para asegurar el objeto de controversia? Sólo debería ser necesario en aquellos casos en que ese aseguramiento exija una actuación del juez para obtener su eficacia frente a terceros.

De esta manera, es cierto que existen situaciones de urgencia que precisan protección. Sin embargo, las medidas cautelares y la mediación son conceptos antagónicos que se han introducido en una misma ecuación, cuando en realidad su

convergencia abocará al fracaso en una mayoría de casos. Esto se debe al hecho de que la tutela cautelar no deja de ser un proceso judicial, con la dicotomía demandante/demandado, frente al procedimiento de mediación, con la identificación de partes. A todo ello se une un cierto contrasentido de esta facultad reconocida en el marco de una mediación. A menudo se ha indicado que uno de los objetivos de la mediación estriba en reducir la carga de trabajo de los tribunales de justicia. El ejercicio de la tutela cautelar exige una intervención de los tribunales a través de un proceso. ¿Qué sentido tiene reconocer la intervención judicial si, precisamente, se pretende reducir su carga de trabajo? En el marco de una mediación, una intervención judicial puede explicarse sólo cuando aquélla ya se encuentre finalizada –por ejemplo, la ejecución de un acuerdo–, pero no cuando se pretende que llegue a buen puerto.

SEXTA.- Sin embargo, lo cierto es que la LM permite a las partes solicitar la adopción de medidas cautelares durante una mediación, como única excepción a la prohibición de ejercitar ninguna acción judicial o extrajudicial respecto del objeto. No obstante, esta regulación resulta escueta, seguramente debido a que esta facultad obedece a una modificación que fue introducida en el trámite de enmiendas, por lo que el legislador no fue consciente de las implicaciones prácticas que tiene el simple y escueto art. 10. 2 LM, de manera que las especialidades originadas por este supuesto no han sido previstas en la LEC. Consecuencia de todo ello es que la adopción de medidas cautelares durante el procedimiento de mediación se sustanciará por los cauces ordinarios previstos en la LEC.

Ahora bien, ante la ausencia de cualquier modificación normativa, que atienda las especialidades que pueden surgir en este especial supuesto, la eficacia u operatividad de las cautelares solicitadas durante la mediación será cuestionada debido a los distintos problemas y obstáculos que surgen, principalmente, respecto a dos cuestiones: los relativos al momento y competencia de solicitud, y los relativos al mantenimiento o alzamiento de las medidas una vez finaliza el procedimiento de mediación. Asimismo, el abordaje de estas cuestiones exige distinguir según se trate de una mediación extrajudicial o intrajudicial, pues las peculiaridades de cada una influirán de distinta forma.

SÉPTIMA.- Respecto al momento y competencia de solicitud de las medidas, hemos llegado a la conclusión de que la determinación del tribunal competente no debe

presentar problemas, pese a la equiparación de la mediación con el arbitraje que la LM realiza en algunos casos. De esta forma, será aplicable el art. 723. 1 LM, por lo que corresponderá acordar las medidas al tribunal que esté conociendo del asunto –en mediación intrajudicial– o el que sería competente para conocer de la demanda –mediación extrajudicial–.

Más problemática resulta la cuestión sobre el momento de la solicitud. Por un lado, en relación a las mediaciones extrajudiciales, hay que distinguir si la petición se realiza antes del inicio del procedimiento, o una vez ha sido iniciado. El tenor del art. 10. 2 LM recalca que podrán pedirse las medidas durante la mediación, omitiendo cualquier referencia a una petición previa. Sin embargo, la solicitud de cautelares previas al inicio de la mediación extrajudicial siempre será un supuesto de medidas cautelares preprocesales. Por tanto, desde un plano hipotético, podría llegar a suceder, si bien ello exigiría una aplicación analógica de los arts. 722 y 730. 3 LEC, lo que requeriría, por un lado, la necesaria concurrencia de una cláusula de sometimiento a mediación y, por otro lado, la alegación de unas razones de urgencia o necesidad que justificasen la adopción.

