



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN, SECRETARIO GENERAL DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL,

CERTIFICO: QUE EL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, EN SU REUNIÓN DEL DÍA DE LA FECHA, HA APROBADO EL INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA LEY 60/2003, DE 23 DE DICIEMBRE, DE ARBITRAJE Y DE REGULACIÓN DEL ARBITRAJE INSTITUCIONAL EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

I

ANTECEDENTES

Con fecha 9 de marzo de 2010 tuvo entrada en el Registro de este Consejo General del Poder Judicial, procedente del Ministerio de Justicia, el *Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado*, a los efectos de emisión del preceptivo informe, de conformidad con el artículo 108.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ).

Designado Ponente en fecha 11 de marzo de 2010 el Excmo. Sr. D. José Manuel Gómez Benítez, la Comisión de Estudios e Informes en su reunión de fecha 13 de mayo de 2010, aprobó el presente informe, acordando su remisión al Pleno del Consejo General del Poder Judicial.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

II

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.

La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial se contempla en el artículo 108.1 LOPJ; en concreto, su letra e) determina que dicha función tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a las «[n]ormas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales y cualesquiera otras que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales.»

La parte sustancial de la reforma que aborda el Anteproyecto afecta directamente a alguna de las materias citadas, al girar en torno a la institución del arbitraje, figura jurídica alternativa y excluyente de la actuación de los Tribunales de Justicia en la resolución de controversias jurídicas, pero que mantiene importantes zonas de contacto con los procesos jurisdiccionales, como son las funciones de apoyo y control judicial del arbitraje, los órganos judiciales competentes para ejercer estas funciones, el tratamiento procesal del arbitraje y los efectos de laudo arbitral, por citar algunos. Entran también en el ámbito de informe de este Consejo otras materias como la mediación en el proceso contencioso-administrativo y, en menor medida, el arbitraje administrativo.

Por otra parte, además de pronunciarse este Consejo sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a la constitucionalidad del texto, o a su compatibilidad e inserción armónica en el resto del ordenamiento jurídico, hará las observaciones y sugerencias que estime oportunas de acuerdo con el principio de colaboración entre los órganos constitucionales, con el ánimo de contribuir tanto a mejorar la técnica



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

legislativa de la norma proyectada, como a su efectiva aplicabilidad y potencial incidencia sobre los procesos jurisdiccionales.

III

ESTRUCTURA Y CONTENIDO

El Anteproyecto consta de una Exposición de Motivos (EM), subdividida en cuatro apartados, que da cuenta de los objetivos que persigue la reforma y de su contenido. Adelantando de modo sucinto lo que se dirá con mayor extensión en el apartado de *consideraciones generales*, el Anteproyecto pretende, de modo principal, impulsar el arbitraje como medio alternativo de solución jurídica de conflictos de naturaleza civil y mercantil, mejorando la actual regulación junto con la iniciativa legislativa que, de modo simultáneo, se tramita como *Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles* (en adelante «Anteproyecto LM»).

Y en cuanto al contenido de esta reforma, que afecta a seis Leyes ordinarias, la EM alude a la reasignación de las funciones judiciales en el apoyo al arbitraje, al control de los laudos y al exequátur de laudos extranjeros; a la restricción del arbitraje de equidad; a aspectos del estatuto jurídico de los árbitros; al arbitraje institucional para resolver conflictos entre la Administración General del Estado y sus Entes instrumentales; a la inserción en el proceso contencioso-administrativo de la mediación que posibilite un acuerdo transaccional; a la relación entre el proceso concursal y las medidas cautelares, por un lado, y el arbitraje y la mediación, por otro; al tratamiento procesal de la sumisión a arbitraje y, finalmente, al arbitraje estatutario en materia de impugnación de acuerdos de sociedades anónimas.

El texto articulado consta de once artículos, que se completan con siete disposiciones finales.

Los once artículos modifican la *Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje* (LA), siendo objeto de los artículos 1 a 10 la modificación, total o parcial, de uno o



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

más artículos de esa Ley; en cuanto al artículo 11, renumera la disposición adicional única de la LA, que pasa a ser la primera, y añade una nueva disposición adicional segunda.

En cuanto a las siete disposiciones finales, las cinco primeras modifican, respectivamente, la *Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881* (LEC 1881), el *Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas* (LSA), la *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (LJC-A), la *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* (LEC), y la *Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal* (LC).

La disposición final sexta determina los títulos competenciales de carácter exclusivo a favor de Estado que dan amparo a esta Ley, contenidos en el artículo 149.1 de la Constitución Española (CE): legislación mercantil y procesal (6ª) y legislación civil (8ª). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en Sentencias n.º 15/1989, de 26 de enero (FJ 9), n.º 62/1991, de 22 de marzo (FJ 5) y n.º 196/1997, de 13 noviembre (FJ 12), ha considerado que el establecimiento de un sistema de arbitraje es materia atribuida a la competencia del Estado por los títulos competenciales del artículo 149.1, 5 y 6, pues, siendo el arbitraje un «equivalente jurisdiccional», mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada), es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia.

En lo relativo arbitraje administrativo, la reforma lo limita a la Administración General del Estado y entidades públicas vinculadas a ella, lo que puede explicar que el Anteproyecto no haga mención al título competencial en este punto.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Por último, la disposición final séptima prevé un período de veinte días de *vacatio legis* a partir de la publicación de la Ley en el «Boletín Oficial del Estado».

Desde el punto de vista de técnica normativa, a la vista de la *Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría* (del Ministerio de la Presidencia), *por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa* (RTN), pueden hacerse una serie de objeciones a la estructura formal del Anteproyecto:

1ª) En relación con las modificaciones parciales del articulado de la LA (artículos 1 a 11 del Anteproyecto), debería haberse optado por un artículo (único o primero, si le sucedieran otros), con un título que haga referencia a la modificación que se opera de la LA. Este artículo habría de dividirse en tantos apartados cuantos preceptos se ven afectados por una nueva redacción, adición o derogación, con un «texto marco» donde se hiciera referencia al concreto precepto o disposición afectados por la reforma, sin necesidad de volver a especificar en cada apartado el título de la Ley (directrices 50 y ss. RTN).

2ª) Las demás modificaciones de Leyes que guardan relación con el arbitraje (LEC 1881, LSA, LEC y LC) o la mediación (LJC-A), habrían de ser objeto de «artículos» y no de «disposiciones finales», pues éstas se reservan –junto a otros supuestos– a «los preceptos que modifiquen el derecho vigente, cuando la modificación no sea objeto principal de la disposición». Por lo tanto, la técnica de la «modificación múltiple» aparece como la más adecuada para las modificaciones en materia de arbitraje, con utilización de unidades de división en artículos distintas para cada una de las Leyes concernidas; y cuando la modificación afecte a varios preceptos de una misma Ley (LSA, LJC-A, LEC y LC), el artículo correspondiente habrá de dividirse en apartados, uno por cada artículo o disposición afectados (directriz 58 RTN), lo mismo que en relación con las modificaciones de la LA.

