



**Práctica Forense**  
Aplicación práctica de la Ley de mediación **4**



**Práctica Forense**  
Las instituciones arbitrales como impulsoras **6**



## EN PRIMERA PERSONA

LA LEY 1952/2013

### Entrevista con el Profesor Lluís MUÑOZ SABATÉ

«Las listas de árbitros nombrados siempre fueron públicas porque este tema es de los más sensibles»



*El célebre procesalista Lluís MUÑOZ SABATÉ, profesor titular de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona y presidente de honor del Tribunal Arbitral de Barcelona, explica cómo se gestó la primera institución arbitral que vio la luz en España, tras eliminarse la prohibición legal del nombramiento de árbitro por terceros, y la posterior evolución del arbitraje en nuestro país. MUÑOZ SABATÉ, autor de numerosas publicaciones de derecho procesal, es una mente destacada en el campo del arbitraje (1).*

Continúa en página 2

Revista semestral promovida por el despacho de abogados DRET PRIVAT, especializado en arbitraje y mediación. Dirigida a juristas y otros colaboradores de la Justicia interesados en la mediación, el arbitraje y los sistemas de resolución de conflictos alternativos a la Justicia ordinaria.

**Director**

Frederic Munné Catarina  
Abogado y doctor en Derecho.  
Profesor de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho ESADE-URL.

**Colaboradores en este número:**

Sònia García Planella  
Francisco Ramón Lara Payán  
Frederic Munné Catarina

Lluís Muñoz Sabaté  
Pascual Ortuño Muñoz  
Antoni Vidal Teixidó

## sumario

- **En Primera Persona**

Las listas de árbitros nombrados siempre fueron públicas porque este tema es de los más sensibles  
*Lluís MUÑOZ SABATÉ* **1**
- **Práctica Forense**

Aplicación práctica de la Ley 5/2012, de Mediación  
*Francisco Ramón LARA PAYÁN* **4**

Las instituciones arbitrales como impulsoras del procedimiento del procedimiento  
*Sònia GARCÍA PLANELLA* **6**
- **Dossier**

Dossier de los tribunales sobre mediación  
*Antoni VIDAL TEIXIDÓ* **10**

Dossier de los tribunales sobre arbitraje  
*Frederic MUNNÉ CATARINA* **13**
- **Preguntas con respuesta**

¿Qué papel corresponde a la mediación dentro de los sistemas de justicia y medios alternativos?  
*Pascual ORTUÑO MUÑOZ* **19**
- **Biblioteca**

Últimas publicaciones en materia de mediación y arbitraje **21**

— **¿Cómo se le ocurrió proponer la primera institución arbitral de Barcelona?**

No. La idea de constituir un tribunal arbitral en el seno del Colegio de Abogados no fue mía sino del compañero Roca Navarro cuando ambos actuábamos en la Comisión de Cultura, que en aquel entonces era un órgano dotado de gran vitalidad. Fue en 1977, recién estrenada la democracia.

— **Sin embargo hasta los años ochenta no se hizo efectivo.**

Muy sencillo. El art. 22 de la Ley de Arbitraje de 1953, la llamada «Ley Guasp» entonces vigente, prohibía diferir a un tercero la designación del árbitro. Por más vueltas que le dimos, no podíamos salir del atolladero.

— **¿Cómo empezó todo entonces?**

Recuerdo que en 1984, siendo yo diputado de Junta que presidía el entonces Decano Antonio Plasencia, se me nombró para que relanzara el proyecto, y a tal fin sostuve una entrevista con el Ministro de Justicia Sr. Ledesma. Intenté convencerle de la reforma del precitado art. 22, pero el Ministro tenía una idea más ambiciosa en la cabeza: abolir la Ley de Arbitraje y sustituirla por otra. En 1987 tuvo la amabilidad de remitirnos el Anteproyecto.

— **Y, a partir de ese momento, ¿cómo se gestó el actual Tribunal Arbitral de Barcelona?**

Inmediatamente después, el Decano Plasencia, y posteriormente el Decano Antrás, se comprometieron de lleno con esta iniciativa, llegándose a constituir una comisión a cuyo frente se me puso, para la rápida puesta en escena de un Tribunal Arbitral en el seno del Colegio, con el encargo de que tan pronto se promulgara la Ley estuviera ya constituido el Tribunal Arbitral de Barcelona.

— **Sin embargo el proyecto de un Tribunal del Colegio ¿no llegó a ser realidad?**

Bueno este proyecto no se torció sino que positivamente experimentó una adenda que varió toda la historia. Barcelona y la sociedad civil y mercantil que la integran no se merecían una proliferación de tribunales o cortes arbitrales como posteriormente se ha comprobado ha experimentado Madrid. Recuerdo que alguien en la Comisión dijo: el Tribunal Arbitral de Barcelona ha de ser como el Gran Teatro del Liceo. Y dicho y hecho. Conectamos de inmediato con la Cámara de Comercio (cuyo presidente era Josep M.<sup>a</sup> Figueras) y con el Colegio de Notarios (decano López Burniol) y con ellos, junto al Consejo General de Colegio de Abogados

de Catalunya (lo presidía Joaquim Miquel Bartra) se constituyó en 15 de febrero de 1989 la Associació Catalana d'Arbitratge, placenta institucional del meritado Tribunal Arbitral. Importa resaltar que la primera ley de arbitraje de la democracia, prometida por el ministro Ledesma, se había promulgado sólo dos meses atrás, en 5 de diciembre de 1988. Habíamos sido puntuales a la cita.

**Una institución arbitral debe procurar ser muy democrática, y más aún: calurosamente acogedora. No sé si se me entiende esta calificación pero, aunque sencilla, es muy importante**

— **Ingente labor la de poner en marcha una institución tan poco experimentada.**

Ciertamente esta carrera supuso muchas horas de dedicación por parte de quienes fuimos nombrados ponentes para la redacción del Reglamento. Tuve el honor de compartir estos trabajos con el notario Elías Campo y el abogado Antonio Escura. Por cierto, no puedo pasar por alto un experimento: el reglamento se «experimentó» dos veces aplicando la teoría de los juegos, incluso se filmó. Supongo que a ella debe en parte el Reglamento su larga supervivencia.

— **¿Cómo se recibió esta ley del arbitraje de la democracia?**

Pues me parece que, salvo excepciones, en el resto de España no hubo tal acogida. Recuerdo que el entonces presidente del Consejo General de la Abogacía, decano Pedro Rius, en una conferencia dada, creo en Murcia o Alicante, había dicho que la receptividad arbitral en gran parte solo existía en Catalunya, en la medida que históricamente los catalanes éramos muy dados al pactismo.

— **¿Qué sectores eran más contrarios al arbitraje?**

Por supuesto que la judicatura, al menos la más rancia, se mostró contraria a la Ley de Arbitraje. Bastará con leer el artículo «Dudosa constitucional del proyecto de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado» que bajo la firma del colectivo «Foro» se publicó en el *diario ABC* de 14 de junio de 1987 llegándose a decir cosas tan peregrinas como la de que con dicha ley se colocaba a los jueces y tribunales «en una

actuación meramente subordinada y vicaria al servicio de intereses privados».

— **¿No obstante, la Ley de 1988 no debía ser buena, si duró apenas quince años?**

Una ley que nace sin sólidos referentes necesariamente debe ser alterada a la vista del experimento. Y eso es lo que ocurrió con la del 1988, que al cabo de años de rodaje fue sustituida por la actual de 2003 y posteriores enmiendas, dando más aire a las instituciones arbitrales.

— **¿Me consta que Vd. intervino activamente en la vigente Ley de 2003?**

Bueno, sí. Al tener que informar sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, se me encargó por el Colegio de Abogados la introducción de una normativa referente a las medidas cautelares en el proceso arbitral. Fruto de ello fueron los actuales arts. 722 y 724 que tuve la satisfacción de ver posteriormente asumidos al pie de la letra por los grupos parlamentarios catalanes en las Cortes e incorporados a la LEC.

— **Además de intervenir en su fundación, ¿usted también ha sido presidente del Tribunal Arbitral de Barcelona, verdad?**

Sí. Fui Vicepresidente de dicha institución de febrero de 1989 a junio de 1993, y Presidente de marzo de 2000 a octubre de 2008.

— **Y, ¿cómo se eligen a los árbitros, por parte del Tribunal?**

Siempre me opuse a que se constituyera una especie de colegio o elenco arbitral, de carácter fijo, en donde inevitablemente acabarían dándose notables disfunciones. Mi idea, que al fin prevaleció, es que los árbitros se eligieran libremente por las partes, y si ellas no llegaban a un acuerdo, por el Tribunal Arbitral, pero sin favoritismos ni interferencias de ninguna clase, en función de cada circunstancia.

— **¿Nunca hubo presiones en el nombramiento de los árbitros?**

Bueno, solo en una ocasión recuerdo un intento de interferencia de las «alturas» en el año 1993. Los representantes del Colegio de Notarios y la Cámara amenazaron con dimitir, y el asunto quedó zanjado.

— **Una institución de este tipo requiere de la máxima transparencia. ¿Le parece que la hay?**

Durante mi mandato las listas de árbitros nombrados siempre fueron públicas porque

este tema es de los más sensibles. Supongo que ahora se sigue el mismo criterio. Máxima transparencia, objetividad e independencia en el nombramiento de los árbitros.

— ¿Y además de la transparencia, qué otros principios debería respetar toda institución arbitral?

Una institución arbitral debe procurar ser muy democrática, y más aún: calurosamente acogedora. No sé si se me entiende esta califica-

ción pero aunque sencilla y psicológicamente es muy importante. Debo confesar que en los primeros años nuestra sede fue la Casa Llotja de Mar lo cual no dejaba de impresionar a los «justiciables» sobre todo si por razones de espacio teníamos que celebrar las sesiones en el majestuoso «Saló del Consulat». Pero nuestro entonces personal de secretaría, María Dolors Baiget y el Letrado Frederic Munné se lo hacían y apañaban para sentarnos todos en una mesa redonda sin distinción de ponentes, árbitros, abogados, partes o testigos. Sólo en una ocasión, a un árbitro se le ocurrió para

presidir la sesión y «administrar justicia» sentarse en un terciopelado trono existente en un estrado superior del palacio. Sin comentarios.

— ¿Usted que al finalizar su mandato en año 2008 fue nombrado Presidente de Honor, que opinión le merece hoy el Tribunal Arbitral de Barcelona?

Pienso que sigue gozando de buena salud, pero prácticamente he perdido todo contacto. ■

## PUBLICACIONES

(1) Libros y artículos publicados por Lluís Muñoz Sabaté en materia de arbitraje:

«JURISPRUDENCIA ARBITRAL COMENTADA». Editorial J. M. Bosch, 1992.

«DIÁLOGO CON UN ESCÉPTICO EN MATERIA DE ARBITRAJE», Editorial La Ley 2011.

«LA SUMISIÓN ARBITRAL PARA AGREMIADOS O EN CASO DE RELACIONES EVENTUALES». Publicado en «La Ley», núm. 2.479, 1990.

«ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL PODER AD LITEM EN EL ARBITRAJE». Publicado en el «Butlletí TAB», núm. 1, 1990.

«SOBRE LA IRRECURRENIBILIDAD DEL ARBITRAJE DE DERECHO». Publicado en «La Ley», núm. 2.601, 1990.

«ESPECIALIDADES SOBRE EL ARBITRAJE EN LA CONSTRUCCIÓN Y DISEÑO DE CONVENIOS ARBITRALES». Publicado en el «Butlletí TAB», núm. 3, 1991.

«EMBARGO PREVENTIVO Y PROCESO ARBITRAL». Comentario al Auto de 12 marzo 1993 del Juzgado n.º 17 de Madrid, en relación a un proceso seguido ante el Tribunal Arbitral de Barcelona. Publicado en la «Revista Jurídica de Catalunya», núm. 3, 1993.

«ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE LAS VARIAS FÓRMULAS DE DESIGNACIÓN DE ARBITRO». Publicado en la «Revista Jurídica de Catalunya», núm. 1, 1994.

«LA RECEPCIÓN DEL ARBITRAJE POR LA JURISDICCIÓN. REFLEXIONES PARA UNA URGENTE REFORMA». Publicado en «La Ley», núm. 3.830, 1995.

«MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE A LA LUZ DE LA MÁXIMA "INCLUSIO UNIUS, EXCLUSIO ALTERIUS"». Publicado en la «Revista Jurídica de Catalunya», núm. 1, 1996.

«EL ARBITRAJE PIERDE SU PRIMERA BATALLA: LOS PACTOS ESTATUTARIOS DE SUMISIÓN ARBITRAL EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES. Comentarios a la Resolución de la D.G.R.N. de 19 de febrero de 1998 revocando una nota del Registro Mercantil n.º 12 de Barcelona. Publicado en la «Revista Jurídica de Catalunya», núm. 2, 1998.

«LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS DE LA JUNTA GENERAL DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA PUEDE DIRIMIRSE POR ARBITRAJE». Publicado en la «Revista Jurídica de Catalunya», núm. 2, 1998.

«EL CONVENIO ARBITRAL POSTERIOR A LA CONTROVERSI EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA». Publicado en el «Anuario Justicia Alternativa», núm. 5, 2004.

«LITISPENDENCIA ARBITRAL Y JUICIO CAMBIARIO». Comentario a la Sentencia de 22 de marzo 2002, de la sección 4.ª Audiencia de Barcelona. Publicado en el «Revista Jurídica de Catalunya», núm. 1, 2003.

«EL REGLAMENTO DE LA INSTITUCIÓN ARBITRAL A LA LUZ DE LA NUEVA LEY DE ARBITRAJE». Publicado en el «Anuario Justicia Alternativa», núm. 5, 2004.

«APORTE PSICOLÓGICO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA TEORÍA SOBRE LA "CULTURA ARBITRAL"». Publicado en la «Revista Jurídica de Catalunya», núm. 1, 2005.

«LA PRECLUSIÓN DE ALEGACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS EN UN SEGUNDO PROCESO ARBITRAL O EN UN PROCESO ORDINARIO CON REFERENCIA A UN PREVIO PROCESAL ARBITRAL». Publicado en la «Revista Jurídica de Catalunya», núm. 4, 2006.

«EL DESACUERDO ENTRE EL CONVENIO ARBITRAL Y EL REGLAMENTO DE LA INSTITUCIÓN ADMINISTRADORA». Publicado en la «Revista Jurídica de Catalunya», núm. 4, 2007.

«EL ARBITRAJE DE APELACIÓN». Publicado en LA LEY, núm. 7.053, 2008.