Cuando se soliciten medidas durante el procedimiento de mediación, será aplicable el art. 730. 1 LEC. Al contrario que parte de la doctrina, consideramos que no se antoja necesario apelar a la aplicación analógica del art. 4 LM para que suspenda el plazo del art. 730. 2 LEC, pues la existencia del procedimiento de mediación es por sí mismo justificativo de la facultad de solicitud de medidas cautelares. Es decir, las medidas cautelares solicitadas una vez que existe el procedimiento de mediación no implican un supuesto de las medidas preprocesales previstas en el apartado segundo del art. 730 LEC.

Por otro lado, también podrán solicitarse medidas en una mediación intrajudicial. En este caso, el art. 730. 4 LEC exige la presencia de hechos y circunstancias que justifiquen la petición en esos momentos, requisito que entendemos cumplido cuando las partes insten la suspensión del proceso para iniciar un procedimiento de mediación.

OCTAVA.- La mayor dificultad a la hora de analizar la operatividad de las medidas cautelares viene representada por la cuestión de su mantenimiento o alzamiento. La consagración de la voluntariedad como uno de los principios más importantes de la mediación implica que la puerta de acceso a la vía judicial siempre esté abierta. De esta

manera, el procedimiento de mediación puede finalizar con acuerdo o sin él. La falta de norma a este respecto complica la transición bien a un proceso judicial declarativo, si no ha podido llegarse a acuerdo, bien a un proceso judicial ejecutivo, si la parte obligada no se aviene a cumplir voluntariamente el acuerdo. La mecánica tendrá un resultado distinto según la mediación sea extrajudicial o intrajudicial.

En los supuestos de mediación intrajudicial, acabe con acuerdo o sin él, las medidas deberán mantenerse. En caso de acuerdo, éste será homologado y serán aplicables los arts. 731. 1 y 548 LEC, manteniéndose las medidas hasta que hayan transcurrido veinte días desde la notificación del auto. Asimismo, si el procedimiento finaliza sin acuerdo, las partes solicitarán el alzamiento de la suspensión del proceso judicial, que continuará por los cauces ordinarios, de manera que las cautelares se mantendrán.

Por otro lado, la mediación extrajudicial presenta otros obstáculos mayores. Cuando el procedimiento termine sin acuerdo, entendemos que las medidas deberían mantenerse, implicando una carga para ambas partes: por un lado, el perjudicado debe comunicar al Secretario judicial la finalización; por otro, el beneficiado por las medidas deberá presentar la demanda en un plazo de veinte días. Si bien no hay un precepto expreso que así lo prevea, por un criterio teleológico resulta oportuna esta opción.

Asimismo, el procedimiento finalizado en acuerdo obliga a distinguir entre dos supuestos: si ha sido elevado a escritura pública o no. En el primer supuesto, pese a la inexistencia de un precepto específico, las medidas habrán de mantenerse hasta que transcurra el plazo previsto en el art. 548 LEC; en caso contrario, no se entendería cumplida la finalidad de las cautelares. En el segundo supuesto, tales medidas se mantendrán siempre que el beneficiado interponga la demanda en un plazo de veinte días, así como la situación jurídica cautelable siga concurriendo.

NOVENA.- En otro orden de asuntos, la previsión del art. 10. 2 LM ha abierto la puerta a la posibilidad de adoptar medidas cautelares en los procedimientos *medarb*, que permitirá a las partes solicitarlas tanto al juez como al árbitro. Esta configuración legal implica que puedan originarse situaciones esperpénticas en las que, en un mismo procedimiento de mediación, lleguen a intervenir junto al mediador, un árbitro y un juez.

Esto desembocaría en la desaparición de la celeridad como una de las ventajas de la mediación. Por tanto, entendemos que la eficacia de este ADR quedaría cuestionada, resultando además su naturaleza totalmente desvirtuada.

DÉCIMA.- Por todo lo anterior, desde el momento en que el legislador optó por reconocer esta facultad a las partes, impera la necesidad de realizar algunas modificaciones y añadidos en la LEC, que permitan mejorar y garantizar la eficacia y operatividad de las medidas cautelares en el marco de un procedimiento de mediación, en aras de obtener una mayor seguridad jurídica al respecto.

JURISPRUDENCIA REFERENCIADA

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- Sala Cuarta, caso *Rosalba Alassini contra Telecom Italia SpA*, sentencia de 18 de marzo de 2010 (TJCE\2010\78).