3ª) La numeración de la división interna en apartados de determinados artículos y disposiciones finales se efectúa, en ocasiones, empleando números en letra ("uno", "dos"..., *vid.* los artículos 3 y 4, y disposición final quinta), y otras veces



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

números arábigos ("1.", "2."..., *vid.* las disposiciones finales tercera y cuarta), cuando lo correcto es esto último, es decir, la numeración en cardinales arábigos (directriz 31 RTN).

La disposición final segunda por su parte debería dividirse en dos apartados, uno por cada artículo afectado de la LSA, siguiendo la técnica señalada.

4ª) La disposición final séptima establece un plazo de entrada en vigor de 20 días a partir de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado», que corresponde con el plazo general del artículo 2.1 del Código Civil (CC), lo que hace innecesaria esta disposición, pues «[e]n el caso de no establecerse ninguna indicación, la norma entrará en vigor a los 20 días de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado", de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil» [directriz 42.f) RTN].

Finalmente, el Anteproyecto viene acompañado de la preceptiva *Memoria del análisis de impacto normativo* (en adelante «Memoria») elaborada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, de conformidad con el *Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo*, norma dictada en desarrollo de las previsiones contenidas en los artículos 22.2 y 24.1, letras a) y b), de la *Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno*.

Esta Memoria se compone de cuatro apartados relativos a (1) la *oportunidad de la propuesta*, en términos similares a los que emplea la EM en este punto; (2) al *contenido y análisis jurídico*, referido a cada uno de los artículos y disposiciones finales —excepto la séptima, sobre entrada en vigor— del Anteproyecto, con referencia sucinta al procedimiento de elaboración, así como a la fases de informe y audiencia previos a la remisión por el Consejo de Ministros a las Cortes Generales; (3) al *impacto económico y presupuestario*, donde se afirma que es difícilmente cuantificable la repercusión económica que tendrá la reforma en materia de arbitraje, en cuanto suponga de disminución de asuntos ante los tribunales y de opción que se brinda a los sectores económicos; igualmente se destaca que la reforma no implicará nuevas cargas administrativas para ciudadanos y empresas, ni producirá impacto presupuestario, si bien mejorará la eficacia de los recursos destinados a la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Administración de Justicia; y (4) al *impacto por razón de género*, sin que se aprecie que el Anteproyecto vaya a tener «repercusión alguna desde la perspectiva del género».

IV

CONSIDERACIONES GENERALES

1. Finalidad de la Reforma

Atendiendo a la EM I del Anteproyecto, la reforma pretende modificar la LA a fin de limar algún aspecto que en la práctica del arbitraje se ha mostrado mejorable, lo que habrá de repercutir en el impulso de este medio alternativo de solución de conflictos, en paralelo con la regulación de la mediación que se aborda en el Anteproyecto LM. En palabras de la Memoria, «la finalidad de este anteproyecto es incrementar la eficacia de la institución de arbitraje y la confianza en la misma por parte de la sociedad y, con ello, reforzar la posición de España como corte de arbitraje de primer nivel».

Es lugar común las ventajas que el arbitraje ofrece frente a los procesos judiciales: se citan su rapidez, comparada con la duración total media de éstos; su naturaleza reservada; la flexibilidad del procedimiento y la confianza que inspira a las partes que la controversia se decida por personas designadas por ellas mismas. Como principal desventaja se menciona su mayor coste, porque a los gastos y costas que normalmente lleva aparejado un proceso, hay que añadir los honorarios de los árbitros (aunque esta estimación ha de relativizarse si se tienen en cuenta las posibles varias instancias y grados de jurisdicción en un proceso judicial). En la práctica y dejando aparte el arbitraje de consumo –al que no afecta la reforma– el arbitraje suele utilizarse en litigios de gran envergadura; en cuestiones que enfrentan a empresas para las que una decisión rápida resulta fundamental; en cuestiones de considerable complejidad técnica; y, sobre todo, en litigios derivados del comercio internacional en los que ninguno de los sujetos intervinientes quiere verse obligado a litigar ante los tribunales del Estado de la contraparte.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

No cabe duda que este Anteproyecto y el de Mediación van en la misma dirección de lo que se ha llamado «*proceso de desjudicialización*» de determinados asuntos, a fin de reducir la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales mediante la potenciación de los denominados *sistemas alternativos de resolución alternativa de conflictos o controversias*, tal y como apunta el *Plan estratégico de Modernización del Sistema de Justicia 2009-2012*, aprobado por el Gobierno el pasado año y que se ajustan a una nueva concepción de la justicia que se concibe como todo procedimiento apropiado para la resolución de un conflicto (*vid.* la Memoria).

El apartado IV del citado Plan, rotulado «[l]os cambios que veremos en el año 2012», incluye un apartado 7, sobre «[r]edución de los tiempos de tramitación y respuesta judicial», donde se afirma que

«La supresión de trámites y recursos, la desjudicialización del Registro Civil, la nueva Ley de Mediación y Arbitraje y la reforma del vigente proceso penal (jurisdicción que representa el 70% de los asuntos judiciales de nuestro país) permitirá contener el incremento de la litigiosidad y reducirla, aliviando la carga de trabajo de los juzgados y tribunales. Esta contención, unida a las mejoras en la organización aumentará la capacidad resolutive anual de la Justicia agilizando los tiempos medios de respuesta judicial, que podrán reducirse en un promedio estimable próximo al 30%.»

También constituye un objetivo de calado de la reforma la introducción del arbitraje administrativo, calificado en el título del Anteproyecto como «arbitraje institucional», para la resolución de controversias jurídicas entre la Administración General del Estado (Administración territorial), sus Organismos públicos (Administración institucional) y otras Entidades de Derecho público dependientes de aquélla, así como de controversias jurídicas entre sociedades mercantiles estatales y fundaciones del sector público estatal con el ente público de tutela.

Partiendo de esta orientación general, el Anteproyecto aborda una serie de modificaciones que afectan a diversas leyes, siendo las principales materias las que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

se estudian en líneas generales en el siguiente epígrafe, para ser objeto de un examen más detenido en el apartado V sobre *análisis del articulado*.

