

# La mediación y las medidas cautelares

Vicente Pérez Daudí

Facultad de Derecho  
Universidad de Barcelona

### *Abstract\**

*El artículo 10.2. inciso segundo de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles prevé la adopción de medidas cautelares durante la pendencia del procedimiento de mediación. En este trabajo se analiza la relación entre las medidas cautelares y la mediación. Concretamente planteo la posibilidad de adoptar medidas cautelares de forma previa al inicio del proceso judicial y los efectos del inicio del procedimiento de mediación. A continuación se desarrolla la adopción de medidas cautelares durante la pendencia del procedimiento de mediación. Finalmente estudio los efectos de la finalización del procedimiento de mediación sobre las medidas cautelares ya adoptadas y respecto de una nueva solicitud.*

*Article 10.2, second paragraph, of Act 5/2012 of July 6, on mediation in civil and commercial matters provides for the adoption of precautionary measures while mediation proceedings are pending. In this paper, I analyze the relationship between precautionary measures and mediation. In particular, I consider the possibility of precautionary measures before the beginning of judicial proceedings and the effects of the start of mediation proceedings. After this, I develop the adoption of precautionary measures while the mediation proceedings are pending. Finally, I study the effects of the termination of the mediation process on any precautionary measures adopted and as regards a new request.*

*Title: Mediation and Precautionary Measures*

*Palabras clave: Medidas cautelares, mediación, proceso declarativo*

*Keywords: Precautionary measures, mediation, judicial proceedings*

---

\* Este trabajo se realiza en el ámbito del proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación DER 2008-04973/JURI.

## *Sumario*

1. Introducción
2. Tramitación legislativa
3. Las medidas cautelares previas al inicio del proceso judicial y la mediación
4. La adopción de medidas cautelares ante la pendencia de un procedimiento de mediación
  - 4.1. Acuerdos provisionales de mediación
  - 4.2. La adopción por el tribunal
  - 4.3. La finalización del procedimiento de mediación y las medidas cautelares adoptadas
  - 4.4. La influencia del procedimiento de mediación en la adopción posterior de las medidas cautelares
5. Tabla de jurisprudencia citada
6. Bibliografía

## 1. Introducción

El 5 de marzo de 2012 el Gobierno aprobó el [Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles](#) (BOE núm. 56, de 6 de marzo de 2012), que fue convalidado por el Congreso de los Diputados el 29 de marzo. Posteriormente el gobierno lo presentó como proyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, habiendo sido aprobada como la [ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles](#) (BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012).

Uno de los aspectos que debe regular la ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles es la relación de este medio de resolución de conflictos con el proceso judicial. En la ley de mediación encontramos distintos preceptos que regulan los aspectos procesales de la mediación<sup>1</sup>:

- El artículo 10, apartado 2 inciso segundo regula las consecuencias procesales del inicio de un procedimiento de mediación previo al proceso judicial. Concretamente prohíbe que se pueda iniciar un proceso judicial cuando se haya iniciado un procedimiento de mediación. También permite la adopción de medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de derechos. Así mismo, el inciso tercero del mismo precepto, prevé que la parte puede invocar la existencia de un compromiso de sometimiento a mediación a través de la declinatoria;
- El artículo 9 regula el tratamiento procesal de la confidencialidad;
- El título V (artículos 25 a 27 regula la ejecución de los acuerdos de mediación;
- Finalmente la disposición final tercera modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil para adaptarla a la ley de mediación.

Entre el Real Decreto Ley de Mediación y la ley definitivamente aprobada hay una novedad procesal que es la previsión que realiza el artículo 10.2 inciso segundo, que prevé que:

“Durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos”.

A continuación analizaré la relación entre la mediación y las medidas cautelares.

---

<sup>1</sup> Ver ampliamente PÉREZ DAUDÍ (2012, pp. 231 y ss.).

## 2. Tramitación legislativa

La referencia a la posibilidad de adoptar medidas cautelares prevista en el inciso segundo del artículo 10.2 de la Ley de Mediación no estaba en el texto remitido por el Gobierno al Congreso. Su inclusión se realiza porque el Grupo Parlamentario Popular presenta la enmienda número 59<sup>2</sup>.

El contenido de la misma era:

“Se propone modificar el artículo 10.2, quedando redactado como sigue:

«2. 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. El compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.»

Justificación

Se trata de establecer una salvaguarda ante situaciones de urgencia”.