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

- Sala Segunda, caso *Eirini Lechouritou y otros contra Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias*, sentencia de 15 de febrero de 2007 (TJCE\2007\34).
- Sala Primera, caso *Land Oberösterreich contra CEZ*, sentencia de 18 de mayo de 2006 (TJCE\2006\144).
- Sala Quinta, caso *Préservatrice foncière TIARD SA contra Staat der Nederlanden*, sentencia de 15 de mayo de 2003 (TCJE\2003\141).
- Sala Quinta, caso *Gemeente Steenbergen contra Luc Baten*, sentencia de 14 de noviembre de 2002 (TJCE\2002\334).

Tribunal Constitucional

- Sala Segunda, sentencia núm. 164/2008, de 15 de diciembre (RTC\2008\164).
- Sala Primera, sentencia núm. 159/2008, de 2 de diciembre (RTC\2008\159).
- Sala Segunda, sentencia núm. 178/2001, de 17 de septiembre (RTC\2001\178).
- Sala Segunda, sentencia núm. 218/1994, de 18 de julio (RTC\1994\218).
- Sala Primera, sentencia núm. 237/1991, de 12 diciembre (RTC\1991\237).
- Sala Primera, sentencia núm. 91/1989, de 16 mayo (RTC\1989\91).

Tribunal Supremo

- Sala de lo Civil, sentencia núm. 11/2012, de 19 de enero de 2012 (RJ\2012\307).
- Sala de lo Civil, sentencia núm. 109/2011, de 2 de marzo (RJ\2011\2616).
- Sala de lo Civil, auto de 3 de mayo de 2002 (RJ\2002\7788).
- Sala de lo Civil, auto de 14 de diciembre de 2001 (RJ\2002\1528).
- Sala de lo Civil, sentencia núm. 12/2000, de 22 enero (RJ\2000\60).
- Sala de lo civil, sentencia núm. 870/1998, de 28 de septiembre (RJ\1998\7287).
- Sala de lo civil, sentencia núm. 355/1998, de 18 abril (RJ\1998\2984).

Tribunal Superior de Justicia

- Cataluña (Sala de lo Civil y Penal), sentencia núm. 72/2013, de 9 de diciembre (RJ\2013\8311).

Audiencias Provinciales

- A Coruña (Sección 5ª), auto núm. 89/2008, de 25 de junio (JUR\2009\243408).
- Alicante (Sección 8ª), auto núm. 25/2011, de 3 de mayo (JUR\2012\45944).
- Asturias (Sección 7ª), auto núm. 102/2006, de 25 de julio (JUR\2007\32213).
- Asturias (Sección 5ª), auto núm. 108/2004, de 16 diciembre (JUR\2005\43665).
- Barcelona (Sección 1ª), auto núm. 235/2012, de 9 de octubre (JUR\2012\372798).
- Barcelona (Sección 1ª), auto núm. 37/2012, de 20 de febrero (JUR\2012\102529).
- Barcelona (Sección 4ª), auto núm. 278/2009, de 19 de noviembre (JUR\2010\151167).
- Barcelona (Sección 15ª), auto núm. 39/2009, de 30 de enero (JUR\2009\173355).
- Barcelona (Sección 17ª), auto núm. 89/2006, de 5 de abril (JUR\2006\241068).
- Burgos (Sección 3ª), auto núm. 154/2007, de 9 de abril (AC\2007\1721).
- Cádiz (Sección 2ª), auto de 5 de mayo de 2003 (AC\2003\1019).
- Castellón (Sección 3ª), auto núm. 76/2012, de 3 mayo (JUR\2012\294653).
- Córdoba (Sección 2ª), auto núm. 5/2003, de 27 de enero (JUR\2003\45252).
- Gerona (Sección 2ª), auto núm. 47/2006, de 21 de marzo (JUR\2006\266540).
- Granada (Sección 4ª), auto núm. 140/2012, de 2 de noviembre (JUR\2013\102744).
- Granada (Sección 4ª), auto núm. 73/2005, de 25 abril (AC\2005\1001).
- Granada (Sección 4ª), auto núm. 144/2002, de 29 de octubre (AC\2002\1832).
- Guipúzcoa (Sección 3ª), auto núm. 100/2010, de 15 de octubre (JUR\2010\416845).
- Huelva (Sección 3ª), auto núm. 72/2003, de 27 octubre (JUR\2004\42252).
- Las Palmas (Sección 3ª), auto núm. 109/2008, de 6 mayo (JUR\2008\243914).
- León (Sección 2ª), auto de 24 julio 2002 (AC\2002\1627).
- Lleida (Sección 2ª), auto núm. 28/2014, de 13 febrero (JUR\2014\298195).
- Madrid (Sección 11ª), auto núm. 340/2012, de 18 octubre (JUR\2012\381146).
- Madrid (Sección 28ª), auto núm. 31/2012, de 24 de febrero (JUR\2012\125441).
- Madrid (Sección 14ª), auto núm. 272/2010, de 15 de noviembre (JUR\2011\36520).
- Madrid (Sección 28ª), auto núm. 12/2010, de 22 de enero (JUR\2010\105203).
- Madrid (Sección 25ª), auto núm. 11/2010, de 19 de enero (JUR\2010\105986).
- Madrid (Sección 11ª), auto núm. 82/2007 de 31 enero (AC\2007\208).