2. Contenido de la reforma

2.1. REORDENACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DE ÓRGANOS JURISDICCIONALES

El Anteproyecto, en sintonía con el *Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria a la Ley para la reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado y a la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, para la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (en adelante «Anteproyecto LOPJ») —de tramitación simultánea con el que ahora se informa y con el de Mediación—, aborda a través de modificaciones de la LA y de la LEC de 1881, la reasignación de determinadas competencias judiciales que afectan, fundamentalmente, a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, como Salas de lo Civil, en los siguientes asuntos que están residenciados en otros órganos jurisdiccionales: el nombramiento judicial de árbitros y el reconocimiento de resoluciones arbitrales extranjeras, hoy en los Juzgados de Primera Instancia y en los Juzgados de lo Mercantil; la anulación de laudos arbitrales, actualmente de la competencia de las Audiencias Provinciales; y la revisión de laudos atribuida a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en aquellos supuestos en que no lo está ya a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

Significa, por tanto, una ampliación de la competencia objetiva de estas Salas, sin que sea previsible que suponga un incremento significativo del volumen de asuntos, como tampoco una correlativa descarga para los actualmente competentes —minorada además porque, de ordinario, los asuntos estarán repartidos entre más órganos judiciales—, según los datos disponibles de estadística judicial.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Relacionado con lo anterior, no se ha optado por una completa redistribución competencial comprensiva de otras actuaciones de apoyo al arbitraje, como la asistencia judicial en la práctica de pruebas, la adopción judicial de medidas cautelares y la ejecución forzosa del laudo, esta última posiblemente la de mayor repercusión en la carga de trabajo, tanto por el número de asuntos como por la complejidad legal y práctica del proceso de ejecución.

2.2. REFORMA DEL ARBITRAJE INSTITUCIONAL

2.2.1. Generalidades sobre el arbitraje institucional

El arbitraje institucional constituye en la actual regulación una modalidad de arbitraje que atiende a dos factores: (1) la designación de los árbitros y (2) la administración del arbitraje. Frente al arbitraje *ad hoc* en el que las propias partes designan directamente a los árbitros o encomiendan su designación a una persona física o jurídica, el arbitraje institucional supone que las partes encomiendan la designación de árbitros y la administración del arbitraje a determinadas personas jurídicas.

El arbitraje institucional ha sido definido como aquel tipo de arbitraje mediante el cual las partes de una controversia, previo convenio arbitral, acuerdan encomendar a una entidad de carácter corporativo o institucional, que en sus estatutos o normas reguladoras prevean la realización de funciones arbitrales, la administración del arbitraje y la designación de los árbitros conforme a sus propios Reglamentos. A estas instituciones se podrá encomendar la facultad de administrar el arbitraje —proporcionar los medios necesarios para su correcto desarrollo y que los árbitros puedan ejercer su función— y de designar los árbitros, pero no de resolver la controversia, lo que corresponde a las personas naturales que se encuentren en pleno ejercicio de sus derechos civiles y cumplan el resto de condiciones previstas en los artículos 13 y concordantes de la LA.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Al concepto de *arbitraje institucional* se refiere la EM II de la LA de este modo:

«(...) la expresión institución arbitral hace referencia a cualquier entidad, centro u organización de las características previstas que tenga un reglamento de arbitraje y, conforme a él, se dedique a la administración de arbitrajes».

Más adelante, la LA concreta la regulación de esta modalidad de arbitraje en el artículo 14:

«1. Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a:

a) Corporaciones de derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras, y en particular el Tribunal de Defensa de la Competencia.

b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.

2. Las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios Reglamentos.»

De esta regulación se extraen tres requisitos:

1º) Las letras a) y b) que se acaban de transcribir corresponden a la clasificación de las personas jurídicas del artículo 35 CC; en esas letras se incluyen las corporaciones de derecho público y las entidades o asociaciones sin ánimo de lucro, pero, correlativamente, se excluyen, por una parte, las fundaciones de interés público reconocidas por la ley y, por otro lado, las sociedades anónimas, civiles y mercantiles, al tener una finalidad lucrativa.

2º) Sus normas internas han de prever el ejercicio de funciones arbitrales.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

3º) Han de tener sus propios Reglamentos, que regirán la administración del arbitraje y la designación de los árbitros.

La doctrina ha extractado el siguiente contenido básico de la administración del arbitraje institucional:

a) La aceptación expresa o tácita del encargo, como manifestación de competencia para administrar el arbitraje sobre la base de la sumisión de las partes.

b) La integración del contenido potestativo del convenio arbitral, en defecto de acuerdo entre las partes.

c) El auxilio al árbitro durante el desarrollo del proceso arbitral, en cuanto a material e infraestructura.

d) El auxilio y supervisión de la actuación jurídica del árbitro durante el desarrollo del proceso arbitral, especialmente en los aspectos *in procedendo* y formales del laudo susceptibles de provocar su nulidad.

2.2.2. Arbitraje institucional de las Corporaciones de Derecho Público

El sentido que da en la actualidad el artículo 11 LA a estas personas jurídicas es más el que se desprende de la clasificación del artículo 35 CC, que de una concepción estricta de estas Corporaciones, que tal vez sea la que más encaje con la implantación real del arbitraje institucional.

A la concepción amplia de las Corporaciones de Derecho Público responden tanto las Entidades Locales, como las Universidades y las Administraciones corporativas de base privada, aglutinantes estas últimas de personas físicas identificadas por comunes intereses profesionales, económicos, patrimoniales o sociales, en los que confluyen intereses públicos que justifican su configuración como tales Corporaciones.

Las Corporaciones de Derecho Público en sentido amplio son creadas o reconocidas por Ley (artículo 37.1 CC), siendo ésta la que determine las finalidades



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

públicas que den razón de ser a una corporación frente a una entidad meramente asociativa.

En cuanto a su tipología, atienden a un sustrato:

- territorial: Corporaciones Locales.

- funcional: agrupan a los sujetos en atención a los intereses sectoriales que comparte la colectividad que esté en la base de cada concreta corporación.

A este sustrato funcional responden las manifestaciones de corporaciones sectoriales de base privada que aúnen intereses profesionales (Colegios Profesionales) y económicos o patrimoniales (vgr., Cámaras de comercio, Industria o Navegación) principalmente, que sin embargo tienen una trascendencia pública cualificada, que justifica que un sustrato meramente asociativo se cualifique por una Ley de creación, que le atribuya personalidad jurídica pública y encomiende a la entidad corporativa una serie de funciones públicas en cuyo ejercicio se someten al Derecho Administrativo y son controladas por la jurisdicción contencioso-administrativa (iniciativa privada e instrumentalidad por parte de la Administración pública). Estas entidades son identificables como Corporaciones de Derecho Público *en sentido estricto*. Se trata, en resumen, de entidades con base asociativa creadas por el Estado y, por ello, de carácter público, pero con capacidad de autogestión y autofinanciación, con la peculiaridad que constituye el carácter obligatorio de la adscripción a las mismas para garantizar el cumplimiento de los fines públicos que les son atribuidos.