Esta enmienda se acepta en el informe de la ponencia del Congreso del Congreso de los Diputados y se remite al Senado. En el Senado el Grupo Parlamentario Popular presenta la enmienda 117<sup>3</sup> y propone que también se incluya “la pérdida irreversible de bienes”. Justifica la modificación en que “las medidas cautelares pueden referirse también a bienes, por lo que debe efectuarse su inclusión en este precepto”.

Con carácter general considero positivo que se haga referencia a la posible adopción de medidas cautelares durante la tramitación el procedimiento de mediación<sup>4</sup>. Sin embargo, la relación entre las medidas cautelares y la mediación es más amplia, tal como expondré a continuación.

---

<sup>2</sup> Publicado en el [BOCG, serie A, 24 de mayo de 2012, núm. 6-7](#).

<sup>3</sup> Publicado en [BOCG SENADO, 13 de junio de 2012, número 70](#).

<sup>4</sup> Antes de la aprobación de la LEC y comentando el Real Decreto Ley 5/2012, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles de 5 de marzo, LÓPEZ JARA (2012, p. 20) afirmaba que no existe la posibilidad de adoptar ninguna medida cautelar vigente la mediación. Lo argumentaba precisamente en la prohibición de iniciar acciones judiciales pendiente una mediación, en las que incluía la tutela cautelar.

### *3. Las medidas cautelares previas al inicio del proceso judicial y la mediación*

El artículo 730.2 LEC regula la adopción de las medidas cautelares con carácter previo al inicio del proceso en este caso el solicitante debe presentar la demanda dentro del plazo de 20 días siguientes a su adopción. Si no lo realiza el Secretario Judicial decretará el alzamiento y revocación de los actos de cumplimiento, condenando en costas al solicitante y declarando que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas.

Con carácter previo al inicio del proceso judicial también se pueden adoptar diligencias preliminares, que tienen la finalidad de preparar el juicio y que por su naturaleza deben adoptarse de forma previa al inicio del proceso judicial. El artículo 256.3 LEC prevé que “la caución se perderá, a favor de dichas personas, si transcurrido un mes desde la terminación de las diligencias, dejare de interponerse la demanda, sin justificación suficiente, a juicio del tribunal”.

Una especialidad de las diligencias preliminares son las diligencias de comprobación de hechos, que se regulan en los artículos 129 y ss. de la Ley de Patentes. En su artículo 131.2 se prevé que “si en el plazo de dos meses a partir de la fecha de la práctica de las diligencias de comprobación no se hubieran presentado la correspondiente demanda ejercitando la acción judicial, quedarán aquéllas sin efecto y no podrán ser utilizadas en ninguna otra acción judicial”.

En estos casos se plantea la cuestión de cuáles son las consecuencias del inicio de un procedimiento de mediación sobre estos actos procesales previos. La problemática que se plantea es cuando se han adoptado las medidas cautelares antes de iniciar el proceso judicial o se ha adoptado una diligencia preliminar y se inicia un procedimiento de mediación. Tal como prevé el artículo 10.2 inciso 2 de la Ley de Mediación “durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto”. Sin embargo a continuación excepciona la posibilidad de solicitar medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes o derechos.

Por un lado parece contradictorio que se solicite la adopción de medidas cautelares y se inicie posteriormente un procedimiento de mediación. Pero ello puede venir motivado por la existencia de un compromiso de sometimiento a mediación, porque la parte contraria haya iniciado el procedimiento de mediación e impida el inicio del proceso jurisdiccional o porque concurra un *periculum in mora* objetivo que justifique la adopción de una medida cautelar. En cualquier caso, la adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda no impide que pueda iniciarse el procedimiento de mediación aunque como se verá indirectamente puede condicionar su desarrollo.

Una de las principales cuestiones que se suscitan es si el plazo legal de un mes y de 20 días para presentar la demanda cuando se hayan practicado diligencias preliminares (artículo 256.3 LEC) o adoptado medidas cautelares (artículo 730.2 LEC), respectivamente, se suspende por la aplicación

del artículo 4 de la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. De acuerdo con este artículo, “la solicitud de inicio de la mediación conforme al artículo 16 suspenderá la prescripción o la caducidad de acciones desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por el mediador, o el deposito antes la institución de mediación en su caso”.