- Madrid (Sección 28ª), auto de 15 de enero de 2007 (AC\2007\195).
- Madrid (Sección 14ª), auto núm. 84/2006, de 4 mayo (JUR\2006\192848).
- Madrid (Sección 9ª), auto núm. 38/2005, de 28 febrero (AC\2005\341).
- Madrid (Sección 21ª), auto núm. 42/2004, de 27 abril (AC\2004\1654).
- Murcia (Sección 5ª), sentencia núm. 56/2012, de 14 febrero (JUR\2012\95827).
- Pontevedra (Sección 6ª), auto núm. 21/2012, de 30 enero (JUR\2012\89257).
- Pontevedra (Sección 6ª), auto núm. 251/2010, de 8 de noviembre (JUR\2011\55572).
- Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), auto núm. 113/2011, de 26 septiembre (JUR\2011\378794).
- Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª), auto núm. 37/2005, de 14 marzo (AC\2005\402).
- Sevilla (Sección 6ª), auto núm. 44/2012, de 20 de marzo (JUR\2012\209306).

Juzgados de Primera Instancia

- Barcelona (núm. 52), auto de 26 de enero de 2015 (JUR\2015\88257).
- Barcelona (núm. 46), auto núm. 129/2013, de 15 abril (AC\2013\502).

Juzgados de lo Mercantil

- Barcelona (núm. 9), auto de 20 de enero de 2015 (AC\2015\23).
- Barcelona (núm. 1), auto de 13 febrero 2006 (AC\2006\360).
- Madrid (núm. 3), auto de 19 de junio de 2013 (JUR\2013\218843).
- Madrid (núm. 12), auto de 12 de noviembre de 2010 (AC\2010\1841).

Otros

- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 20 febrero 2006 (RJ\2006\934).

BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos doctrinales

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, Ed. EDISOFER, Madrid, 2006.

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.

ÁLVAREZ TORRES, M., “La mediación”, *Mediación civil y mercantil*, Coord. ÁLVAREZ TORRES, M., Ed. Dykinson, Madrid, 2013.

ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R., “La dinámica del conflicto”, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Dir. SOLETO MUÑOZ, H., y Coords. CARRETERO MORALES, E., y RUIZ LÓPEZ, C., Ed. Tecnos, Madrid, 2013.

ANDRÉS CIURANA, B., “La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España. (A propósito de la propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 12 (2005).

BARIL, M. B. y DICKEY, D., “MED-ARB: The Best of Both Worlds or Just a Limited ADR Option”, *Mediate.com*, (2014). Disponible en el enlace siguiente: <http://www.mediate.com/pdf/MED-ARBTheBestofBothWorldsorJustaLimite-dADROption.pdf>

BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

BONET NAVARRO, A., “Acuerdo de mediación y proceso civil”, *Proceso Civil y Mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Dir. BONET NAVARRO, A.; Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