A) Arbitraje institucional administrativo

La mención a las Corporaciones de Derecho Público en el artículo 14.1.a) LA incluye a todas aquellas entidades públicas que en la actualidad tienen encomendados arbitrajes sectoriales, como lo demuestra la expresa mención al Tribunal de Defensa de la Competencia (Organismo Autónomo declarado extinguido por la disposición adicional sexta de la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*). Además de las instituciones públicas arbitrales propias del arbitraje



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de consumo, que se halla al margen de la LA –aunque les sea de aplicación supletoria (disposición adicional única LA)–, sólo en las Leyes estatales, sin contar las disposiciones de rango inferior y el *corpus* normativo de cada una de las Comunidades Autónomas, se hallan, sin ánimo de exhaustividad, los siguientes arbitrajes institucionales:

1º) La *Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa*, contempla la figura del Jurado Provincial de Expropiación, que interviene en el expediente de justiprecio cuando el propietario rechaza el precio ofrecido por la Administración. El Jurado decide ejecutoriamente sobre el justo precio que corresponda a los bienes o derechos objeto de la expropiación, ultimando su resolución la vía gubernativa y contra la que cabe interponer recurso contencioso-administrativo.

2º) La *Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres*, crea las Juntas Arbitrales del Transportes como instrumento de protección y defensa de las partes intervinientes en el transporte. Les corresponde resolver con los efectos previstos en la legislación general de arbitraje, las controversias de carácter mercantil surgidas en relación con el cumplimiento de los contratos de transporte terrestre cuando, de común acuerdo, sean sometidas a su conocimiento por las partes intervinientes u otras personas que ostenten un interés legítimo en su cumplimiento. Asimismo, les corresponderá resolver, en idénticos términos, las controversias surgidas en relación con los demás contratos celebrados por empresas transportistas y de actividades auxiliares y complementarias del transporte cuyo objeto esté directamente relacionado con la prestación por cuenta ajena de los servicios y actividades que, conforme a lo previsto en esa Ley, se encuentran comprendidos en el ámbito de su actuación empresarial.

3º) La *Ley 10/1990, de 15 octubre, del Deporte*, prevé que las cuestiones litigiosas de naturaleza jurídico-deportiva, planteadas o que puedan plantearse entre los deportistas, técnicos, jueces o árbitros, Clubes deportivos, asociados, Federaciones deportivas españolas, Ligas profesionales y demás partes interesadas, pueden ser resueltas mediante la aplicación de fórmulas específicas de conciliación



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

o arbitraje, en los términos y bajo las condiciones de la legislación del Estado sobre la materia. A tal efecto, las normas estatutarias de las Federaciones deportivas españolas podrán prever un sistema de conciliación o arbitraje, en el que, entre otros extremos, figurarán los organismos o personas encargadas de resolver o decidir estas cuestiones, el procedimiento a través del cual se desarrollarán estas funciones y los métodos de ejecución de las decisiones o resoluciones derivadas de las funciones conciliadoras o arbitrales.

4º) El *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia*, crea en el Ministerio de Cultura la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, para el ejercicio de las funciones de mediación y arbitraje que le atribuye esta Ley y con el carácter de órgano colegiado de ámbito nacional. La Comisión actúa en su función de arbitraje dando solución, previo sometimiento de las partes, a los conflictos que puedan producirse entre las entidades de gestión y las asociaciones de usuarios de su repertorio o entre aquéllas y las entidades de radiodifusión; también fijando una cantidad sustitutoria de las tarifas generales en defecto de acuerdo con la entidad de gestión, a solicitud de una asociación de usuarios o de una entidad de radiodifusión, siempre que éstas se sometan, por su parte, a la competencia de la Comisión. La composición y funcionamiento de la Comisión se determina por vía reglamentaria, teniendo derecho los interesados a designar a representantes que formen parte de la Comisión.

5º) La *Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria*, crea el Comisionado para el Mercado de Tabacos, con naturaleza de Organismo autónomo de los comprendidos en la *Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado* (LOFAGE), personalidad jurídica propia y plena capacidad pública, actuando en régimen de Derecho Administrativo y adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda. Entre sus funciones está ejercer el arbitraje en los conflictos entre operadores que las partes le encomienden, en cuanto no correspondan a otro órgano de la Administración.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

6º) La *Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos*, en su disposición adicional undécima crea la Comisión Nacional de Energía, que se configura como un organismo público con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar. La Comisión está adscrita al Ministerio de Industria y Energía, y se rige además de por lo dispuesto en esta Ley y otras normas de desarrollo, por la LOFAGE. Entre sus funciones está actuar como órgano arbitral en los conflictos que se susciten entre los sujetos que realicen actividades en el sector eléctrico o de hidrocarburos. Esta función de arbitraje, que tiene carácter voluntario para las partes, se ejerce de acuerdo con la legislación de arbitraje y el reglamento específico sobre el procedimiento arbitral.

7º) La *Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*, crea la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, organismo público de los previstos por la LOFAGE, dotado de personalidad jurídica y plena capacidad pública y privada. Adscrita al (entonces) Ministerio de Ciencia y Tecnología, entre sus funciones está la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos. El procedimiento arbitral se establece mediante Real Decreto y los laudos que dicte la Comisión tendrán los efectos establecidos en la LA.

8º) La *Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*, prevé que el Gobierno establezca un sistema arbitral que atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para las partes, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación, siempre que no existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y judicial que en cada caso proceda. El sometimiento de las partes al sistema arbitral es voluntario y debe constar expresamente por escrito.

El Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad, crea



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

la juntas arbitrales de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, como órganos colegiados de gestión y administración del sistema arbitral en este área. Se prevé la constitución de una Junta Arbitral Central de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de ámbito estatal, adscrita al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Esta Junta Arbitral conoce de las solicitudes de arbitraje presentadas por las personas con discapacidad o sus representantes legales y por las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias de ámbito estatal, y que se refieran a quejas y reclamaciones que afecten a un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma, así como a quejas y reclamaciones que afecten a materias de competencia estatal de ejecución. Además, en cada Comunidad Autónoma y en las ciudades de Ceuta y Melilla, se constituye una junta arbitral de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, cuyo ámbito de actuación territorial coincidirá con el correspondiente a aquéllas en las materias reseñadas. Son funciones de estas Juntas, entre otras, la designación de los árbitros en cada procedimiento y la gestión y administración de los procedimientos arbitrales.