Para un acertado desempeño de las actuaciones orales

Método para actuar con destreza ante los Tribunales

**Manual de actuaciones en Sala**

Técnicas prácticas del proceso civil

Ahora por sólo 30 €



**Ahora, por muy poco dinero, descubra de manera clara y concisa las pautas para desenvolverse con éxito en sala**

**AUTORA: Purificación Pujol Capilla**

Prólogo de: **Antonio Salas Carceller**

Páginas: 320 • Encuadernación: Rústica

ISBN: 978-84-9020-053-7



LA LEY  
grupo Wolters Kluwer

Un paso  
por delante

Servicio de Atención al Cliente  
**902 250 500**

Consígalo también en Internet  
<http://tienda.laley.es>







## Práctica Forense

Aplicación práctica de la Ley de mediación

### LA LEY 1923/2013

# Aplicación práctica de la Ley 5/2012, de Mediación

Francisco Ramón LARA PAYÁN

Abogado. Ex Juez sustituto y ex magistrado suplente

*A modo de aproximación a la aplicación práctica que se viene haciendo por nuestros tribunales de la Ley 5/2012, de Mediación, se analizan algunas de las primeras resoluciones judiciales sobre la materia: la ejecución de acuerdos de mediación, las equivalencias entre un convenio regulador no ratificado y un acuerdo de mediación, y la acumulación a los procesos de familia de la disolución de patrimonio común, permitida tras la Ley de Mediación, que modifica el art. 438.3 LEC.*

## I. INTRODUCCIÓN

Con la publicación y la entrada en vigor el 27 de julio de 2012 de la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (1), se deroga el RDL 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (2), nacido a marchas forzadas para la incorporación al ordenamiento jurídico español de manera tardía de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, y que como recoge su exposición de motivos, es el primer intento de ordenación general de la mediación aplicable a los diversos asuntos civiles y mercantiles, conectándola con la jurisdicción ordinaria.

La Ley 5/2012, de 6 de julio, en su disposición final novena, de Evaluación de las medidas adoptadas por la presente Ley, da un plazo de dos años al Gobierno para que remita a las Cortes Generales un informe sobre la aplicación, la efectividad y los efectos del conjunto de medidas adoptadas por la presente Ley a los efectos de evaluar su funcionamiento. Dicho informe incluirá asimismo la posible adopción de otras medidas, tanto sustantivas como procedimentales, que, a través de las oportunas iniciativas, mejoren la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Pasados más de 7 meses de la entrada en vigor de la Ley 5/2012, de 6 de julio, vamos a realizar una aproximación a la aplicación de esta ley por parte de los tribunales, qué incidencias encuentran y qué interpretaciones realizan.

## II. AUTO DE LA SECCIÓN 4.ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CANTABRIA DE 9 DE OCTUBRE DE 2012 (PONENTE: JOAQUÍN TAFUR LÓPEZ DE LEMUS)

Es prolifera la sección 4.ª en este tipo de Autos desde la entrada en vigor de la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. En este Auto se trata la cuestión de la competencia objetiva, ya que el juzgado de lo Mercantil de Santander consideró que era incompetente objetivamente para conocer de la ejecución, designado como competente objetivo al Juzgado de Primera Instancia que por turno corresponda.

En el fundamento jurídico primero, el recurrente aporta auto dictado por el Juzgado de lo mercantil de fecha 10 de septiembre de 2012, y apoya su pretensión en otro auto de la misma sección 4.ª de esta Audiencia Provincial, más concretamente de fecha 5 de junio de 2012. Se resuelve oponiéndose al auto aportado por la recurrente para apoyar su pretensión haciendo mención a la entrada en vigor de la Ley 5/2012, de 6 de julio, que modifica el art. 545.2 LEC que aclara la controversia estableciéndose la competencia al Juzgado de Primera Instancia. Se recoge literalmente el contenido del citado artículo para disipar dudas («Cuando el título sea un laudo arbitral o un acuerdo de mediación, será competente para denegar o autorizar la ejecución y el correspondiente despacho el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado el laudo o se hubiera firmado el acuerdo de mediación»).

En el fundamento jurídico segundo se hace referencia al art. 8.4 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, modificada por la LO 11/2011 que se remite de manera expresa al art. 545.2 LEC para ejecutar laudos arbitrales. Y se hace referencia al artículo 85, que regula las competencias del juzgado de primera instancia y el art. 86 ter.3, ambos LOPJ que siguen la LO 11/2011. Cuando se regula la competencia sobre la ejecución de laudos españoles no especifica nada.

Para concluir la cuestión, en el fundamento jurídico tercero se establece que la LOPJ no atribuye competencias al Juzgado de lo Mercantil, la Jurisdicción civil tiene vis atractiva y la legislación específica atribuye la competencia objetiva de ejecutar los laudos arbitrales a los Juzgados de Primera Instancia y la competencia territorial a aquellos juzgados de primera instancia del lugar en que se haya dictado el laudo. Terminando por decir que independientemente del tipo de asunto, ya sea civil o mercantil, la Ley de Arbitraje atribuye competencias en vía declarativa y en ejecución forzosa a los Juzgados de Primera Instancia, como se recoge en la LO 11/2011 y en la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que modifica el art. 545.2 LEC.

Una vez determinado el juzgado competente para proceder a la ejecución de laudos o acuerdos de mediación, conforme establece el art. 26 Ley 5/2012, de 6 de julio, éste no puede realizar una actuación mecánica, sin ningún tipo de control de los requisitos procesales (3) pero tampoco puede entrar a valorar el contenido del acuerdo, refrendado por la autonomía de la voluntad y el principio dispositivo.

## III. SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚM. 5 DE MÁLAGA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2012

Debido a la escasez de jurisprudencia por la novedad de la norma, apenas 7 meses, pasaremos a comentar esta sentencia en materia de familia. La litis surge por la existencia de un auto de fecha 13 de mayo de 2010 sobre mediación en materia de familia y su aplicación o no como medidas definitivas del divorcio. En su fundamento de derecho segundo hace mención a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, equiparando los convenios reguladores no ratificados o no aprobados judicialmente a un acuerdo obtenido mediante mediación con su acta final del art. 22.3 de la citada Ley.

Continúa con el carácter vinculante que otorga el art. 23.3 del mismo cuerpo legal ante esos acuerdos o convenios no ratificados, ya que el contenido del acuerdo se ha tomado

sin vicio alguno, con la intervención técnica del mediador, la voluntad de las partes a participar de la mediación e igualdad de las mismas en el proceso para tomar las medidas de los arts. 91 y ss. CC. Así los acuerdos adoptados en un proceso de mediación que no se han plasmado en un convenio regulador y ratificado judicialmente tienen una gran influencia sobre el juez para adoptar las medidas en él recogidas.

Dicho extremo podría ser alterado por la parte que demuestre que las circunstancias coetáneas o posteriores al acuerdo adoptado en mediación han variado sustancialmente, de tal manera que se justifique que lo acordado en su momento en mediación no deba ser ratificado judicialmente. Así en el supuesto en concreto se habla de la disp. final 3.<sup>a</sup>, apartado 12 que modifica el art. 438.3 LEC posibilitando la acumulación del divorcio a la división de la cosa común, por lo que se procede a adoptar como medidas definitivas del divorcio las pactadas en el acuerdo de mediación obrante en autos de fecha 13 de mayo de 2010.

#### IV. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA DE 8 DE OCTUBRE DE 2012, SALA CIVIL Y PENAL (PONENTE: JOSÉ FRANCISCO VALLS GOMBAU)

Centraremos el análisis en su fundamento jurídico segundo, sobre recurso extraordinario de infracción procesal y que comenta la nueva ley de mediación, en su vertiente de acumulación de procesos. Se hace referencia al art. 43 Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia (4), ya derogado por el art. 232-12 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (5), pero que se aplica por una cuestión de derecho intertemporal en el proceso.

El legislador catalán con la pretendía establecer un sistema de reparto y distribución de los bienes comunes, que permitía acumular la acción de división de patrimonios con la de separación, nulidad o divorcio.

Pero la STC 21/2012, de 16 de febrero, declaró inconstitucional el art. 43.1 Código de Familia al considerarse competencia del estado la legislación procesal.

A continuación el Tribunal pasa a comentar, pese a no ser objeto de litis ni de recurso, la modificación del art. 438.3 LEC que establece la Ley 5/2012, de 6 de julio, permitiéndose junto a la separación, nulidad o divorcio y a partir de su entrada en vigor, la acumulación de la acción de división de cosa común respecto a los bienes en comunidad ordinaria.



#### V. SENTENCIA DE LA SECCIÓN 12 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2012 (PONENTE: JOSÉ PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ)

Trata como litis una disolución matrimonial con la acumulación de la acción de división de cosa común. En el fundamento de derecho segundo se resuelve la petición de la recurrente que por parte del tribunal se dilucide sobre la titularidad de un negocio consistente en un bar, que ha sido explotado por ambos cónyuges. Ante tal petición el tribunal deniega a entrar a valorarlo al excederse los límites del proceso de familia. A continuación, y tras la entrada en vigor de la Ley 5/2012, se pueden acumular a los procesos de familia la división de patrimonios comunes en una comunidad de bienes indivisa, según reguló el art. 43 Código de Familia, declarado en su momento inconstitucional por la STC 21/2012, de 16 de febrero. Se estima en el supuesto tal acumulación de acciones, procediéndose a la división de la vivienda familiar, limitado al derecho de uso concedido a la esposa, al poder establecerse por escritura pública de manera pacífica. En referencia a lo interesado de parte de que se resolviera sobre la titularidad del negocio del Bar, el tribunal se encuentra que la titularidad es del marido y proceder a establecer la realidad del derecho dominical es un proceso complejo, por lo que rechaza decidir al respecto en este procedimiento de familia.

#### VI. SENTENCIA DE LA SECCIÓN 18 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA DE 13 DE

#### NOVIEMBRE DE 2012 (PONENTE: M.<sup>a</sup> JOSÉ PÉREZ TORMO)

Para finalizar, esta sentencia también de un tema de familia, donde en su fundamento jurídico cuarto entra a tratar la congruencia de las sentencias que, como establece el art. 218 LEC se determina en función de si el *petitum* y lo dispuesto se corresponden, no pudiéndose fallar en más o en menos de lo solicitado ni disponer cosa distinta no solicitada por las partes.

En el supuesto que se entra a estudiar, por parte del recurrente se reitera la solicitud de la división de la cosa común de una vivienda sita en Toronto (Canadá), dado que en primera instancia solo se procedió a dividir la vivienda sita en Barcelona. En aplicación del art. 483.3 apartado cuarto de la LEC reformado por la Ley 5/2012 de 6 de julio se procede a acordarla. ■

#### NOTAS

(1) BOE núm. 162 de 7 de julio de 2012.

(2) BOE núm. 56 de 6 de marzo de 2012.

(3) BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2013, págs. 511-512.

(4) DOGC núm. 2687 de 23 de julio de 1998 y BOE núm. 198 de 19 de agosto de 1998

(5) DOGC núm. 5686 de 5 de agosto de 2010 y BOE núm. 203 de 21 de agosto de 2010



## Práctica Forense

Instituciones arbitrales como impulsoras

LA LEY 1924/2013

# Las instituciones arbitrales como impulsoras del procedimiento

Sònia GARCÍA PLANELLA

Abogada

*La autora, desde su dilatada experiencia como ex Secretaria técnica del Tribunal Arbitral de Girona, describe el iter procedimental y la praxis habitual en los arbitrajes institucionales, con una detallada explicación del funcionamiento y los tiempos del arbitraje, tanto en su trámite previo o prearbitral, tras la presentación de la instancia inicial, como en el desarrollo del procedimiento arbitral hasta la emisión del laudo.*

## I. INTRODUCCIÓN

Actualmente España cuenta con un número elevado de instituciones arbitrales, de reconocido prestigio que contribuyen al desarrollo y al crecimiento del arbitraje, difundiendo y promoviendo la cultura arbitral en nuestro país. Conocer su función y el papel que desarrollan como impulsoras del procedimiento arbitral es sumamente importante para comprender la importancia del arbitraje institucional, y poder valorar las diferencias que existen entre las instituciones arbitrales en función de la persona jurídica que las auspicia.

Son las partes las que libremente podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a una u otra institución. Elección que deberán fundamentar en un estudio previo de la organización a la cual desean someterse y a su regulación.

La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, modificada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, reconoce dos tipos de instituciones arbitrales: las corporaciones de derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras, y las asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales. Encomendándoles como principales funciones la de velar por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros, la transparencia en su designación y la de salvaguardar de su independencia.

No obstante, y como veremos, la institución arbitral no actúa únicamente como garante

del procedimiento arbitral sino que despliega su verdadero valor como administradora del arbitraje, puesto que los arbitrajes desarrollados a través de éstas, incorporan ventajas comparativas respecto de los denominados arbitrajes *ad hoc*, lo que se traduce en una mayor confianza de los usuarios por incluir cláusulas arbitrales en sus contratos, sometiendo a la administración de instituciones arbitrales.

Los Reglamentos de las instituciones arbitrales contienen un reglamento procesal, normas tarifarias y normas de organización internas. Estas normas facilitan la administración y desarrollo de los procesos arbitrales pues permiten que las partes y/o usuarios que incorporan cláusulas arbitrales sometidas a instituciones arbitrales, puedan conocer y prever el alcance de pactar tales cláusulas. La predictibilidad y seguridad constituyen ventajas que son apreciadas al momento de pactar cláusulas arbitrales.

La administración a cargo de una institución arbitral implica el respaldo de una persona jurídica y el soporte especializado puesto a disposición de la administración del arbitraje. Dada la naturaleza de los riesgos que comporta la administración de una controversia, resulta adecuado que sea una persona jurídica de reconocido prestigio la que auspicie y respalde la administración del arbitraje. Asimismo, resulta importante que la administración del arbitraje cuente con un organismo técnico y especializado que se dedique exclusivamente a dicha labor.

Las instituciones arbitrales cuentan con órganos administrativos que permiten desarrollar

la labor de administración de modo tal que cualquier aspecto vinculado como las designaciones de árbitros, recusaciones, renunciaciones, tarifas y otros, puedan ser resueltos sin generar dilación.

Garantizado el respeto a estas normas básicas, las reglas que sobre el procedimiento arbitral se establecen son dispositivas y resultan, por tanto, aplicables sólo si las partes nada han acordado directamente o por su aceptación a someterse a un arbitraje institucional y consecuentemente a un reglamento arbitral. No podemos olvidar que las actuaciones arbitrales se estructuran a partir del principio de autonomía de la voluntad, estableciéndose como único límite al mismo y a la actuación de los árbitros, el derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad, audiencia y contradicción que se erigen en valores fundamentales del arbitraje como proceso que es.

Veamos cómo y cuándo actúa una institución arbitral en el desarrollo del procedimiento arbitral, destacando en primer lugar:

## II. EL TRÁMITE PREARBITRAL

El momento en que la institución arbitral recibe el encargo profesional de administrar el procedimiento y antes de su aceptación es lo que llamamos el trámite prearbitral.