GIL NIEVAS (2006, p. 54) afirma que “los plazos para el ejercicio de una acción normalmente son plazos de prescripción (aunque en algunos supuestos lo son de caducidad) y los plazos, una vez en el proceso para el ejercicio de los distintos actos procesales, lo son siempre de caducidad”. Del mismo modo se pronuncia GASCÓN INCHAUSTI (1998, p. 2 de la [versión electrónica](#)) al afirmar que “se trata, sin lugar a dudas, de un plazo de caducidad, y no de prescripción”. En este mismo sentido ya se ha pronunciado la jurisprudencia de forma reiterada, como la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1988 (RJ 1988\9810) que afirma expresamente que “todos los términos procesales lo son de caducidad y no de prescripción, y cuyo carácter preclusivo legalmente impuesto por el artículo 306 de la Ley Procesal”<sup>5</sup>.

En Italia esta cuestión es controvertida ya que DALFINO (2010), SALETTI *et al.* (2001, pp. 837 y 848) y NASCOSI (2007, p. 346) defienden la interrupción de la totalidad de los plazos de caducidad. Sin embargo, CUOMO ULLOA (2011, p. 139) considera que el efecto impeditivo sólo hace referencia a la caducidad sustancial y no a la procesal, por lo que debe presentarse la demanda sin haberse intentado la mediación. En todo caso debe tenerse en cuenta que en Italia la consecuencia es que se suspende el proceso y no que se inadmite la demanda.

Al margen de las consideraciones dogmáticas en Italia el artículo 5.2 del [Decreto Legislativo núm. 28, de 4 de marzo de 2010](#), sobre “[Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali](#)” (GURI núm. 53, de 5 de marzo de 2010), afirma que “el desarrollo de la mediación no precluye en ningún caso la concesión de medidas urgentes o cautelares”.

La solución debería venir determinada por la naturaleza del acto previo. En relación con las diligencias preliminares o de comprobación de hechos nada impide que se suspenda el plazo para presentar la demanda si se inicia el procedimiento de mediación. Esta institución tiene como finalidad la preparación del proceso, por lo que no se ha alterado la situación fáctica preexistente y lo único que se ha realizado es permitir que el demandado pueda preparar el proceso de una forma más adecuada y evite una sentencia absolutoria por desconocer alguno de los elementos.

En el caso de que se hayan adoptado unas medidas cautelares la situación es más compleja. Cuando las mismas se solicitan con carácter previo al inicio del proceso y se adoptan se corre el

---

<sup>5</sup> La jurisprudencia se ha pronunciado de forma reiterada en este sentido. Así la Sentencia de la Sala de lo Civil más reciente es la 657/2011, de 21 de septiembre (RJ 2011\6577). Referido a las medidas cautelares previas, si bien a la regulación del embargo preventivo de la LEC de 1881, se pronuncia el Auto de la sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de octubre de 2001 (JUR 2002\10942), afirmando en su fundamento jurídico tercero que “el art. 1411-2 de la L.E.C. regula el tratamiento procesal del incumplimiento del requisito de interposición de la demanda principal dentro del plazo de caducidad referido”.

riesgo de que se utilicen de forma abusiva<sup>6</sup>. Para evitarlo se exige por el legislador que se inicie el proceso judicial en un breve plazo de tiempo. Entiendo que acudir a una mediación cuando ya se han adoptado unas medidas cautelares implica alterar la igualdad de las partes. Cuando se adoptan las medidas cautelares el Tribunal analiza la concurrencia del *fumus boni iuris*, lo que implica analizar prima facie el objeto del proceso y formarse una decisión sobre el mismo. Una vez realizado la parte actora verá reforzadas su posición ante la decisión del Tribunal que acuerda la medida cautelar porque entiende que la demanda debería ser estimada desde un punto de vista judicial. Por ello, como he indicado, es contradictorio que se acuda a este sistema en este caso cuando ya se ha judicializado el conflicto obligando a que el órgano jurisdiccional decida sobre la cuestión de fondo al pronunciarse sobre el “*fumus boni iuris*”. Como excepción debo recordar que puede ser que el procedimiento de mediación se haya tenido que iniciar porque exista un pacto de sometimiento al procedimiento de mediación o porque el afectado por la medida cautelar inste su inicio.

Como se ha indicado, el artículo 4 de la Ley Mediación en asuntos civiles y mercantiles prevé que “la solicitud de inicio de la mediación conforme al artículo 16 suspenderá la prescripción o la caducidad de acciones desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por el mediador, o el depósito antes la institución de mediación en su caso”. A través de este precepto se traspone la previsión del artículo 8 de 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](#) (DOUE de 24 de mayo de 2008, L-136/3), que prevé que “Los Estados miembros garantizarán que el hecho de que las partes que opten por la mediación con ánimo de solucionar un litigio no les impida posteriormente iniciar un proceso judicial o un arbitraje en relación con dicho litigio por haber vencido los plazos de caducidad o prescripción durante el procedimiento de mediación”.