9º) La *Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte*, prevé que la revisión, en vía administrativa, de las resoluciones dictadas por los órganos disciplinarios de las federaciones deportivas españolas o por la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje, se lleve a cabo bajo fórmula arbitral ante una sección específica del Comité Español de Disciplina Deportiva. Este específico sistema de revisión tiene la condición de mecanismo sustitutivo del recurso administrativo, conforme al artículo 107.2 de la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (LRJ-PAC). Las resoluciones del Comité Español de Disciplina Deportiva en esta materia agotan la vía administrativa y contra las mismas podrá interponerse recurso contencioso-administrativo.

10º) La *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, crea la Comisión Nacional de la Competencia como entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, adscrita al



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Ministerio de Economía y Hacienda. La Comisión Nacional de la Competencia actúa con autonomía orgánica y funcional, y plena independencia de las Administraciones Públicas. Entre sus funciones está el arbitraje que le sometan los operadores económicos en aplicación de la LA, así como aquellas que le encomienden las leyes, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en sus ámbitos respectivos.

11º) La *Ley 23/2007, de 8 de octubre, de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal*, instituye esta Comisión, configurada como organismo público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, de los previstos en la disposición adicional décima de la LOFAGE. Es un organismo independiente funcionalmente de la Administración General del Estado, si bien se encuentra adscrito al Ministerio de Fomento. Esta Comisión resuelve los conflictos que se susciten entre el operador prestador del servicio postal universal y otros operadores postales que lleven a cabo servicios incluidos en dicho ámbito, en relación con la existencia o no de los derechos exclusivos, la suficiencia o insuficiencia de las garantías ofrecidas a los usuarios y el derecho de acceso a la red postal pública. La resolución tiene carácter obligatorio para las partes y es impugnable ante la jurisdicción contencioso-administrativa; asimismo, actúa como órgano arbitral en los conflictos que le sometan los operadores postales, en el marco del régimen establecido en la LA.

B) *Arbitraje institucional corporativo*

Tras la anterior relación de entidades que asumen el arbitraje institucional administrativo, ha de hacerse referencia al arbitraje institucional de las Corporaciones de Derecho Público en sentido estricto, pudiendo citarse las siguientes Leyes:

1º) La *Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales*, dispone que corresponde a los Colegios Profesionales el ejercicio de las siguientes funciones en su ámbito territorial: intervenir, en vía de conciliación o arbitraje, en las cuestiones



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

que, por motivos profesionales, se susciten entre los colegiados, y resolver por laudo, a instancia de las partes interesadas, las discrepancias que puedan surgir sobre el cumplimiento de las obligaciones dimanantes de los trabajos realizados por los colegiados en el ejercicio de la profesión.

En particular, el *Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española*, asigna a los Colegios de Abogados las siguientes funciones: intervenir, previa solicitud, en vías de conciliación o arbitraje en las cuestiones que, por motivos profesionales, se susciten entre los colegiados, o entre éstos y sus clientes; ejercer funciones de arbitraje en los asuntos que les sean sometidos, así como promover o participar en instituciones de arbitraje; y resolver las discrepancias que puedan surgir en relación con la actuación profesional de los colegiados y la percepción de sus honorarios, mediante laudo al que previamente se sometan de modo expreso las partes interesadas. Asimismo, entre las atribuciones de la Junta de Gobierno de los Colegios de Abogados se incluye la administración de arbitrajes y dictado de laudos arbitrales, además de la creación y mantenimiento de Tribunales de Arbitraje. Finalmente, entre las funciones del Consejo General de la Abogacía se menciona la realización de arbitrajes.

2º) La *Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación*, contempla entre las funciones de carácter público-administrativo de las Cámaras el desempeño de funciones de arbitraje mercantil, nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente. La misma función se atribuye al Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, configurado como Corporación de Derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines.

Respecto a otras Corporaciones de este tipo, la *Ley 18/2005, de 30 de septiembre, por la que se deroga la Ley 23/1986, de 24 de diciembre, por la que se establecen las bases del régimen jurídico de las Cámaras Agrarias*, elimina la regulación estatal de tales Cámaras, lo que no implica su supresión, cuestión que corresponde al marco de decisión de las Comunidades Autónomas; algo semejante



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

ocurre con las Cofradías de Pescadores, pues sin perjuicio de que la *Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado*, no haga referencia al ejercicio de funciones arbitrales, habrá que estar a lo que les encomienden la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias; y en cuanto a las Comunidades de Regantes, la derogación de la *Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas*, que regulaba esta institución, no es óbice para la atribución de funciones arbitrales por la normativa autonómica.

2.2.3. Alcance de la reforma

La reforma sustituye el tenor de la letra a) del artículo 11.1 LA («Corporaciones de derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras, y en particular el Tribunal de Defensa de la Competencia»), por «[e]ntidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras». Para la Memoria, esta modificación representa una incorporación de las entidades públicas a los sistemas alternativos de resolución de controversias.

Lo fundamental es determinar si se está ante una mera alteración terminológica, o si contiene una modificación de fondo relevante. Es de suponer que «entidades públicas» hace referencia a su naturaleza de personas de Derecho Público, al derecho por el que —aunque sea parcialmente— se rigen, y no, por el contrario, a la pertenencia de la entidad al «sector público», lo cual restringiría sin justificación el arbitraje institucional al dejar fuera a las Corporaciones de Derecho Público en sentido estricto, que aunque entidades formalmente públicas, no forman parte de ninguna Administración Pública.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

2.3. ARBITRAJE ADMINISTRATIVO

2.3.1. Ubicación sistemática del arbitraje administrativo

Con carácter previo al estudio del contenido de la reforma, conviene aproximarse a lo que la doctrina admite dentro de la noción amplia de arbitraje administrativo, que comprende las siguientes formas de resolución de conflictos:

1ª) El arbitraje administrativo en el que la Administración es una de las partes en un conflicto que se somete a arbitraje ajeno, y en el que aquélla actúa en tutela de un interés público y revestida de facultades de *imperium*.

2º) El arbitraje privado con la Administración, en el que ésta no actúa como tal, sino sujeta al Derecho privado y desprovista de facultades de *imperium*, sometiendo sus conflictos al arbitraje privado regulado por la Ley con carácter general, como cualquier parte privada.

Con carácter general, el artículo 88 LRJ-PAC, titulado *terminación convencional*, contempla la posibilidad de que las Administraciones Públicas celebren acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.

En principio, nada impide que entre estos instrumentos se encuentren aquellos acuerdos que tengan por objeto someter la cuestión litigiosa a arbitraje.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En particular, la *Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*, prevé en el artículo 39 que los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la LA, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren. Y en cuanto a la contratación en el extranjero, el apartado 3 de su disposición adicional primera exhorta a que en los contratos con empresas extranjeras se procure, cuando las circunstancias lo aconsejen, la incorporación de cláusulas tendentes a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas sencillas de arbitraje, añadiendo que en estos contratos se podrá transigir previa autorización del Consejo de Ministros o del órgano competente de las Comunidades Autónomas y entidades locales.