- CALATAYUD SIERRA, A., “Elevación a escritura pública del acuerdo de mediación”, *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Dir. BONET NAVARRO, A., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- CALDERÓN CUADRADO, M^a. P. e IGLESIAS BUHIGUES, J. L., “La mediación como ‘alternativa’ a la jurisdicción”, *Derecho Procesal Civil Europeo. Volumen II. Acceso a la justicia y auxilio judicial en la Unión Europea*, Dir. DE LA OLIVA SANTOS, A., Coord. CALDERÓN CUADRADO, M^a. P, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- CALLEJO RODRÍGUEZ, C. y MATUD JURISTO, M., “La mediación en asuntos civiles”, *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Coords. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., DE PRADA RODRÍGUEZ, M. y CARABANTE MUNTADA, J. M., Ed. Netbiblo, La Coruña, 2010.
- CALVET BOTELLA, J., “Medidas cautelares civiles”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1935 (2003).
- CAMPO IZQUIERDO, A. L., “Mediación Familiar. Estudio comparativo de la normativa nacional y autonómica”, *Actualidad Civil*, núm. 15 (2010).
- CASTILLEJO MANZANARES, R., “La mediación intrajudicial en asuntos civiles y mercantiles”, *Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, núm. 1 (2013).
- CORELLA MIGUEL, J. J., “La ejecución del auto que homologa una transacción en caso de incumplimiento”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 54 (2015).
- DE DIEGO VALLEJO, R. y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*; Ed. Pirámide, Madrid, 2012.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., “Mediación y justicia: síntomas patológicos”, *Otrosí*, núm. 8 (2011).

- *Derecho Procesal Civil. Introducción*, (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGAS TORRES, J.), Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales* (con DE LA OLIVA SANTOS, A. y VEGAS TORRES, J.), Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2005.

FERNÁNDEZ CARRON, C: “La Directiva de mediación y su transposición al Derecho español”, *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa*, Dir. DE LA OLIVA SANTOS, A. y Coord. CEDEÑO HERNÁN, M.; Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “Arbitraje y justicia cautelar”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, núm. 2007 (2007).

GARBERÍ LLOBREGAT, J., “Parte General. Medidas cautelares y proceso cautelar”, *Las Medidas Cautelares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Dir. GARBERÍ LLOBREGAT, J., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

GARCÍA ÁLVAREZ, R., “El juez como mediador. ¿Es conveniente? ¿Es posible?”, *Diario La Ley*, núm. 7721 (2011).

GARCÍA DEL POYO, R., “La mediación electrónica”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 29 (2013). El artículo se encuentra disponible en el siguiente enlace: <http://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100/1215245063566/ / / .>

GARCÍA VILLALUENGA, L., “Artículo 8. Neutralidad”, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Dirs. GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C., Coord. FERNÁNDEZ CANALES, C., Ed. Reus, Madrid, 2012.

- “Artículo 9. Confidencialidad”, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Dirs. GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C., Coord. Fernández Canales, C., Ed. Reus, Madrid, 2012.

- “La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 4 (2010).

GIL NIEVAS, R., “La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 768 (2009).

GISBERT POMATA, M. y DÍEZ RIAZA, S., *El contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

GÓMEZ AMIGO, L., “Estudio del procedimiento de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 31 (2013).

GONZÁLEZ CANO, M^a. I., “Disposición final tercera. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”, *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Dir. CASTILLEJO MANZANARES, R., Coords. ALONSO SALGADO, C. y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., “La tutela cautelar en el procedimiento de mediación”, *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*, Coord. ABEL LLUCH, X., Ed. BOSCH, Barcelona, 2014.

- “Las medidas cautelares en el proceso civil: disposiciones generales”, *Medidas cautelares en el proceso civil*, Ed. Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia Servicio Central De Publicaciones Del Gobierno Vasco, Bilbao, 2007.

GUTIÉRREZ SANZ, M^a. R., “El procedimiento de mediación: transposición de la Directiva 2008/52/CE por la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y en España*, Dir. HUALDE MANSO, T., Coord. MESTROT, M., Ed. La Ley, Las Rozas, 2013.