Consecuentemente la solicitud de inicio del procedimiento de mediación suspenderá el cómputo del plazo para presentar la demanda desde la fecha en la que conste la recepción de la solicitud por el mediador o el depósito ante la institución de mediación, que se reanudará cuando finalice el procedimiento de mediación<sup>7</sup>. Como es obvio el objeto de la mediación debe ser la pretensión asegurada a través de la adopción de la medida cautelar y deberá ser notificado al Tribunal que ha adoptado la medida cautelar para que no se alcen automáticamente por no iniciar el proceso judicial. Una vez finalice la mediación las consecuencias serán distintas dependiendo de si se llega o no a un acuerdo y éste es total o parcial.

---

<sup>6</sup> Ver, ampliamente, PÉREZ DAUDÍ *et al.* (1996, pp. 167 y ss.).

<sup>7</sup> Debo advertir que LÓPEZ JARA (2012, p. 20), comentando el Real Decreto Ley 5/2012, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, afirmaba que no se podían adoptar medidas cautelares previas a la demanda porque no se podría presentar la demanda por la existencia de un procedimiento de mediación o acuerdo de sometimiento al mismo.



#### *4. La adopción de medidas cautelares ante la pendencia de un procedimiento de mediación*

##### **4.1. Acuerdos provisionales de mediación**

Una posibilidad que no está prevista legalmente es que las partes lleguen a acuerdos provisionales durante la tramitación del procedimiento de mediación. En mi opinión no hay ningún inconveniente en que las partes adopten un acuerdo de mediación que tenga una duración limitada en el tiempo. Y a éste se le puede dotar del carácter de ejecutivo elevándolo a escritura pública.

El problema que se plantearía es la eficacia del mismo respecto de terceros. Es indudable que a las partes le vincularía, pero el mismo no tendría efectos directos o indirectos respecto de terceros. Por ello cuando la medida de aseguramiento de la eficacia que deba adoptarse tenga que afectar o ser aplicada por terceros no será conveniente acudir a un acuerdo provisional ya que no estarán obligados por los mismos. Así no se podría adoptar una medida cautelar de anotación preventiva de la demanda o de embargo preventivo de un bien, para cuya eficacia es necesaria la anotación del mismo en el Registro de la Propiedad, ya que el Registrador de la Propiedad se negaría a inscribirla<sup>8</sup>. Sin embargo, si que se podrían adoptar acuerdos de duración provisional como puede ser el de cesar en la comercialización de un producto o continuar con el suministro hasta que se resuelva de forma definitiva la controversia.

##### **4.2. La adopción por el tribunal**

Otra cuestión que se puede plantear es la posibilidad de que se solicite una medida cautelar mientras se desarrolla un procedimiento de mediación. El artículo 10.2 inciso segundo de la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles lo prevé expresamente, pero se plantean diversas cuestiones.

En primer lugar sería el órgano competente para adoptarlo. Las opciones sería atribuir la competencia al mediador<sup>9</sup> o bien al órgano jurisdiccional. Entiendo que excede de la función del mediador el adoptar medidas cautelares para asegurar la efectividad del proceso judicial ya que su función no es jurisdiccional. Tal como he comentado anteriormente el legislador ha optado por atribuir la competencia para adoptarla al órgano judicial.

---

<sup>8</sup> Esta cuestión se ha planteado en el ámbito arbitral y la Resolución de la Dirección del Registro y del Notariado de 20 de febrero de 2006 exigió un mandamiento judicial para dotar de eficacia a la medida cautelar de anotación preventiva de la demanda adoptada por un árbitro. Ver ampliamente el análisis que efectúa MALLANDRICH MIRET (2010, pp. 259 y ss.).

<sup>9</sup> MARTÍN DIZ defendía que se permitiera la adopción de medidas de aseguramiento por parte del mediador a través de un acta, para lo cual se convocaría una sesión específica (2010, pp. 120 y ss.).

En segundo lugar la pendencia de un procedimiento de mediación va a influir en la adopción de la medida. Los presupuestos de adopción de las medidas cautelares son el *fumus boni iuris*, el *periculum in mora* y el ofrecimiento de caución.