3º) La actividad arbitral de la Administración, con dos variantes según que el conflicto a dirimir sea:

a) Entre particulares, como sucede con las instituciones arbitrales públicas a las que se ha hecho referencia al tratar la reforma del arbitraje institucional, a las que han de añadirse la Juntas arbitrales en el sector de consumidores y usuarios.

b) Entre entidades administrativas (conflictos inter-administrativos). La doctrina entiende que es preciso que se trate de entidades que no estén vinculadas por razones de jerarquía o tutela administrativa. El Anteproyecto parece que introduce un arbitraje de este tipo con ocasión de la reforma de la LA, pero como se verá más adelante, no se ajusta exactamente a este modelo.

En ambos supuestos, si la decisión administrativa no es impeditiva de un juicio ulterior sobre el mismo asunto se tratará de un arbitraje impropio. Si el arbitraje realizado por la Administración sustituye al proceso judicial estaremos ante un genuino arbitraje.

En esta categoría no entraría el arbitraje intra-administrativo, como posibilidad de solventar eventuales controversias entre entidades de una misma Administración, o entre entidades vinculadas a una Administración con una relación de dependencia



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

o tutela administrativa. Sobre esta cuestión se volverá más adelante, pues esta modalidad de arbitraje administrativo es posible a tenor del Anteproyecto.

4º) El arbitraje como medio alternativo de resolución de recursos administrativos a que se refiere el artículo 107.2 LRJ-PAC, que abre la vía a que las leyes puedan sustituir los recursos de reposición y alzada contra las resoluciones administrativas, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o Comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas. Las resoluciones de estos procedimientos de impugnación ponen fin a la vía administrativa [artículo 109 e) LRJ-PAC].

En cuanto a la articulación de lo anterior, la disposición adicional segunda de la *Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, fijó un plazo de dieciocho meses para que el Gobierno remitiera a las Cortes Generales el proyecto o proyectos de ley que resultaran necesarios para regular estos procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje sustitutivos de los recursos de alzada y de reposición.

5º) Finalmente, está la actividad administrativa consistente en resolver conflictos administrativos mediante tribunales de esta naturaleza (vgr., los Tribunales Económico-Administrativos). Realmente, esta actividad de la Administración resolutoria de asuntos en que está interesada la propia Administración en el ejercicio de sus potestades de *imperium*, no significa que la decisión se adopte por un órgano arbitral ajeno a la Administración, sino por órganos propiamente administrativos, aunque dotados de un estatuto de imparcialidad más o menos amplio, en línea con la idea de distinguir en la organización administrativa la línea de gestión de la de resolución de reclamaciones.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

2.3.2. Finalidad de la institucionalización del arbitraje administrativo

La EM III del Anteproyecto ilustra acerca de la razón impulsora de la introducción del arbitraje administrativo o, para ser más preciso, de sus modalidades de arbitraje inter o intra-administrativo:

«Es de reseñar la introducción de una nueva disposición adicional en la Ley de Arbitraje que regula un cauce procedimental de carácter ordinario e institucional para resolver los conflictos internos entre la Administración General del Estado y sus Entes instrumentales, superando los actuales mecanismos de facto, ajenos al rigor jurídico y a la objetividad que son imprescindibles en una organización que, por imperativo constitucional, ha de estar regida por el Derecho y actuar al servicio de los intereses generales bajo la dirección del Gobierno. La indudable naturaleza jurídico pública de las relaciones de organización en el seno de la Administración hacen imprescindible un procedimiento ordinario de resolución de conflictos como el que regula la presente Ley, más allá de soluciones meramente parciales como pueden ser las ofrecidas por una determinada línea jurisprudencial que ha venido negando a los Organismos Autónomos legitimación para impugnar los actos de la Administración matriz; línea que hoy encuentra una confirmación legal en el artículo 20.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.»

Salvo error, el pre-legislador se está refiriendo a aquellos supuestos que se resuelven mediante los mecanismos de autotutela ejercidos por el órgano de control o ente de tutela, en parte a través de órdenes –sujetas en mayor o menor medida a los cauces formales de transmisión– dirigidas a modificar la decisión del órgano tutelado; en parte mediante la alteración competencial que permite la avocación del conocimiento del asunto; o por la vía de la remoción de los responsables de la decisión, que generalmente ocupan cargos de libre designación, y el consecutivo nombramiento de otros que procedan a la revisión de oficio del acto controvertido. Téngase en cuenta una circunstancia especialmente relevante que menciona el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

pasaje reproducido de la EM, y es que el artículo 20 LJC-A prohíbe que puedan interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública, no sólo los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados —salvo que una Ley lo autorice expresamente—, sino también las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales, respecto de la actividad de la Administración de la que dependan. Se exceptúan aquellos a los que por Ley se haya dotado de un estatuto específico de autonomía respecto de dicha Administración. Esta previsión se completa con el artículo 44.1 de la misma Ley, en cuya virtud no cabrá interponer recurso en vía administrativa en los litigios entre Administraciones públicas. No obstante, cuando una Administración interponga recurso contencioso-administrativo contra otra —en los supuestos en que sea admisible—, podrá requerirla previamente para que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material, o inicie la actividad a que esté obligada.

Lo que subyace de esta regulación que huye de la formalización de conflictos inter o intra-administrativos, es la proyección de los *principios generales* que la LRJ-PAC proclamar en su artículo 3: actuación de las Administraciones Públicas de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con respeto en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima, para añadir en el apartado 2 que en sus relaciones las Administraciones Públicas se rigen por el principio de cooperación.

Continúa en esta dirección el artículo 4 de la misma Ley, que eleva a la categoría de principio la lealtad institucional en la actuación y relación de las Administraciones Públicas. Esto se manifiesta, en su aspecto negativo, en el respeto al ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias, y en el positivo, en prestarles en el ámbito propio la cooperación y asistencia activas que las otras Administraciones pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La reforma, por tanto, enderezada a institucionalizar el arbitraje administrativo, por una parte altera el sistema de toma de decisión y de modificación de la resolución adoptada por el ente tutelado, con repercusión en la operatividad administrativa; mientras que, por otro lado, instaura un sistema que habrá de repercutir en la transparencia en la resolución de estos conflictos al proporcionar garantías de objetividad propias del Derecho público.