- HERRERO PEREZAGUA, J. F., “El juez y la mediación”, *Proceso Civil y Mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Dir. BONET NAVARRO, A., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- HINOJOSA SEGOVIA, R. y CUBILLO LÓPEZ, I., “El arbitraje”, *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, Coord. HINOJOSA SEGOVIA, R., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006.
- HUALDE MANSO, T., “Del proyecto Caamaño al proyecto Gallardón sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista doctrinal*, núm. 12 (2012).
- IGLESIAS CANLE, I. C., “La mediación civil en España tras la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Mediación, Justicia y Unión Europea*, Coord. IGLESIAS CANLE, I. C., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.
- LARENA BELDARRAIN, J., “Consideraciones generales sobre la ejecución provisional”, *Revista Vasca de la Administración Pública*, núm. 99-100 (2014).
- LÓPEZ SIMÓ, F., “Las partes en la mediación”, *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española*, Coords. LÓPEZ SIMÓ, F. y GARAU SOBRINO, F.F., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.
- LOZANO CORREA, L., “¿Puede un Med/Arb actuar en dos procesos?”, *Revista de Mediación*, núm. 10 (2012).
- LUQUIN BERGARECHE, R., “Los principios de la mediación”, *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y en España*, Dir. HUALDE MANSO, T., Coord. MESTROT, M., Ed. La Ley, Las Rozas, 2013.
- MAGRO SERVET, V., “La incorporación al derecho español de la Directiva 2008/52/CE por el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Diario La Ley*, núm. 7852 (2012).

- “La mediación civil y mercantil: ante la última oportunidad en la resolución extrajudicial de los conflictos”, *REVISTA CEF LEGAL*, núm. 158 (2014).

MALLANDRICH MIRET, N., *Medidas cautelares y arbitraje*, Ed. Aterlier, Barcelona, 2010.

MARÍN HITTA, L. y MURILLO BERMEJO, A., “Artículo 6. Voluntariedad y libre disposición”, *Comentarios a la ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Coord. MARÍN HITTA, L., Ed. ePraxis, Sevilla, 2013.

- “Artículo 7. Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores”, *Comentarios a la ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Coord. MARÍN HITTA, L., Ed. ePraxis, Sevilla, 2013.

MARQUES CEBOLA, C., *La mediación*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

MARTÍ MINGARRO, L., “La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 29 (2013). El artículo se encuentra a disposición del lector en el siguiente enlace electrónico: <http://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100/1215245063566/ ///>).

MARTÍN DIZ, F., “Mediación en derecho privado: nuevas perspectivas prácticas”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 33 (2014).

- *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación; Madrid, 2010.

MEJÍAS GÓMEZ, J. F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, Ed. El Derecho, Madrid, 2010.

MONTERO AROCA, J., *El proceso civil: Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

MORCILLO JIMÉNEZ, J. J., “El proceso de mediación”, *Mediación civil y mercantil*, Coord. ÁLVAREZ TORRES, M., Ed. Dykinson, Madrid, 2013.

MORENO CATENA, V., “La resolución jurídica de conflictos”, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Dir. SOLETO MUÑOZ, H., Coords. CARRETERO MORALES, E., y RUIZ LÓPEZ, C., Ed. Tecnos, Madrid, 2013.

MORENO CORDERO, G., “La Directiva comunitaria 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. (Especial referencia a la mediación de consumo en el ordenamiento español)”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, núm. 2009 (2009).

MUNNÉ CATARINA, F. y VIDAL TEIXIDÓ, A., *La mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*, Ed. La Ley, Las Rozas, 2013.

NOYA FERREIRO, M^a. L., “Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil: Arts. 19 a 22” (con VARELA GÓMEZ, B. J.), *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3 (2005). El artículo se encuentra disponible en el siguiente enlace: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1214662>.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D., “La Directiva sobre mediación y sus efectos en el Derecho español: «fuera de los tribunales también hay justicia»”, *Diario La Ley*, núm. 7165 (2009).

ORTIZ PRADILLO, J. C., “La mediación como método de solución de conflictos en el Estado de las autonomías”, *Mediación, Justicia y Unión Europea*, Coord. IGLESIAS CANLE, I. C., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 70.

- “La mediación en la Unión Europea: la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, Dir. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., y coords. SANZ HERMIDA, A. G. y ORTIZ PRADILLO, J. C., Ed. Colex. Madrid, 2010.
- *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, Ed. Iustel, Madrid, 2006.

ORTUÑO MUÑOZ, P., “Apuntes críticos sobre la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación Civil y Mercantil”, *Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, núm. 1 (2013).