En relación con el *fumus boni iuris* la decisión del órgano jurisdiccional sobre la medida cautelar puede influir en el desarrollo del procedimiento de mediación. El Tribunal debe apreciar prima facie la fundamentación de la solicitud, lo que implica que deba decidir y conocer sobre el fondo de la pretensión sin prejuzgar sobre el fondo del asunto, tal y como prevé el art. 728.2 LEC<sup>10</sup>. La problemática se puede plantear porque los parámetros de decisión del órgano jurisdiccional son distintos a los propios de la mediación, y la adopción o no de la medida va a implicar una modificación de la situación existente. Al margen de ello el Tribunal deberá decidir sobre la medida cautelar analizando la concurrencia de este presupuesto.

El segundo de los presupuestos de adopción es el *periculum in mora*. Si se solicita la adopción de una medida cautelar la finalidad del procedimiento de mediación se pierde íntegramente ya que uno de los elementos esenciales de la misma es el cumplimiento voluntario del acuerdo. Y la adopción de una medida cautelar implica precisamente la concurrencia del *periculum in mora* o el peligro para la efectividad del proceso, en este caso del acuerdo de mediación. Es cierto que este *periculum* puede ser objetivo o subjetivo<sup>11</sup>, y su tratamiento debe ser distinto.

El *periculum in mora* subjetivo se identifica con el riesgo de que el demandado, o futuro demandado, realice alguna actividad que impida la eficacia de la sentencia que en su día se dicte. En este caso la relación de confianza y buena fe que debe presidir el desarrollo del procedimiento de mediación no concurre, por lo que el mismo debería finalizar automáticamente sin acuerdo.

Cuando nos hallemos ante la concurrencia de un *periculum in mora* objetivo las partes podrán pactar la adopción de una medida que asegure la eficacia a través de un acuerdo parcial de mediación<sup>12</sup>. Tal como he comentado la eficacia del mismo se limitará a las partes del proceso de mediación ya que, en principio, no puede perjudicar o afectar a terceros.

Otra posibilidad es acudir al órgano judicial para que adopte la medida cautelar y así que tenga la eficacia propia de las resoluciones judiciales y pueda ser inscrita directamente en el Registro de la Propiedad. En este caso la problemática derivará de la corta duración del proceso de mediación. Por ello debemos encontrarnos ante la concurrencia de un *periculum in mora* que

---

<sup>10</sup> Al respecto ver ampliamente PÉREZ DAUDÍ (2007, p. 92 y ss.).

<sup>11</sup> Recordemos que el *periculum in mora* objetivo consiste en el riesgo para la efectividad de la sentencia o del acuerdo de mediación que deriva del mero transcurso del tiempo necesario para la tramitación del proceso, mientras que el *periculum in mora* subjetivo consiste en el riesgo de que la actuación del demandado pueda hacer inviable la efectividad de la sentencia, en este caso del acuerdo de mediación.

<sup>12</sup> MARTÍN DIZ defiende la posibilidad de que sea el mediador el que la adopte (2010, p. 122).

motiva que si no se adopta de forma inmediata la medida cautelar, la mediación o el proceso judicial posterior carezca de eficacia.

Cuando nos hallemos ante el *periculum in mora* subjetivo también se podrá adoptar una medida cautelar durante la pendencia del procedimiento de mediación. Pero en este caso lo que hay que valorar es si se da por finalizado el procedimiento de mediación y se inicia el proceso judicial ya que la justificación del peligro para la efectividad se halla precisamente en la conducta de la parte contraria que con su actuación puede provocar la ineficacia del acuerdo de mediación.

#### 4.3. La finalización del procedimiento de mediación y las medidas cautelares adoptadas

Otra de las cuestiones que se plantea es la relación entre las medidas cautelares adoptadas y la finalización del procedimiento de mediación.

El artículo 22 de la ley de Mediación regula la terminación del procedimiento de mediación. Éste puede finalizar por acuerdo a las partes o sin acuerdo, bien porque alguna de las partes ejerza su derecho a dar por terminadas las actuaciones o bien porque haya transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento de mediación o cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables. El apartado tercero regula el contenido del acta final que debe reflejar los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible o su finalización por cualquier otra causa.

El artículo 23 regula el contenido del acuerdo de mediación que debe firmarse por las partes o sus representantes. Si éste se eleva a escritura pública el artículo 25 de la Ley de Mediación le atribuye carácter ejecutivo, asimilándose a un título judicial.

El destino de las medidas cautelares dependerá de como finalice el procedimiento de mediación. Si finaliza con un acuerdo que incluya las pretensiones cuya efectividad se ha asegurado, siempre que a éste se le dote de carácter ejecutivo elevándolo a escritura pública, el tratamiento es el mismo que cuando se dicta una sentencia estimatoria de la pretensión. En este caso debe mantenerse su eficacia hasta que transcurra el plazo de 20 días de cumplimiento voluntario de las obligaciones asumidas previsto en el artículo 548 LEC<sup>13</sup>. En 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. Aún así, debe resaltarse que para que ello sea posible el contenido del acuerdo y el de la medida cautelar deberán coincidir.