2.3.3. Configuración del arbitraje administrativo

El artículo 11 del Anteproyecto a la LA, titulado «*controversias administrativas*», añade a esta Ley una nueva disposición adicional segunda, rotulada «*[c]ontroversias jurídicas en la Administración General del Estado y sus Organismos públicos*» que, por lo novedoso, conviene reproducir en su integridad:

«1. Las controversias jurídicas relevantes que se susciten entre la Administración General del Estado y cualquiera de los Organismos públicos regulados en el Título III y la disposición adicional novena de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, u otras Entidades de Derecho público reguladas por su legislación específica que se determinen reglamentariamente, o entre dos o más de estos Entes, se resolverán por el procedimiento previsto en este precepto, sin que pueda acudir a la vía administrativa ni jurisdiccional para resolver estas controversias.

Este procedimiento será, asimismo, aplicable a las controversias jurídicas que se susciten entre las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público estatal con su Ministerio de tutela, Dirección General de Patrimonio u Organismos o entidades públicas que ostenten la totalidad del capital social o dotación de aquellas, salvo que se establezcan mecanismos internos de resolución de controversias.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

2. A los efectos de esta disposición, se entenderán por controversias jurídicas relevantes aquellas que, con independencia de su cuantía generen o puedan generar un elevado número de reclamaciones, que tengan una cuantía económica de al menos 300.000 euros o que, a juicio de una de las partes, sea de esencial relevancia para el interés público.

3. Planteada una controversia, las partes enfrentadas la pondrán, de forma inmediata, en conocimiento de la Comisión Delegada para la Resolución de Controversias Administrativas. Dicha Comisión estará presidida por el titular del Ministerio de la Presidencia, tendrá como vocal nato al titular del Ministerio de Economía y Hacienda, ostentando la secretaría el Ministerio de Justicia. El resto de miembros se determinará reglamentariamente.

3. (*Sic*) Dicha Comisión Delegada recabará los informes técnicos y jurídicos que estime necesarios para el mejor conocimiento de la cuestión debatida. Por la Secretaría de dicha Comisión se elaborarán las propuestas de decisión oportunas.

4. La Comisión Delegada para la Resolución de Controversias Administrativas dictará resolución estableciendo de forma vinculante para las partes las medidas que cada una de ellas deberá adoptar para solucionar el conflicto o controversia planteados. La resolución de la Comisión Delegada no será recurrible ante los Tribunales de Justicia por las partes en conflicto.

5. Este procedimiento de resolución de controversias no se aplicará:

a) A cuestiones de naturaleza penal, pero sí a las relativas al ejercicio de las acciones civiles derivadas de delitos o faltas.

b) A cuestiones de responsabilidad contable que sean competencia del Tribunal de Cuentas, sujetas a la legislación específica reguladora de éste.

c) A conflictos de atribuciones entre distintos órganos de una misma Administración pública, que se regularán por sus disposiciones específicas.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

d) A las cuestiones de las actuaciones de control efectuadas por la Intervención General de la Administración del Estado, reguladas con carácter específico en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y demás normas de desarrollo de las mismas.»

Prescindiendo de momento de los aspectos subjetivos y de procedimiento que serán tratados más adelante, se abordan ahora las siguientes cuestiones:

A) Naturaleza jurídica del arbitraje administrativo y ubicación sistemática de su regulación

No está de más recordar que la naturaleza jurídica de las instituciones es una propiedad de especial importancia no solo de orden teórico, sino también en el práctico al afectar al régimen de aplicación espacial o temporal de las normas, y a los criterios de interpretación y de integración de lagunas legales, que han de extraerse de principios que sean propios de la rama del Derecho de que se trate. Por esta razón, es el momento de detenerse en la naturaleza del arbitraje administrativo que la reforma introduce en la LA.

La naturaleza jurídica, administrativa o no, de este arbitraje puede ponerse en cuestión ante extremos tales como:

- el mismo *título del Anteproyecto*, que habla de «[a]rbitraje Institucional en la Administración General del Estado», manejando así el concepto de *arbitraje institucional*, propio de la LA, para referirse al arbitraje administrativo;

- la modificación el artículo 14 de esta Ley, para incluir a las «entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras», como sujetos a los que las partes pueden encomendar el arbitraje y la designación de árbitros, para despejar cualquier duda que limitara el ámbito subjetivo de las «corporaciones de derecho público»;

- y la opción legislativa de incluir el arbitraje administrativo en la LA y no en una norma de naturaleza administrativa.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Resulta evidente que son de derecho privado una parte importante de los principios sobre los que se sustenta el arbitraje y articulan sus instituciones, ocupando un lugar preeminente el principio dispositivo (manifestado en la autonomía de las partes para someterse al arbitraje, configurar su objeto, elegir los árbitros o una institución arbitral, determinar el procedimiento a seguir, someterse a un reglamento arbitral, impugnar el laudo, etc.). Esta configuración legal del arbitraje parte de que «son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho» (artículo 2.1 LA), mientras que la Administración pública ha de actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (artículo 103.1 CE), en lo que insiste la LRJ-PAC, que erige como principio general la actuación con pleno sometimiento a la Constitución, a la Ley y al Derecho (artículo 3), y en el artículo 12.1 declara la misma Ley que la competencia –como conjunto de potestades administrativas– es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en ésta u otras leyes. Consecuentemente, mediante el arbitraje la Administración no cede, se allana, tolera o abandona el cumplimiento de normas imperativas, sino que defiere la solución del conflicto a un órgano que, por hipótesis, cuidará de la legalidad y juridicidad conforme a los principios constitucionales. Sujeción, por tanto, al principio de legalidad en lo que respecta a los títulos jurídicos, con posibilidad reducida de habilitación legal expresa para disponer sobre conceptos susceptibles de cuantificación (vgr., importe de indemnizaciones).

Por otra parte, el ámbito de aplicación de la LA (artículo 1.1) alcanza a «los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados de los que España sea parte o en Leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje», con exclusión de los arbitrajes laborales (artículo 1.4 LA), siendo de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras Leyes (artículo 1.3 LA). Consecuentemente, si la LA es de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras leyes, *a fortiori* deberá serlo a un arbitraje *institucional* administrativo incluido en la propia LA, que no lo excluye de su ámbito de aplicación, como sí lo hace del arbitraje laboral. Que la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

reforma utilice el instrumento normativo de la disposición adicional abunda en esta interpretación, ya que las disposiciones adicionales, además de otros supuestos que no son al caso, regulan «[l]os regímenes jurídicos especiales que no puedan situarse en el articulado. El régimen jurídico especial implica la creación de normas reguladoras de situaciones jurídicas diferentes de las previstas en la parte dispositiva de la norma» [directriz 39.a) RTN]; en otras palabras, el arbitraje administrativo aparece como un régimen especial del arbitraje regulado en la LA.