La presentación de un escrito o instancia solicitando la intervención de la institución arbitral, ya bien sea por acuerdo explícito transcrito en el convenio arbitral pactado previamente en documento jurídico, contrato, acuerdo o estatutos sociales, o por la voluntad de utilizar la vía institucional como jurisdicción voluntaria para resolver la controversia suscitada.

Es en este momento cuando la Institución Arbitral deberá plantearse como cuestión previa su propia competencia y las obligaciones planteadas en el propio convenio arbitral, comprobando en primer lugar si existe sometimiento explícito a dicha institución, y por lo tanto vinculante y de obligado cumplimiento entre las partes, o bien, si se plantea como una invitación a la otra parte, a utilizar los servicios de la institución y someterse a posteriori a dicha jurisdicción de manera voluntaria.

El trámite prearbitral es por lo tanto uno de los momentos más importantes y delicados del procedimiento arbitral, no debemos olvidar que la falta de convenio o la deficiente redacción de éste fundamenta la primera de las causas de nulidad recogida en la letra a) del art. 41 Ley de Arbitraje. Cabe decir que la mayoría de instituciones han elaborado modelos de cláusulas arbitrales facilitando su transcripción y evitando errores que puedan invalidarlo.

En el mismo sentido la mayoría de instituciones arbitrales ponen a disposición de las partes modelos de instancia y contestación de arbitraje que facilitan la propuesta y perfilan las primeras cuestiones a concretar y decidir como son: la designación correcta y completa de las partes, a efectos de notificaciones, el tipo de arbitraje al que desean acogerse, el número y características de los árbitros, el lugar donde desean que se celebren las actuaciones, el idioma, el plazo para la emisión del laudo, la pretensión objeto de la controversia y finalmente la cuantía del procedimiento.

No obstante es práctica habitual, que según la complejidad o no de la controversia que se plantea, las partes opten por presentar directamente escrito de demanda de arbitraje en la que exponen los hechos y fundamentos de sus pretensiones, solicitando finalmente la emisión del laudo en base a los particulares que hemos enumerado en el párrafo anterior, facilitando de esta manera la celeridad del procedimiento como veremos más adelante en uno de los casos prácticos que desarrollaremos.

Recibido pues el encargo profesional la parte solicitante deberá abonar las correspondientes tasas que darán lugar a la apertura del expediente arbitral y al traslado de dicho encargo a la otra parte, para que a la vista de la instancia planteada o demanda de arbitraje formulada se pronuncie aceptando el sometimiento, definiendo sus preferencias respecto a los particulares e incluso formulando una contestación a las pretensiones, si éstas ya han sido previamente planteadas, o bien optando por no aceptar dicha solicitud fundamentando su rechazo o no contestando a la solicitud.

La celeridad y el correcto desarrollo de esta primera etapa es crucial en el procedimiento arbitral pues son muchos los interrogantes que se deben despejar y decidir antes de iniciar el arbitraje y las instituciones arbitrales juegan aquí un papel básico como garantes y impulsoras del mismo.

Así pues, el esquema planteado es el siguiente:

**1. Presentación instancia y pago de tasas.** Comprobación del convenio arbitral (Requerimiento o invitación). Aceptación o rechazo razonado del arbitraje por parte de la Institución.

**2. Apertura.** Traslado a la otra parte de la instancia de arbitraje, junto con la documentación aportada, de un modelo de contestación para la concreción de los particulares, el reglamento arbitral y un listado de árbitros admitidos y recomendados por la Institución Arbitral, o según la institución traslado de la propuesta de árbitro o árbitros formulada por la otra parte.

**3. Contestación a la instancia de arbitraje.** En caso de sumisión expresa la falta de contestación no condicionará la preclusión del inicio del arbitraje.

**4. Conclusión del trámite introductorio.** Recibido el escrito o finalizado el plazo para su recepción. La Institución Arbitral emitirá una resolución de conclusión del trámite introductorio elevando las actuaciones al órgano competente para formalizar el encargo arbitral y definir los particulares del mismo.

### III. CONSTITUCIÓN DEL ARBITRAJE

Vistos los escritos de instancia y contestación de arbitraje presentados por las partes y la documentación aportada, el órgano competente de la Institución Arbitral procederá, según el caso, mediante acuerdo motivado a la aceptación del encargo arbitral o no aceptación, integración del convenio, ratificación de los árbitros consensuados por las partes o a su designación o nombramiento, fijando los particulares en los que las partes no hayan coincidido:

- a) Concreción de la cuestión o materia objeto del arbitraje.
- b) Determinación de los particulares como el idioma, lugar donde celebrar las vistas y emisión del laudo.
- c) Fijación de la cuantía y de los honorarios del arbitraje que deberán provisionar cada una de las partes.
- d) Designación del Árbitro y del Árbitro sustituto, en previsión a una posible remoción, abstención o recusación.
- e) Determinación del plazo para dictar el laudo.
- f) Designación de un ponente como persona de referencia de la Institución Arbitral para el asesoramiento y asistencia en la tramitación del procedimiento arbitral.

La designación del árbitro y los otros particulares serán notificados a la persona elegida como árbitro, a quien se le remitirá copia de los escritos introductorios correspondientes y de los documentos aportados hasta ese momento a las actuaciones.

Recibida la aceptación del árbitro, la Institución Arbitral convocará a las partes y al Árbitro a una vista, para comunicarles formalmente la aceptación y determinar el procedimiento. A este acto asistirá el ponente y las partes (personalmente o por medio de representante debidamente acreditado).

La intervención de las Instituciones Arbitrales en la designación y nombramiento del árbitro

resuelve uno de los mayores problemas que en ocasiones se plantea a las partes en el momento de iniciar un arbitraje, pues la decisión de elegir al profesional o profesionales no está exenta de dificultades por intereses contrapuestos, coartando e imposibilitando el inicio del procedimiento.

### IV. ACTA INICIO-PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Corresponde a las partes y a los árbitros determinar el procedimiento arbitral, estableciendo de común acuerdo un CALENDARIO DE ACTUACIONES, fundamentalmente sobre los plazos que convengan para formular alegaciones, proponer y practicar pruebas y fijar todas aquellas pautas de actuación que estimen oportunas para el procedimiento arbitral planteado.

A todos los efectos, sin perjuicio de lo que pueda establecer el calendario, los plazos procesales en arbitraje se computarán en días naturales según el artículo 5 de la Ley de Arbitraje.

Actualmente es frecuente ver reglamentos de Instituciones Arbitrales regulando dos tipos de procedimientos en atención a las circunstancias de tiempo, sencillez o complejidad de la controversia planteada:

1. Procedimiento abreviado o simplificado.
2. Procedimiento ordinario.

Llegados a este punto, la mejor manera de visualizar estos dos tipos de procedimientos arbitrales es plasmar mediante un desarrollo práctico la sustanciación de las actuaciones arbitrales conjugando perfectamente con uno de los principios o características más relevantes del arbitraje: garantía procesal y celeridad.

Los esquemas que a continuación desarrollaremos se basan en dos casos reales de arbitraje administrado por una institución arbitral y tiene por objeto visualizar tanto el proceso como el tiempo invertido en cada etapa.

#### 1. Procedimiento abreviado o simplificado con emisión del laudo en 55 días naturales

*Día 1: Trámite introductorio:*

Presentación de instancia sobre cuestión litigiosa planteada por incumplimiento de contrato de arrendamiento de local de negocio, con una cuantía inferior a 10.000 €. Solicitando arbitraje derecho a dirimir por Árbitro único con emisión del laudo en 2 meses y proponiendo tres posibles árbitros.

*Día 2:* Constatado en el convenio arbitral la sumisión expresa a la Institución Arbitral, se



## 2. Procedimiento ordinario con emisión del laudo en 220 días naturales

### Día 1: Trámite introductorio:

Presentación de instancia sobre cuestión litigiosa planteada por incumplimiento del contrato de obra con una cuantía aproximada de 1.500.000 €. Solicitando arbitraje de equidad a dirimir por colegio arbitral formado por tres árbitros con emisión del laudo en el plazo máximo de 6 meses y proponiendo tres posibles árbitros.

Día 2: Constatado en el convenio arbitral la sumisión expresa a la Institución Arbitral, se da traslado a la otra parte mediante burofax de la instancia de arbitraje junto con los documentos acompañados, con excepción de la lista de árbitros, concediéndose un plazo de *quince días* naturales para formular contestación en el sentido de aceptar o rechazar la instancia de arbitraje.

Día 25: Recibida la contestación a la instancia de arbitraje o concluido el plazo concedido, se reúne el órgano competente de la Institución Arbitral para la admisión y constitución del arbitraje, nombrando los tres árbitros que forman el colegio arbitral, dos juristas y un arquitecto y fijando los particulares del arbitraje: idioma, lugar donde se celebrarán las actuaciones, sistema de costas y plazo para la emisión del laudo.

La Institución Arbitral contacta con los árbitros elegidos procediendo mediante correo electrónico a enviarles los escritos formalizando el encargo arbitral y remitiéndoles la documentación aportada por las partes a las actuaciones.

### Día 30: Constitución del arbitraje:

Recibida la aceptación del encargo por parte de los árbitros se da traslado a las partes del acta de admisión del arbitraje con el nombramiento y aceptación de los miembros del colegio arbitral, con *emplazamiento para la celebración de vista* en la sede de la Institución Arbitral a fin de determinar de común acuerdo mediante acta de inicio el calendario de actuaciones.

Día 50: Celebración de la vista en la que se acordó:

a) La aceptación del nombramiento del Árbitro único, sin presentar recusación.

b) Establecer el *calendario de actuaciones*, concretando las fechas exactas para la presentación de escritos, con la finalidad de facilitar el cómputo de plazos. Así mismo, se acordó realizar las notificaciones y envío de dichos escritos y documentos acompañados mediante correo electrónico, dándose traslado posteriormente de los escritos

da traslado a la otra parte mediante burofax de la instancia de arbitraje junto con los documentos acompañados, con excepción de la lista de árbitros, concediéndose un plazo de *seis días* naturales para formular contestación en el sentido de aceptar o rechazar la instancia de arbitraje.

Día 12: Recibida la contestación a la instancia de arbitraje o concluido el plazo concedido, se reúne el órgano competente de la Institución Arbitral para la admisión y constitución del arbitraje, nombrando el árbitro único y fijando los particulares del arbitraje: idioma, lugar donde se celebrarán las actuaciones y plazo para la emisión del laudo.

El mismo día la Institución Arbitral contacta telefónicamente con el árbitro procediendo mediante correo electrónico a enviarle el escrito formalizando el encargo arbitral y la documentación aportada por las partes a las actuaciones.

### Día 14: Constitución del arbitraje:

Recibida la aceptación del encargo por parte del árbitro se da traslado a las partes del acta de admisión del arbitraje con el nombramiento y aceptación del árbitro, emplazando a las partes para la *celebración de vista* en la sede del Tribunal a fin de determinar de común acuerdo mediante acta de inicio el calendario de actuaciones.

Día 20: Celebración de la vista en la que se acordó:

a) Aceptación del nombramiento del Árbitro único, sin presentar recusación.

b) ELEVACIÓN a DEMANDA de la instancia de arbitraje o presentación de la DEMANDA PRINCIPAL de la que se da traslado a la otra parte en la misma vista. Cabe puntualizar que en este supuesto como cuestión procesal previa se informó a la otra parte de su derecho a enervar la acción en caso de que no se hubiera realizado con anterioridad.

c) El plazo de *quince días* naturales para que la instada formule CONTESTACIÓN a la DEMANDA PRINCIPAL, o formular reconvencción.

d) Se fijó el día 40 para celebrar VISTA ORAL a fin de proponer y practicar prueba, emitir conclusiones o, en su caso, concluir el arbitraje por acuerdo entre las partes.

e) El plazo máximo de dos meses para la emisión del laudo desde la contestación a la demanda.

Día 35: Presentación de la CONTESTACIÓN A LA DEMANDA PRINCIPAL sin formular reconvencción, de la que se da traslado inmediatamente a la otra parte.

Día 40: Celebración de la VISTA ORAL: Pruebas propuestas y practicadas únicamente documentales con emisión de las conclusiones por cada una de las partes.

### Día 55: Emisión del laudo

Destacar que en este supuesto el escrito de solicitud de instancia de arbitraje se realizó en forma de demanda, hecho que propició la posibilidad de elevarla posteriormente a demanda, sin tener que conceder más días para su presentación.

y documentos originales mediante empresa de mensajería.

— Presentación de la *demanda de arbitraje*.  
 Día 65.

— El plazo de veinte días naturales como máximo para presentar el escrito de *contestación a la demandada principal* y formular reconvencción. *Día 80*.

— El plazo de quince días naturales como máximo para formular *contestación a la demanda reconvenccional*. *Día 100*.

— El plazo de quince días naturales para presentar, en plazo común para ambas partes, escrito de proposición pruebas. *Día 115*.

— Concluido el período de práctica de prueba, el plazo de quince días naturales, en plazo común para ambas partes, para presentar los escritos de conclusiones.

— El plazo máximo de seis meses para la emisión del laudo desde la contestación a la demanda.

*Día 125*: El colegio arbitral emite resolución acordando la admisión y fijando los días para la práctica de pruebas.

*Día 127*: Se da traslado a las partes de la resolución de admisión práctica de pruebas, sin que las partes formulen alegaciones a dicha resolución.

*Día 135*: La Institución Arbitral envía mediante burofax las citaciones a los cuatro testigos propuestos y admitidos, y se ofician tres requerimientos para periciales de Arquitecto Superior, Arquitecto Técnico y Economista, mandamientos arbitrales a tres entidades Bancarias y oficio al Registro Mercantil.

*Día 160*: Se procede a la práctica de las pruebas testificales y periciales.

*Día 170*: El colegio arbitral acuerda practicar nueva prueba para mejor proveer de reconocimiento arbitral de la obra objeto de la controversia.

*Día 175*: Se realiza la práctica de la prueba de reconocimiento arbitral.

*Día 180*: El colegio arbitral emite resolución acordado la conclusión de período de prueba y concediendo a las partes el plazo de quince días naturales, en plazo común para ambas partes, para presentar los escritos de conclusiones.

*Día 200*: Presentación de los escritos de conclusiones.

*Día 220*: Emisión del laudo

Puntualizar que en este arbitraje la emisión de laudo se produjo dos meses antes del plazo máximo acordado por las partes, ya que el cómputo del plazo debe iniciarse desde la presentación de la contestación a la demanda principal.

Finalmente y como conclusión hemos de recordar que el arbitraje como sistema alternativo de resolución de conflictos y la sumisión a una institución arbitral no debe ser contemplada como un modo único o absoluto pues la Ley de Arbitraje otorga a la autonomía de la voluntad un sitial preferente, siendo pues las partes las que en última instancia deben elegir u optar por utilizar esta vía.