---

<sup>13</sup> Sobre el carácter ejecutivo del acuerdo de mediación y la reforma del proceso de ejecución para adaptarlo al mismo ver ampliamente MARTÍN PASTOR (2012, pp. 1 y ss.).

Si habiendo finalizado el procedimiento de mediación con acuerdo este no se eleva a escritura pública, el mismo no tendrá carácter ejecutivo. Esta circunstancia tendrá una influencia sobre la medida cautelar ya que se reanudará el plazo para iniciar el proceso declarativo. Si éste no se inicia en el plazo legalmente establecido las medidas cautelares se alzarán, imponiendo las costas y condenando a los daños y perjuicios ocasionados a la parte solicitante de las medidas. Por ello sería conveniente que en este caso se previera en el acuerdo de mediación un apartado relativo a estos conceptos económicos.

Una cuestión que se puede plantear es si las partes pueden suspender el plazo de presentación de la demanda. Ello no es posible porque el plazo es de caducidad, y el mismo sólo se puede interrumpir con la presentación de la demanda. Si no se iniciara el proceso declarativo el Secretario Judicial ordenará su alzamiento de oficio. Una cuestión distinta es que la medida cautelar afecte únicamente a las partes y éstas acuerden mantener la situación derivada de la medida hasta el cumplimiento voluntario del acuerdo de mediación, pero en todo caso la medida cautelar tendrá que alzarse. Una última opción para que se pudieran mantener las medidas adoptadas sería presentar la demanda en el plazo legalmente previsto y a continuación solicitar la suspensión del proceso judicial de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 LEC.

Si el acuerdo de mediación no incluye las pretensiones cuya efectividad se ha asegurado a través de la medida cautelar, ésta debe seralzada de forma similar a cuando se dicta una sentencia desestimatoria y que regula el artículo 745 LEC. La cuestión que se puede plantear es la posible responsabilidad del solicitante de las medidas cautelares por los daños y perjuicios ocasionados a la parte contraria por su adopción. En este caso entiendo que si no ha sido objeto del acuerdo de mediación el solicitante es responsable, tanto por la interpretación literal del artículo 745 LEC como la previsión del artículo 721 LEC que prevé que las medidas cautelares se adoptarán bajo la responsabilidad del solicitante.

Esta interpretación está respaldada también en que el artículo 745 inciso segundo de la LEC prevé que “lo mismo se ordenará en los casos de renuncia de la acción o desistimiento de la instancia”. Si el acuerdo de mediación no incluye la pretensión asegurada es porque el solicitante de la medida cautelar ha renunciado a la misma, con lo que se puede aplicar analógicamente esta previsión. En todo caso habrá que analizar el caso concreto.

Una tercera posibilidad es que el acuerdo de mediación tenga carácter parcial y que en el mismo no se incluya la pretensión asegurada. En este caso el solicitante de la medida tendrá que iniciar el proceso judicial dentro del plazo previsto en la LEC, reanudándose el cómputo del mismo una vez que el procedimiento de mediación finalice.

#### **4.4. La influencia del procedimiento de mediación en la adopción posterior de las medidas cautelares**

Otra de las cuestiones que se pueden plantear es qué influencia va a tener el procedimiento de mediación finalizado con un acuerdo no elevado a escritura notarial o sin acuerdo en una solicitud de medidas cautelares posterior.

Si la mediación finaliza sin acuerdo se podrá iniciar el procedimiento declarativo para decidir la cuestión controvertida.

Cuando finaliza el procedimiento de mediación con acuerdo que no constituya título ejecutivo las partes pueden cumplirlo voluntariamente. Pero cuando se incumplen los compromisos a los que se ha llegado se plantean distintas alternativas. Así por ejemplo puede suceder que las partes hayan pactado las consecuencias del incumplimiento convirtiendo la obligación específica en genérica y constituyendo una hipoteca o la entrega de una letra de cambio o un pagaré para garantizar el pago. En este caso la parte que pretenda el cumplimiento podrá ejecutar judicialmente la garantía ofrecida.

Otra opción es que las partes no hayan constituido ninguna garantía. Si el acuerdo no se eleva a escritura pública el mismo no tendrá el carácter de título ejecutivo, pero el mismo será vinculante para las partes y contra lo convenido sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos (art. 23.4 de la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles).