- “Artículo 1. Concepto”, *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Dir. CASTILLEJO MANZANARES, R., Coords. ALONSO SALGADO, C. y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- “Artículo 13. Actuación del mediador”, *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*; Dir. CASTILLEJO MANZANARES, R., Coords. ALONSO SALGADO, C. y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- “Artículo 7. Igualdad e imparcialidad de los mediadores”, *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Dir. CASTILLEJO MANZANARES, R., Coords. ALONSO SALGADO, C. y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- “Artículo 8. Neutralidad”, *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Dir. CASTILLEJO MANZANARES, R., Coords. ALONSO SALGADO, C. y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- “La mediación civil en el espacio judicial europeo”, *Estado del Arte de la Mediación*, Coords. GORJÓN GÓMEZ, F. y LÓPEZ PELÁEZ, A., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- “La mediación en el proceso de modernización de la justicia”, *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos*, Dir. CASTILLEJO MANZANARES, R., Coord. TORRADO TARRÍO, C., Ed. La Ley, Las Rozas, 2013.
- “A propósito del ámbito de la Directiva 2008/52/CE, sobre mediación, en asuntos civiles y mercantiles”, *Aranzadi Civil*, núm. 3 (2008).

OSORIO ACOSTA, E., *Las medidas cautelares en el proceso civil español*; Ed. Juruá, Lisboa, 2014.

PARDO IRANZO, V., *La ejecución del acuerdo de mediación*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

PARRA JIMÉNEZ, M^a. E., “Artículo 21. Desarrollo de las actuaciones”, *Comentarios a la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*, Coord. MARÍN HITTA, L., Ed. ePraxis, Sevilla, 2013.

PÉREZ DAUDÍ, V., “La adopción de las medidas cautelares para asegurar la efectividad de la mediación”, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Dir. SOLETO MUÑOZ, H., Coords. CARRETERO MORALES, E., y RUIZ LÓPEZ, C., Ed. Tecnos, Madrid, 2013.

- “La mediación y las medidas cautelares”, *Indret*, núm. 3 (2012), pág. 11. Disponible en http://www.indret.com/pdf/905_es.pdf.
- “Los criterios jurisprudenciales de adopción de las medidas cautelares”, *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 1-2 (2007).

PÉREZ MORRIONES, A., “La transposición de la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles en España”, *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y en España*, Dir. HUALDE MANSO, T., Coord. MESTROT, M., Ed. La Ley, Las Rozas, 2013.

PICÓ I JUNOY, J., «La interpretación judicial de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Revista Jurídica Española La Ley*, núm. 5568 (2002).

PRATS ALBENTOSA, L., “La nueva regulación europea de la mediación”, *Diario La Ley*, núm. 6958 (2008). Disponible en: <http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx>.

QUINTANA GARCÍA, A., “La responsabilidad civil de los mediadores”, *Diario La Ley*, núm. 8431 (2014).

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., “Artículo 4. Efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad”, *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Dir. CASTILLEJO MANZANARES, R., Coords. ALONSO SALGADO, C. y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

- “Artículo 21. Desarrollo de las actuaciones de mediación”, *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Dir. CASTILLEJO MANZANARES, R., Coords. ALONSO SALGADO, C. y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

RODRÍGUEZ PRIETO, F., “Un útil instrumento jurídico por descubrir: las cláusulas escalonadas med+arb”. Documento del Centro de Mediación del ICAV (Ilustre Colegio de Abogados de Valencia). El artículo está disponible en el link: <http://www.mediacion.icav.es/contenido.php?idioma=es&menucat=4&id=110>.

RODRÍGUEZ TIRADO, A. M^a., “Las medidas cautelares del proceso civil y la mediación”, *Práctica de los Tribunales*, núm. 107 (2014).

ROGEL VIDE, C., “Artículo 1. Concepto”, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Dirs. GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C., Coord. FERNÁNDEZ CANALES, C., Ed. Reus, Madrid, 2012.

RUBIO SÁNCHEZ, F., “Artículo 13. Actuación del mediador”, *Comentarios a la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*”, Coord. MARÍN HITTA, L., Ed. ePraxis, Sevilla, 2013.