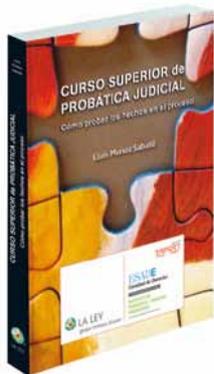
Acudir a Instituciones Arbitrales permanentes que garanticen los medios necesarios para la solidez y el desarrollo del procedimiento arbitral es pues una alternativa a valorar para resolver posibles controversias en un mundo cada vez más complejo, más interrelacionado y donde las transacciones se incrementan en número y complejidad. ■



NUEVO

## Curso superior de probática judicial

### *Cómo probar los hechos en el proceso*



AUTOR:

**Lluís Muñoz Sabaté**

➔ El clamoroso éxito obtenido por el *Curso de Probática Judicial (2009)*, edición totalmente agotada, ha inducido a LA LEY (grupo Wolters Kluwer) a **publicar, no una segunda edición, sino a encargar al autor una ampliación de sus profundos conocimientos sobre dicha disciplina**, no solo entendida en el sentido de «cómo probar los hechos en el proceso», sino también de «como ayudar a probarlos».

➔ Fruto de dicho encargo ha sido este Curso SUPERIOR de probática judicial, que supera ampliamente el contenido de aquella.

En esta nueva obra vuelven a recogerse, de un modo sistemático y metódico, aunque mucho más extenso, ideas y herramientas que igual sirven para ser impartidas en un curso académico, cómo así ya se está haciendo en algunos centros, como para servir de guía a jueces, fiscales, abogados, detectives, peritos y policía científica.

➔ *Páginas: 272 / Encuadernación: Rústica / ISBN: 978-84-9020-129-9*

**ESADE**  
 Facultad de Derecho  
 Universidad Ramon Llull  
 INSTITUTO DE  
 PROBÁTICA Y DERECHO  
 PROBATORIO



## Dossier

### Dossier de los tribunales sobre mediación

Consulte los textos íntegros en  
[www.diariolaley.es](http://www.diariolaley.es)

#### LA LEY 1699/2013

## Dossier de los tribunales sobre mediación

Antoni VIDAL TEIXIDÓ  
 Abogado y mediador

*En el primer comentario, con motivo de una acción de división de cosa en común instada por el exmarido, se analiza la aportación por parte de la demandada de documentos elaborados durante el proceso de mediación. En el segundo, en un proceso de divorcio con custodia compartida se recomienda a las partes asistir durante el primer año al centro de mediación familiar para reforzar la eficacia del nuevo sistema (custodia compartida).*

### I. APORTACIÓN DE DOCUMENTOS ELABORADOS EN LA MEDIACIÓN

**Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo civil de 2 de marzo de 2011 (Ponente: Antonio Salas Carceller)**

La Ley de mediación catalana se ha distinguido por consagrar la confidencialidad como uno de los principios básicos en los que se fundamenta esta institución. Ya ocurrió en su momento con la Ley 1/2001 de 15 de marzo, de mediación familiar y así ha sucedido igualmente con la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito de derecho privado.

En este supuesto el ponente basa la admisión de la documentación conseguida durante las sesiones de mediación por considerar que los documentos aportados por una de las partes guardan relación directa con la tutela judicial que se pretende obtener y en cualquier caso considera que el deber de secreto que alcanza a la persona mediadora y a las propias partes se refiere a «informaciones confidenciales», que lógicamente quedan reservadas al estricto conocimiento de las partes y del mediador, pero no puede extenderse cuando se trata de un acuerdo libremente adoptado durante el proceso de mediación.

Consideración del valor de los acuerdos alcanzados en fase de mediación y su distinción del acta final.

La cuestión objeto de litis se basaba en una demanda de juicio declarativo ordinario sobre división de la cosa común instada por el ex esposo, turnada al Juzgado de Primera Ins-

tancia número 36 de Barcelona. En la audiencia previa se acordó por la Juzgadora no haber lugar a admitir los documentos acompañados por la demandada con la contestación a la demanda bajo los números 1 y 3, los cuales aparecían firmados por ambos litigantes y por el mediador que había intervenido en el proceso de mediación matrimonial sin acuerdo final. Consideraba la demanda que la aportación de dichos documentos era fundamental para sus intereses. Dicha parte recurrió en reposición en el acto y dicho recurso fue rechazado, formulándose la oportuna protesta por la inadmisión.

Dictada sentencia en fecha 4 de octubre de 2006, la demandada recurrió en apelación, recayendo la misma ante la Sección 14 de la AP Barcelona, rollo 46/2007. La indicada Sección desestimó íntegramente el recurso mediante sentencia de fecha 22 de junio de 2007 (352/2007) confirmando en todos sus pronunciamientos la sentencia dictada en Primera Instancia, con imposición de costas de la apelación.

La ex esposa formalizó recurso extraordinario por infracción procesal y de casación y la Sala Primera del Tribunal Supremo falló declarando haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal contra la sentencia dictada por la AP Barcelona, dimanante de autos de juicio ordinario 683/2005 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 36 de la ciudad, anulando y ordenando la reposición de las actuaciones al momento anterior

a dictar sentencia a efectos de una nueva sentencia sobre el recurso de apelación interpuesto, teniendo en cuenta el contenido de los documentos núms. 1 y 3 aportados con el escrito de la contestación a la demanda. No hubo imposición de costas.

De lo expuesto y al margen de que lo que se dirime es una acción de división de cosa en común, procedente de un anterior proceso de divorcio, lo que vamos a tratar es la valoración que los diferentes órganos judiciales que han intervenido en el presente caso hacen de la confidencialidad de la mediación.

De entrada el art. 13 de la anterior Ley catalana de Mediación 1/2001 se basa en el principio de la confidencialidad de la mediación. Y es confidencial hasta que no llegue a su fin. Pero entiendo que aun llegado a su fin e incluso con acuerdo final, lo único que dejará de ser confidencial será precisamente el acuerdo de las partes debidamente constatado en una Acta final de mediación. Todo lo anterior, es decir todo el proceso por el que finalmente se llegue a un acuerdo, continuará siendo confidencial.

Así el art. 13 Ley 1/2001 decía «que en la medida en que el curso de la mediación se puede revelar información confidencial, la persona mediadora y las partes han de mantener el deber de confidencialidad en relación con la información que se trate. En cumplimiento de este deber, las partes se comprometen a mantener el secreto y, por lo tanto, renuncian a proponer la persona mediadora como testigo en algún procedimiento que afecte al objeto de la mediación; también la persona mediadora debe renunciar a actuar como perito en los mismos casos».

A continuación, en el apartado 2 del referido artículo, se indica que «las actas que se elaboran a lo largo del proceso de mediación tienen carácter reservado».

Según refiere la sentencia dictada por la Audiencia Provincial la ex esposa se allana a la petición de división de la cosa en común, discrepando sin embargo con el ex esposo actor por cuanto en trámites de mediación éste se obligó a venderle su parte de la vivienda objeto del litigio, basándose en los documentos aportados en los autos por la indicada ex esposa. En la audiencia previa, los documentos 1 y 3 fueron impugnados por la parte actora, impugnación admitida por la juez de grado, por tratarse de propuestas efectuadas en la confidencialidad del proceso de mediación al que acudieron los litigantes para intentar resolver sus discrepancias. Proceso de mediación que no llegó a su fin por falta de acuerdo.

Los documentos impugnados estaban redactados por el mediador y firmados por las partes.

Al margen de la consideración que después apuntaremos sobre la buena praxis del proceso de mediación y, desde luego, la necesaria evitación de firmar nada que no sea el acta final, lo que debe valorarse es si la firma de una acta que no es un acuerdo final, debe tenerse en cuenta y equipararse a una acta final de mediación.

La tesis de la resolución del Tribunal Supremo se basa en que los documentos impugnados en instancia guardan directa relación con la tutela judicial que se pretende obtener por la parte demandada, no se refieren a actividad prohibida por la ley, ni se han vulnerado derechos fundamentales al proceder a su obtención.

Para el alto tribunal el deber de secreto que alcanza a la persona mediadora y a las propias partes se refiere a informaciones confidenciales, que lógicamente quedan reservadas al estricto conocimiento de las partes y del mediador, pero no puede extenderse al caso presente en que se pretende traer a un proceso judicial lo que una de las partes considera que es un acuerdo libremente adoptado y referido a las consecuencias de la ruptura matrimonial.

Sin embargo, entendemos que tal razonamiento quiebra totalmente con el principio de la confidencialidad que no solo la ley catalana de 2001 defendió en su momento, sino la totalidad de las leyes autonómicas, la propia Directiva Europea del Parlamento, la actual Ley Catalana de mediación y más recientemente la Ley española de mediación.

En efecto, aun cuando se trata de un litigio de derecho civil privado y en que las partes se habían sometido a mediación durante el proceso de divorcio, siendo por entonces vigente la anterior Ley de mediación catalana, lo cierto es que uno de los principios que se han mantenido vigentes y aún reforzados con los nuevos ordenamientos sobre la materia ha sido el de la confidencialidad.

En todo el proceso de mediación solo hay dos actas que pueden ser firmadas. El acta inicial y el acta final. En la primera, el art. 18 dice «que de la reunión inicial de la mediación familiar, se extiende un acta, en la cual se expresa la fecha, la voluntariedad de la participación de las partes y la aceptación de los deberes de confidencialidad establecidos por el artículo 13. En la medida en que sea posible, se identifica el objeto de la mediación y el número de sesiones previstas».

Y a continuación dice que «el acta se firma por triplicado, se entrega un ejemplar a cada una de las partes y el otro ejemplar lo conserva la persona mediadora».

La segunda acta que las partes firman es la acta final de mediación (art. 21 Ley 2001),



donde deberá constar exclusivamente y de manera clara y concisa los acuerdos totales o parciales logrados, pero si es imposible llegar a algún acuerdo tan solo se hace constar que la mediación ha sido intentada sin efecto.

Como se ve, en la primera acta se hace constancia de la voluntad de acudir a mediación, con el compromiso de someterse a las características propias del proceso, cuyo contenido acompañan a la propia acta inicial. En efecto, en el ejemplar que se acompaña al impreso del acta inicial y aceptación de la mediación familiar, aparecen detalladas las características del proceso de mediación (obligatorio en las mediaciones públicas y conveniente en las privadas), y así se indica «... que toda información, tanto oral como escrita, ha de ser confidencial. Las partes se comprometen a mantener el secreto y aceptan que esta información no puede ser aportada como prueba ante el juez».

Solo el acta final, con sus acuerdos y debidamente firmada por las partes, tendrá el valor de documento con valor probatorio.

La sentencia del Tribunal Supremo insiste en que los documentos aportados por una de las partes, impugnados por la otra, y no admitidos por la juez de instancia, estaban firmados por ambos litigantes y por el mediador, mediante una supuesta acta confeccionada en medio del proceso de mediación y en modo alguno tenía la calificación de acta parcial y mucho menos de acta final.

El error del mediador fue el firmar y que las partes firmasen acuerdos que no podían ser vinculantes por estar amparados bajo el principio de la confidencialidad y solo podrían tener eficacia si quedaban incorporados al acta final, pero sin valor probatorio al ser individualizados y menos todavía cuando el acta final fue sin acuerdo.

Por otra parte la anterior Ley catalana, como en la actualidad la mayoría de las leyes de

mediación, presenta la confidencialidad como garante y pilar del proceso mediador, y solo de un modo taxativo y concreto la exime en determinados supuestos: a) cuando la información obtenida no es personalizada y se utiliza para finalidades de formación o investigación; b) cuando comporta una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona. A lo dicho habrá que añadir lo establecido en el art. 9 a) Ley 5/2012, de Mediación, en los supuestos de que las partes de manera expresa y por escrito dispensen a los mediadores del deber de confidencialidad.

Así pues, solo cuando se dan estas circunstancias la ley catalana establece la excepcionalidad de la confidencialidad.

Por eso extraña la afirmación del ponente de la Sala cuando en sentido contrario establece la excepcionalidad de la confidencialidad de la mediación porque la documentación aportada a los autos no se refiere a actividad prohibida por la ley, ni se han vulnerado derechos fundamentales al proceder a su obtención.

En realidad, sí se han vulnerado derechos fundamentales ya que se ha quebrado lo dispuesto por la ley de mediación y las características de su proceso, soporte indiscutible para su eficacia, hasta el extremo de que la propia ley de mediación consideraba el incumplimiento del deber de confidencialidad como una infracción muy grave [art. 28.3, en relación al art. 27 b)].

En la actualidad el deber de confidencialidad no solo se ha mantenido en todas las leyes de mediación sino que ha consolidado su carácter de principio general e inexcusable. Así ha quedado establecido en el art. 7 de la actual Ley de mediación catalana 15/2009 de 22 de julio en el ámbito de derecho privado así como en la Ley española de mediación 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su art. 9.

Para esta nueva ley estatal el procedimiento y la documentación utilizada en la mediación es confidencial y se extiende al mediador, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes, por lo que las actas que se elaboran a lo largo del procedimiento de mediación, a través de las distintas sesiones, tienen carácter reservado.

Igualmente la Directiva Europea 2008/52 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, considera que la vulneración del principio de confidencialidad debe considerarse una infracción grave, cuando no es consentida por las partes.

Entendemos pues que el criterio mantenido por el Juzgado de Instancia y corroborado por la Audiencia se identifica plenamente con el principio de la confidencialidad que mantienen las actuales leyes de mediación y que ya en su momento mantuvo la Ley catalana de 2001.

## II. RECOMENDACIÓN DE ACUDIR UNA VEZ AL MES AL CENTRO DE MEDIACIÓN PARA ADAPTARSE CON MAYOR EFICACIA A LA NUEVA SITUACIÓN

**Comentario a la sentencia de 25 de septiembre de 2011 de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona (Ponente: Antonio Carril Pan)**

La sentencia comentada trata sobre un proceso de divorcio en que se establece la guarda compartida: igualmente se determina el compartir el uso de la vivienda, por parte de los progenitores, por meses alternos y les obliga a elaborar un plan de parentalidad según lo dispuesto en el Código Civil de Cataluña, en el plazo de un mes, con la recomendación de asistir durante el primer año al centro de mediación familiar.

Al margen de la valoración que pueda hacerse del contenido integral de la sentencia, así como la consideración de la necesidad de establecer un plan de parentalidad destinado a resolver los desacuerdos de los padres en el ejercicio conjunto de la potestad parental, nuestro comentario va a centrarse fundamentalmente en la recomendación que hace el ponente, una vez establecido el régimen de guarda y custodia compartido y asignar el uso y disfrute del domicilio familiar a los padres por meses alternos, para que los progenitores acudan durante su primer año de ejercicio conjunto al centro de mediación familiar, a fin de adaptarse con mayor eficacia a la nueva situación de custodia compartida.

El presente supuesto parte de la modalidad de la guarda compartida y la alternancia de

los progenitores, por meses, en el domicilio familiar, permaneciendo en el mismo los dos hijos menores.