En este caso la parte que pretenda su cumplimiento deberá iniciar el proceso judicial para exigirlo. Procedimentalmente las opciones son varias. Cuando nos hallemos ante una reclamación de cantidad y la misma tenga el carácter de líquida, vencida y exigible se puede instar un procedimiento monitorio. Entiendo que el acuerdo de mediación es un documento de los previstos en el artículo 812.1 regla 1ª de la LEC y que permiten el inicio de un procedimiento monitorio.

Otra de las opciones de la parte es interponer una demanda de reclamación de cantidad o de cumplimiento de la obligación asumida en el acuerdo de mediación cuando no tuviera este carácter. El procedimiento a través del cuál deberá ejercitarse será el que corresponda por la cuantía o por la materia, tal como prevén los artículo 249 y ss. LEC. Debo advertir que el proceso monitorio también puede convertirse en el procedimiento declarativo que corresponda por la cuantía si el demandado se opone alegando razones de la negativa del pago dentro del plazo de 20 días desde la notificación del requerimiento de pago (arts. 815 y 818 LEC).

En los casos en que deba iniciarse un procedimiento declarativo después de un procedimiento de mediación el demandante podrá solicitar la adopción de medidas cautelares. El régimen de las mismas es el general previsto en el artículo 721 y ss. LEC, pero pueden plantearse algunas especialidades provocadas por la tramitación previa del procedimiento de mediación.

Si el procedimiento de mediación ha finalizado con acuerdo el *fumus boni iuris* se verá reforzado por la existencia del mismo. Éste vincula a las partes como cualquier relación contractual, por lo que es de obligado cumplimiento para ellos. Por este motivo el *fumus boni iuris* podrá acreditarse aportando el acuerdo de mediación.

El demandado podrá oponerse al *fumus boni iuris* alegando la concurrencia de alguna causa de nulidad que provoque la ineficacia del acuerdo de mediación (artículo 23.4 de la Ley de

Mediación en asuntos civiles y mercantiles), pero también podrá oponer la concurrencia de otros motivos que lo provoquen. Así por ejemplo podría alegar que el demandante no ha cumplido con las obligaciones asumidas cuando nos hallemos ante un acuerdo en el que se hayan pactado obligaciones recíprocas o que ha sucedido algún hecho nuevo que convierte en ineficaz lo pactado por las partes.

La cuestión que se plantea es si excede del ámbito de conocimiento del Tribunal cuando resuelva la adopción de la medida cautelar. En mi opinión no es así, ya que el *fumus boni iuris* exigido hace referencia tanto a las alegaciones del actor como al análisis de las causas de oposición. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en los procesos de propiedad industrial se ha planteado la cuestión y en algún caso el Tribunal se ha negado a analizar el “*fumus del demandado*” afirmando que excede del ámbito de las medidas cautelares y que debe ser resuelto en el proceso principal.

En todo caso, lo que es cierto es que la existencia de un acuerdo de mediación implica que se pueda acreditar con mayor facilidad el *fumus boni iuris* del demandante. Además la cuestión objeto del proceso ya no será el contenido del acuerdo o la controversia que existía con carácter previo, sino la validez y eficacia del mismo. Y a esta cuestión es a la que tendrá que limitarse el demandado al oponerse a la medida cautelar solicitada.

El segundo de los presupuestos que exige el legislador para adoptar las medidas cautelares es el *periculum in mora*. En relación con el mismo se plantean dos cuestiones.

Como he indicado anteriormente el *periculum in mora* puede tener carácter objetivo o subjetivo. Si la misma duración del procedimiento implica la ineficacia de la sentencia que se pueda dictar su acreditación se limitará a demostrar esta circunstancia.

Cuando el riesgo de ineficacia del proceso judicial provenga de la actitud del demandado el solicitante de la medida cautelar deberá acreditar la posibilidad o probabilidad de que ésta se produzca. En este caso concreto el Tribunal podrá valorar que el demandado no ha cumplido voluntariamente con el acuerdo de mediación, pero no será suficiente. El solicitante de la medida no puede limitarse a realizar alegaciones de carácter genérico, sino que debe acreditar que en el caso concreto existe un riesgo de ineficacia del proceso judicial. Para ello será esencial la actitud que haya tenido el demandado tras finalizar el procedimiento de mediación y antes de iniciar el proceso judicial o solicitar la adopción de la medida cautelar.

La segunda de las cuestiones es si el desarrollo previo del procedimiento de mediación sin que se haya solicitado la adopción de una medida cautelar implica que se haya consentido la situación de hecho. El artículo 728.1.2 LEC prevé 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”.