SAIZ GARITAONAENDÍA, A., “El medarb como procedimiento mixto de resolución de conflictos: luces y sombras”, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Dir. SOLETO MUÑOZ, H., Coords. CARRETERO MORALES, E., y RUIZ LÓPEZ, C., Ed. Tecnos, Madrid, 2013.

SÁNCHEZ MARTÍN, P., “Incidencia de la mediación en el proceso civil”, *Práctica de tribunales*, núm. 98 - 99 (2012).

SANDE MAYO, M^a. J., “Artículo 22. Terminación del procedimiento”, *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Dir. CASTILLEJO MANZANARES, R., Coords. ALONSO SALGADO, C. y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

- SERRANO GÓMEZ, E., “Artículo 6. Voluntariedad y libre disposición”, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Dirs. GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C., Coord. FERNÁNDEZ CANALES, C., Ed. Reus, Madrid, 2012.
- SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación en asuntos civiles y mercantiles: la Ley 5/2012”, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Dir. SOLETO MUÑOZ, H., Coords. CARRETERO MORALES, E., y RUIZ LÓPEZ, C., Ed. Tecnos, Madrid, 2013.
- SOSPEDRA NAVAS, F. J., *Mediación y arbitraje. Los sistemas alternativos de resolución de conflictos*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- SUSSMAN, E., “Developing an Effective Med-Arb/Arb-Med Process”, *New York Dispute Resolution Lawyer*, núm. 1 (2009). Disponible en el siguiente enlace electrónico: <http://guides.library.harvard.edu/content.php?pid=442479&sid=4396465>.
- TELFORD, M. E., “Med - Arb: A Viable Dispute Resolution Alternative”, *IRC Press* (2000). Disponible en: <http://irc.queensu.ca/articles/med-arb-viable-dispute-resolution-alternative>.
- TORRADO TARRÍO, C., “Artículo 19. Sesión constitutiva”, *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Dir. CASTILLEJO MANZANARES, R., Coords. ALONSO SALGADO, C. y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- TORRES LANA, J. A., “Principios rectores de la mediación”, *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española*, Coords. LÓPEZ SIMÓ, F. y GARAU SOBRINO, F. F., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- TRIGO SIERRA, E. y MOYA FERNÁNDEZ, A. J., “La mediación civil y mercantil en España y en el Derecho comparado: a propósito del Real Decreto-ley 5/2012”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 32 (2012).

VARELA GÓMEZ, B. J., “Artículo 10. Las partes en la mediación”, *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Dir. CASTILLEJO MANZANARES, R., Coords. ALONSO SALGADO, C. y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

- “Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil: Arts. 19 a 22” (con NOYA FERREIRO, M^a. L.), *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3 (2005). El artículo se encuentra disponible en el siguiente enlace: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1214662>.

VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., “Concepto de mediación y ámbito de aplicación de la Ley 5/2012”, *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española*, Coords. LÓPEZ SIMÓ, F. y GARAU SOBRINO, F. F., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

YBARRA BORES, A. y RODRÍGUEZ BENOT, A., “La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y las competencias autonómicas”, *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española*, Coords. LÓPEZ SIMÓ, F. y GARAU SOBRINO, F. F., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

Otros recursos utilizados

- Libro Verde de la Comisión, de 19 de abril de 2002, sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en materia de Derecho civil y mercantil distintas del arbitraje [COM (2002) 196 final]. Se encuentra disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52002DC0196>.
- Libro Verde de la Comisión, de 16 de noviembre de 1993, sobre el acceso de los consumidores a la justicia y las soluciones de litigios en materia de consumo en el Mercado Único [COM (93) 576]. Disponible en el siguiente enlace: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:51993DC0576>.
- Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, de 19 de mayo de 2010. Se encuentra disponible en el siguiente enlace: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Publicaciones>.

- Estudio del Parlamento Europeo “*Rebooting*” the Mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU (2014). El texto se encuentra disponible en este enlace: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf).
- Base de datos jurídica de Aranzadi. www.westlaw.es.
- Base de datos jurídica de Iustel. www.iustel.es.
- Centro de Documentacion Judicial del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ). www.poderjudicial.es/search/index.jsp.
- RAE.- Real Academia Espanola. www.rae.es.