***Si las partes han llegado a un acuerdo de establecer, respecto a los menores, la guarda compartida, la mediación solo será necesaria si surgen nuevos conflictos en relación al acuerdo establecido pero en modo alguno la mediación debe ser un proceso terapéutico***

El ponente precisa de la necesidad de diálogo y comunicación entre los progenitores para la adecuada educación y atención de los menores, imponiendo la confección de un plan de parentalidad al amparo de lo dispuesto en el art. 233-9 Código Civil de Cataluña.

Cierto que el plan de parentalidad previsto en el art. 233-9 Código Civil de Cataluña, en su apartado 3, ya prevé la posibilidad de que las partes recurran a mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan, o la conveniencia de modificar su contenido para adaptarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos. No obstante entendemos que no se debe optar por la mediación como una recomendación terapéutica a la que deban someterse las partes durante un plazo determinado.

El buen criterio de la resolución en cuanto a la necesidad de comunicación y diálogo entre los progenitores no debe confundir la propia función de la mediación. Por otra parte el «centro de mediación» donde recomienda el ponente deban ir los padres no es lugar de destino salvo que allí se establezca en una única ocasión la sesión informativa.

Consideramos de gran importancia que los Tribunales conozcan cómo derivar a mediación, si es éste su propósito, y al mismo tiempo cuál es el papel que debe desempeñar la mediación.

Dice la sentencia de la Audiencia que se impone a los progenitores la confección de un plan de parentalidad en el plazo de un mes, debiendo ser el Juez el que, en caso de discrepancia, resuelva sobre el caso concreto, y en todo caso se recomienda a los progenitores;

a) asistir para ello y durante el primer año de su guarda y custodia compartida, al centro de mediación familiar;

b) a fin de adaptarse con mayor eficacia a la nueva situación de custodia compartida.

El centro de mediación familiar al que remite el ponente se supone que es el Centro de Mediación de Derecho Civil Privado de Cataluña, distinto de los Servicios Técnicos de los Juzgados, es un órgano adscrito al departamento competente en materia de derecho civil cuyas funciones están desarrolladas en el art. 21 Ley 15/2009 de Mediación en el ámbito de derecho privado.

Al margen de sus funciones de registro de mediadores y de fomento y difusión de la mediación, en su apartado f) se establece que el Centro de Mediación facilita las sesiones informativas gratuitas, bien a través de una solicitud directa de las partes como a instancia judicial o por derivación de otros órganos activos titulares de servicios públicos con competencia en materia de resolución de conflictos familiares y de derecho privado.

Más adelante, el mismo art. 21 de la ley citada, en sus letras g) e i) faculta al Centro el poder hacer el correspondiente seguimiento del proceso de mediación en cuanto a las cuestiones organizativas y que no formen parte del objeto sometido a mediación.

Así pues, el ponente debe diferenciar entre la sesión informativa del art. 11.4 de la Ley de Mediación catalana, en cuyo caso cuando el proceso judicial ya se ha iniciado, la autoridad judicial puede disponer (preceptivo) que las partes asistan a una sesión informativa sobre la mediación si las circunstancias del caso lo hacen aconsejable, del propio proceso de mediación cuyo inicio parte de lo que establece el art. 12 y siguientes de la repetida ley.

Por lo dicho, el Juez tiene la facultad de disponer que las partes asistan a una sesión informativa pero no coincidimos con la posibilidad de recomendar asistir al «centro de mediación» durante el primer año de la vigencia de la guarda compartida y todavía menos «a fin de adaptarse con mayor eficacia a la nueva situación de custodia compartida».

Entiendo que el ponente confunde el proceso de mediación con una terapia familiar.

Si las partes han llegado a un acuerdo de establecer, respecto a los menores, la guarda compartida, la mediación solo será necesaria si surgen nuevos conflictos en relación al acuerdo establecido pero en modo alguno la mediación debe ser un proceso terapéutico, debiéndose pues diferenciar el papel de los profesionales sean médicos, psicólogos o mediadores. ■

## DOSSIER



## Dossier

Dossier de los tribunales  
sobre arbitraje

Consulte los textos íntegros en  
www.diariolaley.es

## LA LEY 1700/2013

## Dossier de los tribunales sobre arbitraje

Frederic MUNNÉ CATARINA

Abogado, doctor en derecho, ex Director de los Servicios Jurídicos del Tribunal Arbitral de Barcelona, profesor de Derecho procesal en ESADE-URL

*En un primer comentario el autor sostiene que el árbitro puede determinar el quantum de las costas, pero no fijar sus propios honorarios, salvo que se calculen según pautas previamente aceptadas por las partes. En el segundo expone la reducción del estándar de flexibilización del deber de congruencia del laudo arbitral en la Ley 60/2003 de Arbitraje. Y en el tercero y último, constata cómo el derecho a la prueba tiene en el arbitraje un régimen jurídico paralelo y mimético al del proceso judicial.*

### I. FIJACIÓN DE LOS HONORARIOS DEL ÁRBITRO EN EL LAUDO: JUEZ Y PARTE

**C**omentario a la SAP Las Palmas de 29 de junio de 2012, Secc. 5.ª (Ponente Mónica García de Yzaguirre): FF.JJ. 3.º y 4.º «Aunque el laudo contenga pronunciamientos relativos a los honorarios del propio árbitro estas cuestiones son ajenas a la resolución del conflicto, puesto que exceden del ámbito propio del convenio arbitral (el cual únicamente une a las litigantes como contratantes) y afectan a un tercero —el árbitro— que no es parte en dicho convenio, pero con el cual y para hacerlo efectivo las litigantes concertaron un negocio jurídico distinto y diferenciado de su propia cláusula compromisoria, cual es el arrendamiento de los servicios profesionales.

En consecuencia la materia relativa al montante de los honorarios del árbitro, el importe de los gastos del arbitraje, y los criterios para su determinación aceptados por las partes, como las tarifas de la Corte (téngase en cuenta que al convenir las partes el sometimiento al arbitraje de la Corte de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Las Palmas de Gran Canaria, están aceptando su reglamento regulador), no son propiamente materia sometida al arbitraje y exenta de control jurisdiccional, sino que son materia objeto del contrato de arrendamiento de servicios profesionales que puede debatirse en juicio

plenario en el que debe oírse a todas las partes en dicho contrato, y, por ello, al propio árbitro, que no es ni puede ser parte en el presente procedimiento.

Y así cabe citar la sentencia de la AP Sevilla, Secc. 5.ª, de 15 de abril de 2011, cuando dice: Se alegó también como motivos de anulación, finalmente, que el árbitro había entrado en una cuestión no sometida a su decisión, como era la del reparto del importe del precio obtenido con la venta de la finca de que se trata y que había condenado indebidamente a Dona Adriana al pago de las costas del procedimiento arbitral relativas a los honorarios del árbitro, motivos de anulación que tampoco son de recibo, puesto que es evidente que el reparto del dinero obtenido con la venta de la finca formaba parte del arbitraje y del debate en el mismo y la decisión sobre el pago de las costas del procedimiento arbitral es una cuestión que excede por completo del ámbito del procedimiento de anulación de laudo.

CUARTO.— Esta misma Sala en el rollo 309/2011, Auto de 24 de febrero de 2012, ha explicado la diferencia entre el compromiso de las partes contractuales de someter las divergencias que puedan suscitarse a arbitraje, y el contrato que éstas suscriben,

una vez surgida la controversia, con el árbitro para que resuelva dicho conflicto. En la referida resolución se desestimó el recurso del árbitro frente al Auto dictado en la instancia que estimó la oposición a la Ejecución pretendida por el propio árbitro para obtener sus honorarios de una de las partes del arbitraje utilizando el laudo como título ejecutivo a su favor.

Dijimos entonces: Este Tribunal comparte el criterio sostenido por la Junta de Magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid al que se refiere el auto apelado, en cuanto a que el árbitro carece de legitimación activa para instar la ejecución del laudo arbitral, sin que el laudo constituya un título ejecutivo a su favor.

No se trata de “costas que no le han sido pagadas al árbitro”, como dice el apelante en su escrito de recurso. Desde el punto de vista del árbitro no existen “costas”, como tampoco existen costas para el perito que interviene en un procedimiento judicial o arbitral. De lo que se trata es de una reclamación de los honorarios del árbitro, es decir de la contraprestación pactada y que el árbitro debe recibir por el cumplimiento del contrato de encargo que suscribe con las partes.

La Sala estima un contenido habitual del laudo que el árbitro se pronuncie en él respecto de las costas y gastos del propio arbitraje, contenido que ha de ser producto del convenio arbitral entre las partes que a él se someten, es decir ha de venir contemplado en el convenio. El árbitro debe en tales casos pronunciarse sobre cuál de las partes debe hacer frente a estos gastos, o qué distribución o participación en el pago de las costas y gastos derivados del arbitraje, incluidos los honorarios del propio árbitro, debe hacerse entre las partes sometidas al mismo.

Este es el sentido del artículo 37.6 de la Ley de Arbitraje, cuando establece: “Con sujeción a lo acordado por las partes, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje, que incluirán los honorarios y gastos de los árbitros y, en su caso, los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes, el coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral”.

En definitiva, en el caso en que esté así acordado por las partes en el convenio arbitral, el árbitro deberá pronunciarse en el laudo sobre las costas y gastos del arbitraje, y manifestar expresamente si corresponde abonar estas costas y gastos a una sola de las partes, a las dos, y en qué proporción.

Si dichos gastos y costas son satisfechos por una sola de las partes en su integridad, cuando el laudo determinó que fueran satisfechos



por mitad, o bien condenó a su pago exclusivo a la otra parte, es claro que puede el laudo protocolizado servir de título de ejecución para la parte vencedora que haya adelantado los gastos y costas frente a la otra parte.

Lo que estima el Tribunal que *no es correcto es que de forma unilateral y erigiéndose en Juez y parte, el árbitro incluya en el pronunciamiento de condena a las costas del arbitraje el crédito líquido al que considera ascienden sus propios honorarios*, para después de protocolizado el laudo, diseñar un título ejecutivo a su favor contra las partes. Se trata de una perversión del uso del laudo por el propio árbitro en su interés y provecho particular y para fines distintos de los que le son propios, de acuerdo con la Ley y con la voluntad de las partes que se someten al arbitraje, y contraria a lo que dispone el artículo 7 del Código Civil. No es correcto e incurre en lo que previene el artículo 6.4 del Código Civil que el árbitro recoja su propio crédito en la parte dispositiva del laudo para generar a su favor una apariencia de legitimación activa según el título (título que él mismo redacta) y pretender le sea aplicado el artículo 538 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El importe y cuantía de los honorarios del árbitro no es objeto del convenio arbitral suscrito entre las partes, sino que forma parte del contrato de encargo que las partes realizan con el propio árbitro, y que se perfecciona con la aceptación de éste, como establece el artículo 21 de la Ley 60/2003. Dicho precepto establece en su apartado 2 que salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la institución arbitral podrán exigir a las partes las provisiones de fondos que estimen necesarias para atender a los honorarios y gastos de los árbitros y a los que puedan producirse en la administración del

arbitraje. A falta de provisión de fondos por las partes, los árbitros podrán suspender o dar por concluidas las actuaciones arbitrales. Si dentro del plazo alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, los árbitros, antes de acordar la conclusión o suspensión de las actuaciones, lo comunicarán a las demás partes, por si tuvieren interés en suplirla dentro del plazo que les fijaren.

En consecuencia, el árbitro estará legitimado para reclamar en base a su propia relación jurídica con las partes derivada del encargo recibido, que, eventualmente, pudiera constar en documento que llevara aparejada ejecución, pero el laudo, que en definitiva es el pronunciamiento del árbitro resolviendo la controversia sometida por las partes a su consideración, no puede constituir tal documento.

El laudo no se identifica con el contrato de encargo realizado al árbitro por las partes, sino precisamente con el resultado comprometido por el árbitro en el encargo recibido.

La autonomía de la voluntad, de acuerdo con el artículo 1255 del Código Civil, tiene como límites la ley, la moral y el orden público, y conforme a los artículos 6 y 7 del mismo texto legal, la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos que la misma reconoce sólo puede hacerse cuando no contraría el interés o el orden público y no perjudique a tercero, y los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, de forma que la ley no ampara el abuso de derecho, ni el fraude de ley».

Como ya hemos tenido ocasión de poner de manifiesto en anteriores trabajos (1) la regulación de la LEC sobre la tasación de las costas del proceso civil no es de directa

aplicación a las costas del proceso arbitral porque ni se trata del Secretario del mismo Tribunal enjuiciador (art. 243 LEC) ni tal condena deriva de un auto o sentencia judicial (art. 242 LEC) debiéndose recurrir para la tasación judicial de las costas al art. 712 LEC dado el carácter indemnizatorio *inter partes* de las costas, en general. En cualquier caso, dentro de la tasación de las costas concurren tanto aspectos cognitivos y por ello tutela declarativa, como actividad de ejecución; es decir que en la tasación de las costas las partes pretenden tanto tutela declarativa (respecto del *quantum debetur* —excesivas— e incluso sobre el *cur debetur* —indebidas—) como ejecutiva (despacho de ejecución y en su caso apremio por el importe judicialmente aprobado), de forma un tanto similar *mutatis mutandi*, con lo que ocurre en la acción de desahucio en que concurre resolución contractual locativa y lanzamiento, y donde hoy en día no hay duda acerca de la arbitrabilidad de aquella resolución contractual frente a la inarbitrabilidad, en nuestro Ordenamiento jurídico, del lanzamiento como actividad coercitiva atribuida en exclusiva al Estado. En consecuencia, entendemos que la tutela declarativa implícita en la tasación de las costas (determinación del *quantum* y del *cur debetur*) es materia arbitrable, es decir materia disponible y por ello susceptible de ser sometida a conocimiento de árbitro. Ahora bien, debemos preguntarnos si ello puede entenderse implícitamente sometido a arbitraje en todo caso, y si cuando ello no derive de una sumisión expresa puede excluir *per se* su posible conocimiento por parte de un Juez.