En mi opinión el procedimiento de mediación no implica que se consienta ninguna situación de hecho, sino que se pretende solucionar la cuestión objeto del proceso por un mecanismo alternativo al mismo. Tal como he analizado anteriormente el artículo 10.2 inciso segundo de la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles prevé la posibilidad de adoptar medidas cautelares durante la pendencia del procedimiento de mediación. Esta es una posibilidad que tiene el demandante, pero el no haberlo intentado no implica que haya consentido la situación de hecho. Lo único que significa es que las partes confían en el cumplimiento voluntario de la decisión que se adopte. Además, la adopción de una medida cautelar puede implicar la alteración del desarrollo del procedimiento de mediación y ser perjudicial para la finalización de la misma mediante acuerdo ya que una de las partes puede tener una expectativa de la decisión del Tribunal en el caso de acudir al proceso judicial y adoptar una posición en el procedimiento de mediación acorde con la misma.

Además, los Tribunales han interpretado que no se consiente la situación de hecho prevista en el artículo 728.1.2 LEC cuando no se ha iniciado el proceso judicial porque se estaba negociando entre las partes.

Por todo ello debo concluir que el desarrollo previo del procedimiento de mediación, aunque no se haya solicitado la adopción de medidas cautelares, no implica que se consienta la situación de hecho.

Una cuestión distinta es si después de la finalización de la mediación ha transcurrido un periodo de tiempo sin que se haya interpuesto la demanda. En este caso si que se podrá alegar que se ha consentido la situación de hecho, pero no por el desarrollo del procedimiento de mediación sino por la actitud adoptada después de su finalización.

### *5. Tabla de jurisprudencia citada*

<i>Sala y fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado ponente</i>
STS, 1ª, 23.12.1988	RJ 1988\9810	M. Malpica González-Elipe
AAProv Madrid, 14ª, 29.10.2001	JUR 2002\10942	M. A. Sánchez Plaza
STS, Civil, núm. 657, 21.09.2011	RJ 2011\6577	J. Corbal Fernández

## 6. Bibliografía

- Francesca CUOMO ULLOA (2011), *La mediazione nel processo civile riformato*, Zanichelli, Bologna.
- Domenico DALFINO (2010), “Dalla conciliazione societaria alla ‘mediazione’ finalizzata alla conciliazione delle controversie civiles e commerciali”, *Rassegna forense*, Vol. 43º, fasc. 1, pp. 49-68, disponible en [www.iudicium.it](http://www.iudicium.it).
- Manuel LÓPEZ JARA (2012), “Incidencia del nuevo procedimiento de mediación en el proceso civil. A propósito del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Diario La Ley*, núm. 7857, sección doctrina.
- Fernando GASCÓN INCHAUSTI (1998), “Cuestiones que plantea la petición de una medida cautelar ante demandam (III): la incoación del proceso principal con carácter urgente”, en *La adopción de las medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, Cedecs, Madrid, (referencia Vlex [www.libros-revistas-derecho.vlex.es](http://www.libros-revistas-derecho.vlex.es)).
- Rafael GIL NIEVAS (2006), “La directiva de mediación en la Comunidad Europea”, en Marta GONZALO QUIROGA *et al.* (dirs.) *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Dykinson, Madrid.
- Núria MALLANDRICH MIRET (2010), *Medidas Cautelares y Arbitraje*, Atelier, Barcelona.
- Fernando MARTÍN DIZ (2010), *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, 1ª ed., CGPJ, Madrid.
- JOSÉ MARTÍN PASTOR (2012), “La reforma del proceso civil de ejecución por el Real Decreto 5/2012”, *Diario La Ley*, núm. 7862, sección Tribuna.
- Alessandro NASCOSI (2007), *Il tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nelle controversia di lavoro*, Giuffrè, Milán.
- Vicente PÉREZ DAUDÍ y Manuel SERRA DOMÍNGUEZ (1996), *Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*, Bosch, Barcelona.
- Vicente PÉREZ DAUDÍ (2007), “Los criterios jurisprudenciales de adopción de las medidas cautelares”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1-2, pp. 79-100.
- (2012), “La relación entre la mediación en asuntos civiles y mercantiles y el proceso civil”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 283, enero-marzo, pp. 231 y ss.
- Achille SALETTI y Giuseppe TARZIA (2001), “Processo cautelare”, *Enciclopedia giuridica, Aggiornamento*, T. V, Milán, pp. 835 y ss.