En relación a si debe entenderse sometido a arbitraje de forma implícita, tengo para mí que al tratarse de una cuestión meramente instrumental y accesoria del proceso arbitral, al igual que sucede respecto de la liquidación de los intereses, el establecimiento de una cláusula penal para el caso de incumplimiento del laudo o la subrogación en el crédito de los pagos efectuados a cuenta de la contraparte para poder dar inicio al arbitraje, la tasación de las costas debe entenderse implícitamente sometida al conocimiento del árbitro, al que se sometió la controversia de la que derivan, de forma accesoria. Y a ello coadyuvan dos consideraciones:

a) El carácter imperativo y genérico de la obligación de los árbitros de incluir en su laudo un pronunciamiento sobre las costas (art. 37.6 LA). Dado que *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, cabe entender que el árbitro puede enjuiciar sobre el contenido de las costas tanto respecto de las partidas que las integran como del *quantum* de las mismas, tasando con ello el importe de las costas. La tasación de las costas constituiría una presunción legal de sumisión tácita, dado su carácter accesorio e instrumental, salvo que las partes expresamente lo excluyeran en el convenio arbitral.

b) La jurisprudencia ha puesto de manifiesto que el laudo debe tener un carácter integrador de la litis resolviendo no sólo lo estrictamente sometido a arbitraje sino también todo aquello que esté íntimamente ligado a lo sometido. Entienden nuestros tribunales que los árbitros «*sin traspasar los límites objetivos del sometimiento efectuado en su favor por las partes, la propia naturaleza del arbitraje parece indicar que les sea dado interpretar las estipulaciones que describen las cuestiones a decidir con la suficiente elasticidad incluyendo en las mismas cualesquiera otras que resulten íntimamente ligadas a aquéllas y sin cuya aportación quedaría la controversia insuficientemente fallada*» (doctrina sentada en la STS 20 de noviembre de 1989 posteriormente citada y aplicada en sede de anulación de laudos, entre otras, por la SAP Baleares Sección 4 de 26 de junio de 2001 y la SAP Barcelona Sección 15 de 27 de mayo de 2005). En este sentido, entendemos que la tasación de las costas, respecto de la determinación del *quantum* constituye una actividad cognitiva, que es consecuencia ineludible de todo arbitraje en el que haya condena en costas y que sin su determinación la litis no queda «*suficientemente fallada*».

Por ello, partiendo de la hipótesis de que la tasación de las costas, en cuanto a fijación del *quantum*, es materia arbitrable y que la sumisión puede entenderse implícita en el pacto arbitral de la relación jurídica controvertida, debemos preguntarnos hasta qué punto ello impide a los Jueces conocer de esa tasación, al amparo del efecto negativo del pacto arbitral que consagra el art. 11 LA.

Ese efecto negativo nace tan sólo de la sumisión a arbitraje, es decir de la voluntad expresada por las partes, pero ¿y cuando la sumisión es implícita? Ésta actúa *ope legis*. No por expresa sumisión, sino por el obligado pronunciamiento sobre las costas, y la necesaria inclusión en el laudo de todo cuanto «*resulte íntimamente ligado a ello (lo sometido) y sin cuya aportación quedaría la controversia insuficientemente fallada*». Y en este sentido, sin la concreción del importe de las costas a cuyo pago se condene, no cabe duda que la litis queda insuficientemente fallada y que dicha omisión exigiría una cognición posterior. No obstante, no se trata de una cuestión directa y expresamente sometida a arbitraje y por ello, no queda bajo el efecto negativo del convenio arbitral, que impide a los Jueces «*conocer de las controversias sometidas*».

Por todo ello entendemos que existe en este supuesto una concurrencia competencial, como sucede en materia de medidas cautelares (sin duda expuesta por el legislador con una mayor claridad) puesto que tanto la Ley de Arbitraje (art. 37.6 LA) como la LEC (arts. 241 y ss. y arts. 538 y ss. LEC por remisión del art. 43 LA) prevén de forma concurrente que pueda conocer de la tasación tanto el Juez

como el Árbitro. Sostenemos, pues, que, en defecto de pacto expreso, las partes pueden promover de forma indistinta la tasación de estas costas por cualquiera de los dos cauces procesales (judicial o arbitral) que nuestro Ordenamiento admite de forma concurrente. En este sentido parecen pronunciarse, entre otras, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona 23 de julio de 2002 y 24 de mayo de 2005 y Audiencia Provincial de Madrid 7 de julio de 2004 (2). Y ello tanto en el arbitraje *ad hoc* como en el institucional.

Entendemos que los árbitros en su laudo, o en un complemento del mismo, pueden determinar el *quantum* de las costas del arbitraje, puesto que entendemos que ello forma parte del pronunciamiento al que están obligados sobre las costas del arbitraje (art. 37.6 LA) que incluirán «*los honorarios y gastos de los árbitros y, en su caso, los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes, el coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral*». Dicho precepto no limita el obligado pronunciamiento «*en el laudo sobre las costas del arbitraje*» tan sólo a precisar la proporción en cuanto a su pago, entre las partes.

El árbitro puede cuantificar las costas estableciendo una suma máxima a justificar en ejecución del laudo, o bien efectuando una suerte de «*tasación*» de dichas costas en el laudo o en su complemento (3). Ahora bien, compartimos el criterio de la sentencia comentada en el sentido de que «*no es correcto que de forma unilateral y erigiéndose en Juez y parte, el árbitro incluya en el pronunciamiento de condena a las costas del arbitraje el crédito líquido al que considera ascienden sus propios honorarios*».

Y en tal sentido entendemos que tal cuantificación tan sólo es posible cuando ese cálculo por parte del árbitro obedezca a pautas o reglas previamente establecidas y aceptadas por las partes, cosa que normalmente sucederá en el arbitraje institucional, siempre que las tarifas de la institución arbitral sean públicas y conocidas y aceptadas *ex ante* por las partes, por estar incluidas o referenciadas en el Reglamento arbitral (art. 14.2 LA). Y como normalmente esos honorarios del árbitro vendrán referidos a la cuantía litigiosa, será preciso además que esa cuantía litigiosa no sea controvertida, erigiéndose el árbitro (o peor aún la Institución arbitral que carece de «*jurisdicción*») en Juez y parte interesada.

En tal caso (reglas preestablecidas y aceptadas por las partes y cuantía litigiosa pacíficamente aceptada por las partes) la cuantificación de las costas por el árbitro puede alcanzar tanto a los honorarios y gastos de los árbitros, como a los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las

partes, el coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral.

No obstante, en los restantes supuestos (tanto en el arbitraje institucional con cuantía controvertida como en el arbitraje *ad hoc*) aquella cuantificación del montante de las costas no puede alcanzar a los honorarios de los árbitros, porque en tal materia el árbitro carece *per se* de la imparcialidad necesaria (art. 17.1 LA) para cuantificar su propia retribución a través de un laudo con eficacia de cosa juzgada (art. 43 LA) y con fuerza de título ejecutivo (art. 44 LA). Todo ello, sin perjuicio de poder fijar los honorarios de un modo meramente contractual.

Del mismo modo y *mutatis mutandi*, entendemos que en estos mismos casos, la cuantificación del montante de las costas tampoco deberá de alcanzar al coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje, puesto que de forma indirecta plantea idénticas cuestiones referidas no al árbitro que dicta el laudo, sino a la Institución que lo ha nombrado, con quien mantiene una relación de tipo contractual y de quien dependen sus honorarios.

## II. LÍMITES A LA ELASTICIDAD DEL DEBER DE CONGRUENCIA DEL LAUDO

Comentario a la STSJ Canarias de 15 de noviembre de 2012, Secc. 1.<sup>a</sup> (Ponente Carla Bellini Domínguez): FJ 4.º «... actualmente, al amparo de la LA 2003, en el convenio arbitral —*a diferencia de lo establecido en la LA 1953— no se precisa que la controversia se encuentre previamente delimitada en el convenio y resulta posible que, posteriormente, tras iniciarse el proceso arbitral y mediante las alegaciones de las partes, se vaya delimitando objetivamente la controversia que se somete al árbitro para su decisión, por lo cual, para resolver sobre la incongruencia denunciada, debemos examinar si, tras comparar las alegaciones de las partes con el fallo arbitral, se ha producido o no la incongruencia *extra petita* parcial del laudo denunciada.*

En la Exposición de Motivos de la LA 2003 ya se señalaba que «... Al fin y al cabo, *la determinación del objeto de la controversia, siempre dentro del ámbito del convenio arbitral, se produce de forma progresiva...*». «... La función de la demanda y de la contestación a que se refiere el art. 29 LA no es sino la de ilustrar a los árbitros sobre el objeto de la controversia, sin perjuicio de alegaciones ulteriores.

No entran aquí en juego las reglas propias de los procesos judiciales en cuanto a requisitos de demanda y contestación, documentos a



acompañar o preclusión. El procedimiento arbitral, incluso en defecto de acuerdo de las partes, se configura con gran flexibilidad, acorde con las exigencias de la institución...”.

*Esta flexibilización en el examen de la debida congruencia ya fue recogida por la jurisprudencia del TS, respecto a la congruencia en los arbitrajes de equidad, al amparo de la LA 1953. Así, la STS de 15 de diciembre de 1987 declaraba: “... CUARTO.— Habiéndose planteado en este recurso como único punto del debate el *thema decidendi*, establecido por la voluntad de las partes, y vinculante para los árbitros en razón al principio de congruencia, conviene dejar sentado que, según la doctrina de esta Sala, esto no implica que los árbitros estén obligados a interpretar este principio tan restrictivamente que se coarte su misión decisoria, ya que la naturaleza y finalidad del arbitraje permite una mayor elasticidad en la interpretación de las estipulaciones que describen las cuestiones a decidir, las que deben apreciarse no aisladamente, sino atendiendo a aquella finalidad y a sus antecedentes, pudiendo reputarse comprendidas en el compromiso aquellas facetas de la cuestión a resolver íntimamente vinculadas a la misma, y sin cuya aportación quedaría la controversia insuficientemente fallada”* (sentencias de 24 de abril de 1953; 13 de mayo de 1960; 25 de noviembre de 1982).

Y la STS de 9 de octubre de 1984 señalaba que: “... al igual que el Juez no está obligado a amoldarse rígida y literalmente a lo pedido, basta con que los árbitros guarden acatamiento a la sustancia de lo solicitado y a los hechos probados que sirven de apoyo a la petición”... (y); que “para juzgar de la congruencia del Laudo dictado por amigables componedores, deben tenerse en cuenta las cláusulas comisorias, no aisladamente, sino el

conjunto de todas en relación con los antecedentes que explican la finalidad que se persiguió en el convenio; y si bien tales amigables componedores no pueden traspasar los límites objetivos del compromiso, tampoco están obligados a interpretarlo con demasiada restricción apartándose de la misión amistosa y cordial confiada, porque el fin del Tribunal Supremo, al resolver esta clase de recursos, es dejar sin efecto lo que constituye exceso en el Laudo, pero no corregir sus deficiencias y omisiones...”.

De lo anteriormente establecido *se puede inferir que es una debida y adecuada elasticidad la que debe presidir el examen de la congruencia del laudo* (STS de 25 de octubre de 1982), ya que si bien los árbitros están “ciertamente sometidos al principio de congruencia, sin que puedan traspasar los límites del compromiso resolviendo cuestión no sometida a su decisión”, matiza que “la naturaleza y finalidad del arbitraje permite una mayor elasticidad (...) *pudiendo reputarse comprendidas en el compromiso aquellas facetas de la cuestión íntimamente vinculadas a la misma*”.

Sin embargo, *tampoco podemos afirmar que el árbitro ha de decidir cualquier cuestión que, referida al negocio jurídico controvertido, ni siquiera hubiera sido introducida por las partes y sometida a los principios de audiencia, defensa y la debida contradicción, pues ello atendería no solo a la incongruencia *extra petita* sino también a principios fundamentales como los de la proscripción de la indefensión o infracción de otros como los de audiencia y contradicción; siendo de reseñar que la función que corresponde a esta Sala, conforme declara el ATS de 21 de febrero de 2006: “... (resulta) por lo tanto, (de) la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y en favor de la autonomía de la vo-*

luntad de las partes, intervención mínima que, tratándose de actuaciones de control, se resume en el de la legalidad del acuerdo de arbitraje, de la arbitrabilidad —entendida en términos de disponibilidad, como precisa la Exposición de Motivos de la LA 2003— de la materia sobre la que ha versado, y de la regularidad del procedimiento de arbitraje... Esta mínima intervención jurisdiccional... no alcanza al fondo de la controversia, sino únicamente a los presupuestos del arbitraje y su desarrollo...”.

Por tanto, *la necesaria congruencia* como motivo de nulidad de laudo arbitral, establecido en el art. 41.1 c) LA, al consagrar la incongruencia *extra petita*, *tiene amparo, por un lado, en el convenio arbitral, y se refiere, por otro, a las alegaciones realizadas por las partes en el proceso arbitral, debiéndose examinar conforme a la reseñada flexibilidad que preside el proceso arbitral, según lo anteriormente motivado. Y sin perjuicio de una posible infracción de los principios de defensa, audiencia o contradicción que el supuesto examinado podría presentar dentro de la vertiente constitucional de la incongruencia, solamente denunciada su infracción, por el instante, en la presente demanda, en lo relativo a la aportación documental (doc. núm. 11) que posteriormente se examinará.*

Esta Sala, amparándose en la jurisprudencia antes citada, habrá de limitarse a emitir un juicio acerca de la congruencia y ello debe realizarse, por un lado, conforme a lo convenido y, posteriormente, delimitado por los escritos de alegaciones, dejando sin efecto, en su caso, si fuera improcedente, lo que constituya exceso en el laudo, pero sin entrar en el fondo de la controversia a lo que, en el supuesto examinado, es ajeno el control jurisdiccional que debe examinar el Tribunal, pues con la demanda de anulación no se transfiere al Tribunal ni se le atribuye la jurisdicción originaria exclusiva de los árbitros.

En el presente caso, los motivos en que la parte actora basa la supuesta incongruencia en que el Laudo Arbitral ha incurrido, no son en absoluto ciertos, pues lo que hace es, en una primera afirmación, fijar unos argumentos que son de la propia parte y no los expuestos por los Árbitros y, en segundo lugar, escoger unas manifestaciones expuestas por los Árbitros acerca de su propia competencia en un momento anterior, concretamente en la Resolución de fecha 6 de junio de 2011, cuya conclusión es dejar para un momento posterior, concretamente en el momento de dictar el Laudo, la decisión acerca de la inexistencia o invalidez del convenio arbitral. Esta afirmación efectuada por parte de los árbitros no es incongruente ni contradictoria. El no entrar a debatir acerca de una cuestión importante y que requiere profundizar en los motivos y estudiar una amplia información, no significa en absoluto negativa. Significa

lo que expresamente dijeron, dejar para un momento posterior la decisión. Así, el art. 22 LA establece la facultad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia, las excepciones sobre la existencia o validez del convenio arbitral o cualesquiera otras que impidan entrar en el fondo de la controversia. Dicho artículo estipula también que los árbitros podrán decidir sobre las excepciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo del asunto.

Con base en la norma anterior, los árbitros zanjaron la cuestión de competencia en un momento posterior, en el Laudo Arbitral, y fijaron esta competencia a tenor de lo recogido en el documento de fecha 3 de junio de 2002, concretando el tipo de arbitraje, la institución concreta y la normativa a aplicar.»

Resulta sorprendente que la misma Secc. 1.ª del TSJ Canarias en su sentencia de 9 de julio de 2012 (bajo la misma Ponente: Carla Bellini Domínguez) sostenga en su FJ 5.º que en un proceso arbitral «una vez determinado el objeto del proceso en la demanda y contestación, las partes no pueden alterar de manera sustancial sus pretensiones iniciales, solo pueden realizar alegaciones complementarias, esto es, precisiones o matizaciones a sus alegaciones iniciales pero sin que se pueda producir un cambio en lo que se pide y ello obedece a dos razones: a) poder asegurar el derecho de defensa de la parte contraria, que se vería conculcado si se pudiera cambiar la demanda, y b) la preclusión en la determinación del objeto del proceso con la finalidad de asegurar la ordenada tramitación del mismo», y en el mismo sentido sostiene dicha sentencia que «Esta negativa se configura en un hecho nuevo y totalmente distinto planteamiento que impidió al demandante, finalizada la práctica de prueba, pues ello fue manifestado en prueba testifical y alegado en la tan avanzada fase de conclusiones del procedimiento arbitral, realizar alegaciones y aportar las pruebas que pudieran considerar

precedentes para oponerse a esa eventual modificación que originaba una clara indefensión a la parte demandante. Esta negativa llevada a cabo por la parte demandada lo fue mediante prueba testifical y en dicho periodo, sin que aportara documental al respecto que rebatiera el documento presentado y no impugnado, pues efectivamente no hubiera cabido tal aportación al no encontrarse en momento procesal oportuno.»

Cuando se produce una situación de indefensión no cabe duda que no puede quedar amparada por la flexibilidad en la determinación del objeto controvertido que introdujo el art. 29.2 LA, pero precisamente con base en dicho precepto la cuestión no radica en la preclusión alegatoria o documental, sino justamente al contrario en la imposibilidad material de hacer valer la contraparte sus derechos procesales sino porque la demora con que se haga pueda causar algún perjuicio a la contraparte.

Entendemos acertado el criterio de la sentencia comentada (de 15 de noviembre de 2012) y desacertado el que sostiene esta última sentencia de la misma Sección. Criterio que, como hemos dicho, se desprende del art. 29 LA y que aun para disipar cualquier duda se cuida de precisar de forma clara en la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 de Arbitraje que el *thema decidendi* «se determina de forma progresiva» y no en los escritos de demanda y contestación, cuya función es ilustrar a los árbitros sobre el objeto litigioso sin perjuicio de alegaciones ulteriores. No entra en juego en el proceso arbitral la *mutatio libelli* a la que se refiere la sentencia de 9 de julio de 2012.

Ahora bien, una cosa es que no entre en juego la preclusión del proceso judicial respecto de las alegaciones y las pretensiones ni respecto de los documentos, durante el desarrollo del procedimiento arbitral, que es a lo que se refiere el art. 29 LA y otra cosa muy distinta es que esa flexibilidad en la concreción del objeto controvertido den-

tro del proceso arbitral comporte que con base en ello se flexibilice también el deber de congruencia del laudo [art. 41.1 c) LA] respecto del objeto del arbitraje así «progresivamente» determinado, puesto que es obvio que en el momento de dictar el laudo el *thema decidendi* debe estar perfectamente delimitado [art. 41.1 c) LA] y debe ser conocido por las partes (art. 30.3 LA).

De hecho la sentencia del TS de 1987 a la que se refiere la sentencia que comentamos, se remonta a laudos dictados bajo la vigencia de la Ley de Arbitraje de 1953 (la conocida como Ley Guasp) en que la cláusula compromisoria, antes de dar inicio al procedimiento arbitral, las partes ya debían fijar el objeto de la controversia *a limine litis*. En tal contexto legal no era de extrañar que esa determinación del objeto controvertido vinculase de forma muy relativa a efectos de la futura congruencia del laudo, puesto que *a limine* (como sucede hoy por ejemplo al anunciar ante la institución que administra el arbitraje su objeto para que ésta pueda nombrar al arbitro con conocimiento de causa) difícilmente puede equipararse aquella mera aproximación a lo que habrá de constituir el *thema decidendi*, a su actual fijación progresiva a lo largo de las actuaciones arbitrales, que incluso puede concretarse en sede de conclusiones, tras la práctica de la prueba.

En efecto, hoy, precisamente porque cualquiera de las partes puede «modificar o ampliar su demanda o contestación durante el curso de las actuaciones arbitrales» (art. 29.2 LA) esa flexibilización del deber de congruencia del laudo respecto del objeto controvertido entendemos que es mucho menor. Si bien es cierto que subsiste otro motivo en el que se fundaba aquella flexibilización: la conveniencia de que el árbitro abarque todas las consecuencias jurídicas derivadas de la controversia, porque el convenio arbitral impide poder dejar aspectos incluso «accesorios» a determinar en ejecución del laudo, cuando ello implique cognición o tutela declarativa.

# laleydigital.es

## CÓDIGOS COMENTADOS

/ CÓDIGO CIVIL / CÓDIGO PENAL

Xavier O'Callaghan Muñoz      Luis Rodríguez Ramos

**Al alcance de un clic, comentarios de autor en los que exponen e interpretan el texto legal de forma clara y práctica junto a la jurisprudencia fundamental de cada artículo**

**Y CON LA GARANTÍA DE UN EXTRAORDINARIO EQUIPO DE AUTORES**

• Xavier O'Callaghan Muñoz • Luis Rodríguez Ramos

**Ahora, en laleydigital.es, dos grandes obras de referencia permanentemente actualizadas**



**NUEVOS PRODUCTOS**  
CON NUESTRAS OBRAS MÁS VENDIDAS



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

INFÓRMESE AHORA

902 250 500 tel  
clientes@laley.es | laleydigital.es

Éste, y no forma en que se delimita el objeto controvertido, es el límite a hoy menor y más acotada elasticidad del deber de congruencia del laudo (*versus* la congruencia de la sentencia judicial). No vemos por tanto relación entre esta relativa flexibilización del deber de congruencia y la determinación progresiva del objeto controvertido, siempre antes de declarar conclusas las actuaciones para laudarse, puesto que a partir de ese momento ya no puede alterarse el *thema decidendi* para evitar situaciones de indefensión procesal.

### III. DERECHO A LA PRUEBA EN EL PROCESO ARBITRAL

Comentario a la STSJ Catalunya de 15 de noviembre de 2012 y STSJ Cantabria de 30 de enero de 2012. Dos caras de «la misma moneda».

1.—STSJ Catalunya de 15 de noviembre de 2012, Secc. 1.<sup>a</sup> (Ponente Núria Bassols Muntada): «Resulta que el árbitro ya razona el porqué de la irrelevancia o intrascendencia de la citada prueba, resulta evidente: conforme al artículo 203 LSC, si se solicita que el acta de la junta de accionistas sea levantada por un Notario en la forma dispuesta por la Ley, en caso de que esta exigencia no se cumpla, entonces se producirá la nulidad de la junta, o, más concretamente, de los acuerdos adoptados en la misma. Es una sanción prevista por la Ley por la falta de cumplimiento de la forma del acta. Entonces poco importa el porqué el Notario no extendió el acta de la junta de accionistas de la sociedad Piedras Moragues, celebrada el día 31 de diciembre de 2010. Lo verdaderamente importante es que los acuerdos de dicha junta son nulos. *Nadie discute, ni interesa, si el Notario de les Borges Blanques no extendió el acta por su propia voluntad, o si fue porque alguna persona se lo impidió.* Lo que interesaba era si procedía o no la nulidad de los acuerdos impugnados. El árbitro se pronuncia con claridad en el laudo impugnado, consiguientemente no procede anular dicho Laudo por haber sido rechazado en el procedimiento arbitral la testifical del Notario, que, por lo demás extendió un acta extensa sobre el requerimiento recibido y lo ocurrido en la junta.

Por ello no interesa analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, invocada por la demandante, encaminada a determinar los requisitos que han de concurrir para poderse afirmar que se ha producido *vulneración del derecho a la prueba*. Ya que esta jurisprudencia (como dice la misma) *solo resulta aplicable cuando se trate de pruebas, o mejor dicho de medios de prueba dirigidos a determinar la certeza o incerteza de hechos que hubieran podido tener influencia decisiva en el litigio*. O, en otras palabras, de pruebas conducentes

a probar los alegatos de una u otra parte, ya que al socaire del derecho a la prueba o a evitar la indefensión, no se puede pretender realizar investigaciones generalizadas, puesto que las pruebas indagatorias o pesquisidoras, no son admisibles.»

2.—STSJ Cantabria de 30 de enero de 2012, Secc. 1.<sup>a</sup> (Ponente: César Tolosa Tribiño): FF.JJ. 5.º y 7.º, «El Tribunal Constitucional, en reiteradas resoluciones, ha establecido una serie de requisitos que han de concurrir *para que exista vulneración del derecho a la prueba*, y con ello del derecho de defensa proclamado en el artículo 24.2 de la Constitución. Tales requisitos —siguiendo la doctrina recogida y reseñada, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 2011, 4 de junio y 24 de noviembre de 2008—, se concretan en los siguientes:

— *Que se haya propuesto con arreglo a derecho la práctica de una prueba.*

— *Que dicha prueba haya sido denegada sin motivación, o con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable; o bien, en caso de haber sido admitida, que no haya sido practicada por causa imputable al Tribunal.*

— *Que la prueba no admitida o no practicada, hubiera podido tener influencia decisiva en el pleito.»*

«... Con independencia de la infundada atribución de presunción de veracidad a un informe pericial de parte, es lo cierto que la decisión de la Junta Arbitral de inadmitir la prueba propuesta por la reclamada carece de cualquier fundamento o motivación, dado que no es posible denegar la práctica de una prueba sobre la base de aceptar las conclusiones de una prueba pericial de parte que no ha podido ser contradicha. Mayor trascendencia ha de darse al hecho de que la decisión de fondo, se base precisamente en la falta de acreditación de la existencia de los defectos que están en la base de la reclamación. En definitiva *no es jurídicamente aceptable, denegar la prueba propuesta y basar la decisión en la ausencia de prueba a instancia de parte.*»

En el proceso arbitral, de un modo similar a lo que sucede en el proceso civil, el derecho a la prueba tiene unos límites que acotan lo que puede constituir una clara vulneración al derecho a la prueba.

Como pone de manifiesto la primera de las dos sentencias comentadas, no puede pretenderse una investigación generalizada más propia del proceso penal que de un arbitraje, y ello a pesar de que el árbitro, a diferen-

cia del Juez civil puede acordar pruebas de oficio (art. 25.2 LA), pero en ningún caso la actividad probatoria puede ser pesquisidora sino que debe versar sobre hechos atinentes o relativos al objeto controvertido (al *thema probandi*).

Y por el contrario tampoco puede denegarse o no llegarse a practicar por causas no imputables a quien la proponga, una prueba propuesta en tiempo y forma, decisiva para resolver el pleito.

En este sentido, nótese que contrariamente a lo que se afirma en la STSJ Cantabria, en la segunda sentencia de las que comentamos, no hay impedimento legal para que el árbitro pueda denegar una prueba pericial sobre la base de aceptar las conclusiones de otra pericial de parte obrante en las actuaciones, incluso aunque esta última pericial no haya sido contradicha, puesto que el árbitro puede perfectamente rechazar una prueba por innecesaria (art. 25.2 LA), pero lo que no puede hacer es acto seguido basar su decisión arbitral (su laudo) en la falta de prueba, puesto que en tal caso es obvio que sí la considera útil y por ello necesaria y, de hecho, imprescindible. Y no es que la utilidad tenga mayor trascendencia que el hecho de que el árbitro haya decidido «aceptar las conclusiones de una prueba pericial de parte que no ha podido ser contradicha» como se afirma en la segunda de las sentencias comentadas, sino que lo primero es lo único que tiene trascendencia jurídica. En definitiva, el árbitro, como el Juez civil, puede considerar suficiente una pericial de parte, pero debe motivar el rechazo de una posterior pericial contradictoria, lo que sin duda excluye que luego la pueda considerar esencial para resolver. ■

### NOTAS

(1) MUNNÉ CATARINA, en «La tasación de las costas de proceso arbitral», en RJC núm. 2/2007, pág. 134.

(2) De ellas se desprende que la tasación puede efectuarse de tres modos: 1.—En el propio laudo; 2.—Mediante el incidente de tasación de costas, o 3.—En un declarativo posterior en el que se reconozca el crédito concreto a lo ostenten.

(3) Entendemos que «el complemento del laudo, en la medida en que añade nuevos costes, también deberá contener pronunciamiento sobre las costas derivadas de ese complemento, como adición en forma de «laudo parcial» (art. 39.4 en relación al 37.6 LA), mientras que la aclaración o corrección no puede ni debe modificar lo establecido en el laudo sobre las costas, a pesar de que la Ley no parece distinguir entre la aplicación del art. 37.6 LA a la aclaración y al complemento» (MUNNÉ CATARINA, en «La tasación de las costas de proceso arbitral», en RJC núm. 2/2007, pág. 128).



LA LEY 1925/2013

## Preguntas con respuesta: la mediación y el arbitraje a consulta

*El autor, una autoridad en la materia, nos recuerda que no puede implantarse la mediación sin buenos mediadores. Para ello será clave el futuro Reglamento, que deberá exigir la más alta preparación y experiencia para que arraigue en nuestro país una mediación de calidad y eficacia, destacando en tal dirección los trabajos de la asociación GEMME.*

**Pascual ORTUÑO MUÑOZ**

*Magistrado de la Audiencia de Barcelona,  
Vicepresidente de GEMME-Europa y representante español  
en la negociación de la Directiva (CE) 52/2008.  
Ex Director de la Escuela Judicial española y profesor  
de derecho civil de las universidades de Murcia  
y Pompeu Fabra de Barcelona.*

### ¿QUÉ PAPEL CORRESPONDE A LA MEDIACIÓN DENTRO DE LOS SISTEMAS DE JUSTICIA Y MEDIOS ALTERNATIVOS?

**E**n una sociedad en plena evolución, como es en la que vivimos en Europa en los últimos años, también la administración de justicia está en un proceso de cambio. En España se concreta en un gran proyecto de modernización del sistema que comenzó en 1999 con el «Libro Blanco» del CGPJ y el pacto por la justicia suscrito por los principales partidos políticos; por otra parte, se está percibiendo el impacto del proceso de convergencia europea en materia de libertad, seguridad y justicia. Por último, ha irrumpido con mucha fuerza la tendencia a incorporar dentro del sistema de justicia los ADR (resolución alternativa de disputas) que como otras muchas tendencias proviene de las experiencias en el mundo de la *Commonwealth*.

La modernización del sistema está progresando con mucha lentitud, puesto que el impulso modernizador ha sido fagocitado por el sistema al transformarlo en un «negociado», tanto en el Ministerio de Justicia como en el CGPJ, con lo que próximamente se cumplirán los quince años en los que los proyectos han ido despertando ilusiones y nuevas perspectivas, pero no han terminado de mover unas estructuras que están ancladas en una España rural ya superada, por una parte, y en una clase política que desconfía de la independencia de la justicia y trata de controlarla desde todas las esferas de poder. Las Comunidades Autónomas también quieren su parte.

El proceso de convergencia legislativa con Europa está produciendo un efecto similar al que produjo en la renovación del ejército la integración en la OTAN. Participamos de un mismo sistema normativo en algunos ámbitos, fundamentalmente económicos, con aciertos y

errores, y se comienzan a compartir estructuras judiciales supranacionales, tanto en relaciones jurídicas muy concretas como el derecho procesal de la delincuencia organizada, como en la cooperación judicial civil y mercantil. Un tercio de los jueces españoles han tenido oportunidad de realizar estancias en tribunales de otros países europeos, lo que permite entender otras formas de entender la justicia. El impacto de las sentencias del TEDH, especialmente en materia de derechos humanos, con una serie de condenas al Estado español por incumplimientos del tratado de Roma, también está produciendo un fuerte impacto en la forma de entender la administración de justicia.

En este proceso de cambio el tercer factor es la recepción de los métodos alternativos de resolución de controversias, que nos traen desde el mundo anglosajón una nueva forma de percibir métodos que prácticamente estaban desechados en España por ineficaces, frente a la vía clásica de la confrontación ante los tribunales. Estas metodologías se presentan ahora de forma muy diferente a la que se había practicado antaño puesto que se ha incorporado a las mismas su carácter de métodos científicos, dotados de una sólida base teórica y de unas herramientas prácticas que los profesionales que trabajan en este campo deben dominar para que resulten eficaces y no se queden únicamente en buenas intenciones.

La filosofía que inspira este conjunto de métodos de abordar los conflictos es fundamentalmente pragmática. Se equivocan quienes las propugnan desde presupuestos humanísticos, aun cuando también responden a la exigencia ética de buscar una justicia menos agresiva y menos destructiva que la lucha por la victoria ante los tribunales. Lo esencial es que con la utilización de los medios ADR se obtienen soluciones más satisfactorias para las dos partes, más rápidas y menos costosas, especialmente en los casos en los que son necesarias respuestas urgentes a problemas que no admiten demoras, y siempre que sea necesario o conveniente que las relaciones entre las partes en conflicto se mantengan en el futuro. Desde un punto de vista economicista el beneficio es indiscutible y si con ello se consigue, además, rebajar la carga de trabajo que pesa sobre los tribunales con lo que se ha venido en llamar la litigiosidad impropia, el sistema de justicia en su conjunto funcionará mejor.

Entre los ADR destaca la mediación, puesto que las nuevas formas de arbitraje, la evaluación neutral por expertos o la conciliación asistida, que también son de sumo interés, se desarrollarán con la propia estela de los principios de la mediación y como sistemas híbridos, puesto que en la base de todas ellas se encuentran los principios de la mediación que son, por este orden, la imparcialidad del tercero, la confidencialidad del proceso y la voluntariedad de la participación directa de los interesados que son asistidos y asesorados por los abogados, pero no representados ni suplidos por nadie.

El desarrollo y la implantación de la mediación tienen su base en que la facilite el marco legal. En el ámbito del derecho privado ya es posible en España con la Ley 5/2012 que trasladó al derecho interno los principios de la Directiva (CE) 52/2008 y que introdujo la posibilidad de que los tribunales propiciaran el recurso a la mediación y que la actividad de los mediadores estuviera protegida por el secreto profesional con la obligación de confidencialidad exigible a las partes.

La etapa en la que nos encontramos un año después de la promulgación del Decreto Ley que precedió a la reforma legislativa es la de generar una buena cultura de la mediación, para la que se está realizando un esfuerzo divulgativo por el CGPJ, por los Consejos Generales de los colegios de abogados, procuradores, notarios, por el Consejo Superior de cámaras de comercio y por muchas universidades e instituciones de enseñanza. Por otra parte, y con el impulso de la ley también los sectores profesionales implicados están realizando un enorme esfuerzo formativo para cubrir lo que era una situación de déficit estructural en nuestro país, que es la falta de mediadores. No puede implantarse la mediación sin excelentes mediadores, por lo



que es un reto que en un plazo corto se consiga tener buenos paneles de profesionales que puedan ofrecer sus servicios en condiciones de calidad y de garantía para los ciudadanos y las empresas. Se espera con ansiedad el Reglamento de desarrollo de la ley en estos aspectos, pero será la sociedad civil y el mercado los que deberán exigir la más alta preparación y experiencia práctica a los mediadores, desechando las titulaciones «bagatela» que están proliferando de forma oportunista ante el interés social por el tema.

En este contexto, e impulsado por GEMME, que es una asociación europea de jueces y magistrados que impulsan las buenas prácticas en la mediación desde los propios tribunales, se están constituyendo por toda España los PNP. El «punto neutro de profesionales jurídicos para el desarrollo de la mediación» (PNPM) es un grupo de trabajo informal de personas procedentes de los diversos colectivos que trabajan en el campo del derecho, que surge ante la necesidad de compartir experiencias, compaginar proyectos y establecer estrategias comunes para que la inserción de la metodología de la mediación en el sistema de justicia español se realice en las mejores condiciones de calidad y eficacia.

Para trabajar por la inserción de la mediación en el sistema se parte de la base de que la «mediación» entendida como actividad profesional con un alto contenido técnico, puede convertirse a medio plazo en un mecanismo de resolución de conflictos a la vía judicial que asuma un porcentaje de casos superior al 30% de la litigiosidad civil y mercantil, como ha ocurrido en la experiencia del derecho comparado. Junto con el arbitraje, puede servir para desjudicializar un número elevado de litigios, permitiendo que el trabajo de los tribunales se centre más en dar las respuestas jurídicas a los casos en los que la decisión dirimente de un tribunal es necesaria.

En los últimos años se han ido promoviendo iniciativas que, con el carácter de experiencias piloto, se han ido consolidando en algunos tribunales. Esta publicación se ha hecho eco de las que se han puesto en marcha en los juzgados civiles de Madrid y Barcelona, o las que en los juzgados de familia se están llevando a cabo desde hace más de diez años. A partir de estas experiencias el CGPJ está impulsando los protocolos y guías de buenas prácticas (pueden consultarse en la web del poder judicial) en los partidos judiciales en los que se solicite la implantación del sistema, consciente de que únicamente una acción coordinada de jueces, abogados, secretarios judiciales, procuradores y mediadores puede garantizar su éxito.

Como elemento importante para la correcta implantación de la mediación dentro del ámbito civil y mercantil a la que se refiere la Directiva 52/2008, es preciso tener en cuenta la existencia de esferas de intervención que requieren de un tratamiento distinto, en las que tanto la formación como el perfil del mediador debe ser diferente. La primera es la relativa a los asuntos de pequeña cuantía para los que es conveniente establecer mecanismos que favorezcan un trámite de mediación previo a la vía jurisdiccional (de forma seria y no burocratizada), en el que tengan protagonismo los colegios de abogados (el servicio de orientación mediadora), inserto incluso en el asesoramiento de base del turno en la justicia gratuita. Orientar aquí hacia la mediación en vez de hacerlo hacia el proceso judicial puede ser muy eficaz.

La segunda se refiere a los litigios del ámbito de la familia, donde es necesario un esfuerzo de todos los profesionales que tienen un papel relevante en el tratamiento jurídico de los conflictos para impulsar, como exigencia ética, los mecanismos de mediación, fundamentalmente siempre que existan menores o personas incapaces. Abogados, procuradores, notarios y jueces deben en estos casos aconsejar e invitar a las partes a la utilización de los mecanismos de mediación (como desde otras esferas, como la psicología o la educación social).

La tercera es la relativa a conflictos complejos en materia patrimonial, económica o empresarial, en general, en los que las discrepancias fácticas o jurídicas únicamente sean aspectos accesorios a otros componentes más relevantes del problema. En muchos de estos casos la decisión judicial no suele solucionar el conflicto, mientras que retomar las negociaciones, incluso en una fase avanzada del curso de proceso judicial, puede ser de mucha utilidad y, sobre todo, de mayor eficacia en la práctica. Los pleitos se pierden o se ganan, según quien obtenga la victoria, pero en uno y otro caso las relaciones personales quedan destruidas, lo que representa tirar por tierra, en ocasiones, muchos años de colaboración, de experiencia y de prestigio. La utilización de los ADR puede evitarlos. ■



**INCLUYE CD-ROM**

**NUEVA EDICIÓN**

## FORMULARIOS DEL PROCESO CIVIL. 2.<sup>a</sup> Edición

Amplísima recopilación con todos los formularios necesarios en el proceso civil

**AHORA 5% descuento**

Contienen una amplia recopilación de escritos y modelos procesales en materia civil, proporcionando la herramienta imprescindible para afrontar los trámites y obligaciones legales más habituales de una forma rápida y sencilla.

Páginas: 2.456 • Encuadernación: Tapa dura • ISBN: 978-84-9020-148-0

PVP: ~~110,58~~ € + IVA

**AHORA POR SÓLO 109,25 € + IVA**



**LA LEY**  
grupo Wolters Kluwer

**ADQUIERA HOY MISMO SU EJEMPLAR:**  
**902 250 500 tel.** / e-mail: [clientes@laley.es](mailto:clientes@laley.es) / [www.laley.es](http://www.laley.es)  
 O bien en nuestra tienda en internet: <http://tienda.laley.es>



## Biblioteca

LA LEY 1947/2013



### Últimas publicaciones en materia de mediación y arbitraje

— MARTÍN NÁJERA, María Teresa y ARSUAGA CORTÁZAR, José, *La Ley de mediación civil: experiencia de una magistrada de familia. Régimen jurídico del mediador*, Ed. Sepín, 2013.

— MERINO ORTIZ, Cristina, *La Mediación familiar en situaciones asimétricas: procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*, Ed. Reus. Instituto Complutense de Mediación y Gestión de Conflictos, 2013.

— BARONA VILAR, Silvia, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España: tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.

— GARCÍA VILLALUENGA, Leticia y ROGEL VIDE, Carlos (directores), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles: comentarios a la Ley 5/2012*, Ed. Reus, 2012.

— CORDÓN MORENO, Faustino y SÁNCHEZ PROS, María Victoria, *La Ley de medidas de agilización procesal y la Ley de mediación: exposición de las reformas recientes de la justicia civil*, Ed. Aranzadi, 2012

— PÉREZ MARTELL, Rosa, *Un Programa de prevención y solución de conflictos en la empresa*, Ed. Tirant lo Blanch, 2012.

— BARDAJÍ GÁLVEZ, Lola y DUPLÁ MARÍN, María Teresa (coordinadoras), *El Régimen jurídico de la mediación familiar en España: análisis de la normativa autonómica*, Ed. Andavira DL, 2012.

— MARTÍN AMAYA, José Luis, *Mediación y recuperación de deudas en derecho español*, Ed. Hispalex, 2012.

— TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinador), *La Justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Ed. Comares, 2012.

— GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, Pedro M. y SOLETO MUÑOZ, Helena (Directores), *Sobre la mediación penal: (posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español)*, Ed. Aranzadi, 2012.

— LORCA NAVARRETE, Antonio María, *La Mediación en asuntos civiles y mercantiles: Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2012.

— SOUTO GALVÁN, Esther (Directora), *Mediación familiar*, Dykinson, 2012.

— FERNÁNDEZ RIQUELME, Sergio y CARAVACA LLAMAS, Carmen, *El Conflicto en las organizaciones laborales: elementos de comprensión y métodos alternativos de resolución*, Ed. Diego Marín, 2012.

— RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, *La Mediación penal y penitenciaria: experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Ed. Colex, 2012.

— MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto, *La Independencia e imparcialidad del árbitro en el sistema*, CIADI, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2013.

— CAMPO VILLEGAS, Elías, «El interés y protagonismo del notario en el arbitraje», en *Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo III-1 Autonomía de la voluntad en el derecho privado, Consejo General del Notariado, 2012.

— IBOLEÓN SALMERÓN, Belén, *El Proceso arbitral: una perspectiva procesal del arbitraje de consumo*, Dykinson, 2012.

— LORCA NAVARRETE, Antonio María, *Jurisprudencia arbitral comentada de los tribunales superiores de justicia*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2012.

— BORN, Gary, *International arbitration: law and practice*, Kluwer Law International, 2012.

— SERRANO ANTÓN, Fernando, *La Resolución de conflictos en el derecho internacional tributario: procedimiento amistoso y arbitraje*, Civitas Thomson Reuters, 2011. ■

# PLAN PARA LA FORMACIÓN CONTINUA DE LA ABOGACÍA

ESTAR AL DÍA ES IMPRESCINDIBLE,  
ESTAR AL DÍA ES FÁCIL.



En colaboración con



CURSO

## Especialista en Mediación

Abierta 3.ª convocatoria  
septiembre 2013

Duración: 114 horas

Método: Semipresencial

Precio: 800 €

Este curso te habilitará para ejercer como mediador  
en todo el territorio nacional

*inscríbete ya...*

Más información en:

**902 099 801**  
[www.wkformacion.es](http://www.wkformacion.es)  
[www.abogacia.es](http://www.abogacia.es)

 @WKformacion  
@Abogacia\_es  
#formacionabogacia



#### PUBLICIDAD

Nerea Bascones Díez  
C/ Collado Mediano, 9. Las Rozas (Madrid)  
Tel.: 91 602 00 08. Ext.: 10233  
e-mail: nbascones@laley.wke.es

#### SERVICIO DE ATENCIÓN AL CLIENTE

Tel.: 902 250 500 / Fax: 902 250 502  
e-mail: clientes@laley.es

REDACCIÓN: Collado Mediano, 9. 28230 Las Rozas (Madrid)

Tel.: 91 602 00 00 / e-mail: diariolaley@laley.es

JEFE DE PUBLICACIONES: Mercedes Rey García

COORDINADORA: María José Hierro Romero

EQUIPO DE REDACCIÓN: Belén Arranz Fernández, Yolanda Ballesteros García-Asenjo, Gemma Bruno García, Pilar Muñoz Mendo, Sonsoles Navarro Salvador

ANÁLISIS DE LA DOCUMENTACIÓN: Centro de Análisis Documental LA LEY

DISEÑO GRÁFICO: Fran Vizuete González

EQUIPO DE DESARROLLO: Emérita Cerro Durán, Juan José García Lozano, Nieves García Cruz, Diana Gómez Fernández, Gloria Lalanda Marcos, Julián Maíllo Arnaiz, Estefanía Medina García, Esther Montero García, Rubén Ortiz, Beatriz Pérez-Olleros Arias, Carlos Ruiz-Capillas, Sergio Tiscar Medina, Ramón Zapata Juliá

PREIMPRESIÓN E IMPRESIÓN por Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain



© WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. Todos los derechos reservados. El contenido de esta publicación no podrá utilizarse con fines comerciales sin su expresa autorización, incluyendo reproducción, modificación, o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato.

El texto de las resoluciones judiciales contenido en esta publicación es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial.

Publicación adherida a la Asociación de Prensa Profesional (APP).