Lo expuesto podrá dar lugar a situaciones de incompatibilidad con el derecho administrativo cuando en el arbitraje administrativo que introduce el Anteproyecto se planteen problemas interpretativos o de integración normativa mediante la analogía, dada su ubicación sistemática extramuros de la legislación administrativa. Por este motivo, sería aconsejable evitar la vinculación del arbitraje administrativo con la LA, y separar ambos arbitrajes, pues el régimen jurídico de esta Ley no podrá ser aplicable a las relaciones jurídico-administrativas en las que están presentes intereses públicos. Habrá que proceder al traslado del arbitraje administrativo a una norma de esta naturaleza –que por coherencia del sistema sería la LRJ-PAC–, pues debe despejarse toda duda acerca de la naturaleza jurídico-administrativa de este arbitraje y su inserción en el sistema de solución de controversias administrativas, con plena aplicación de los principios informadores del Derecho Administrativo. La incompatibilidad entre los principios inspiradores de la LA y el arbitraje administrativo es tal, que ha llevado a la doctrina civilista a considerar materias excluidas del arbitraje por razones de orden público las de naturaleza genuinamente administrativa: tributarias, de función pública, sancionadoras y, en general, las actuaciones administrativas en las que el Estado aparece investido de autoridad, ejerciendo potestades públicas.

B) Notas características del arbitraje administrativo

Del arbitraje administrativo regulado en el Anteproyecto pueden extraerse las siguientes notas distintivas:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

1ª) **Ámbito subjetivo:** en primer lugar, las entidades públicas destinatarias de este arbitraje pertenecen al *sector público estatal* —salvo los consorcios dotados de personalidad jurídica propia—, quedando extramuros las demás Administraciones Públicas y los entes públicos vinculados a ellas.

En segundo término, no se prevé la legitimación de terceros particulares que puedan intervenir en el arbitraje invocando un interés legítimo.

2ª) **Ámbito material:** el arbitraje se extiende a todas las controversias jurídicas *relevantes* e, incluso, a cualquier clase de controversia jurídica sin adjetivar, dependiendo de los sujetos contendientes, aunque con un listado cerrado de materias excluidas.

3ª) **De Derecho:** al tratarse en todo caso de controversias jurídicas, han de ser resueltas conforme a Derecho, lo que excluye el arbitraje de equidad.

4ª) En principio, las controversias han de ser de naturaleza jurídico-administrativas. A favor de considerar que las controversias jurídicas han de ser de Derecho administrativo está: 1º) el propio título del artículo 11 del Anteproyecto —*controversias administrativas*— en su aspecto objetivo, en referencia el derecho aplicable, pues no cabe que se ponga en relación con el aspecto subjetivo— «controversias administrativas» por estar implicados entes de la Administración—, pues a este arbitraje también han de acudir las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público que no son Administración Pública; 2º) los sujetos legitimados, todos ellos pertenecientes al sector público estatal; 3º) la composición conocida de la Comisión que ha de dictar el laudo; y 4º) la referencia a la exclusión de la vía administrativa para solventar las controversias entre entes públicos.

No obstante, esta afirmación no puede hacerse con rotundidad, pues, de una parte, entre las materias excluidas de arbitraje no se hallan las de derecho civil —incluso se incluyen las relativas al ejercicio de acciones civiles derivadas de delitos o faltas (apartado 5, letra a)— o laboral, como sí lo están expresamente las cuestiones de naturaleza estrictamente penal en el apartado 5. Por otro lado, la prohibición de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

que «pueda acudir a la vía administrativa ni jurisdiccional para resolver estas controversias», no tiene porqué explicarse únicamente poniendo en relación directa y sucesiva a la vía administrativa con la jurisdiccional contencioso-administrativa, sino que cabe situar ambas vías en el ámbito que les es propio, y reservar la alusión a la vía jurisdiccional a las jurisdicciones civil y laboral, por lo que las hipotéticas controversias civiles y laborales que se suscitaran entre las entidades públicas estatales habrían de someterse necesariamente a arbitraje administrativo.

5ª) *Ex lege*: la sumisión a arbitraje de las entidades públicas estatales afectadas viene expresamente establecida en la LA.

6ª) Obligatorio y parcialmente excluyente de otras vías de resolución: Las entidades públicas afectadas deben someter a arbitraje determinadas controversias jurídicas con carácter obligatorio. No cabe acudir a otras vías («sin que pueda acudir a la vía administrativa ni jurisdiccional para resolver estas controversias», dispone el apartado 1 respecto a las controversias jurídicas relevantes), ni someterse a ellas si la contraparte lo hiciera. Según la Memoria, la incorporación de las entidades públicas a los sistemas alternativos de controversias supone una renuncia al recurso a la jurisdicción, lo que ha de matizarse, pues en las posibles controversias intra-administrativas o cuando el conflicto de plantee con el órgano de control, el artículo 20 LJC-A excluye por principio la vía judicial.

Ahora bien, hay supuestos en que la Ley admite el recurso a la vía judicial: (1) cuando una Ley autorice expresamente a los órganos de una Administración pública y a los miembros de sus órganos colegiados a interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública; o (2) respecto a Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, cuando una Ley les haya dotado de un estatuto específico de autonomía respecto a la Administración de la que dependan, ex artículo 20 LJC-A. A esto cabe añadir (3) los supuestos de controversias inter-administrativas donde no exista vinculación alguna de dependencia entre los entes implicados.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La exclusión de otras vías de resolución afecta de diferente modo a las controversias que se susciten entre las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público estatal con su Ministerio de tutela, Dirección General de Patrimonio u Organismos o entidades públicas que ostenten la totalidad del capital social o dotación de aquellas, pues deja abierta la posibilidad, a modo de excepción, de «que se establezcan (en el futuro) mecanismos internos de resolución de controversias». La referencia al carácter «interno» del mecanismo de resolución incide en la exclusión del acceso a la jurisdicción respecto a esta clase de conflictos.

El carácter obligatorio del arbitraje y la exclusión del acceso a la jurisdicción —cuando esto último es legalmente posible en los conflictos entre entidades públicas— plantean dudas de constitucionalidad a la vista de la jurisprudencia constitucional que ha tenido la oportunidad de pronunciarse reiteradamente sobre el derecho al proceso —en particular al contencioso-administrativo— de las entidades públicas legalmente legitimadas, como manifestación elemental y presupuesto de todas las demás del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE):

«Este Tribunal tiene declarado en la STC 175/2001, de 26 de julio, que "las personas públicas son titulares, también, del derecho de acceso al proceso", aunque "esta vertiente del artículo 24.1 CE sólo tutela a las personas públicas frente a los Jueces y Tribunales, no en relación con el legislador". "Corresponde a la Ley procesal —se continúa afirmando en la Sentencia— determinar, entonces, los casos en que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que les está encomendado. Lógicamente, aquella tarea de configuración legal ha de ejercerse con sometimiento al ordenamiento constitucional, lo que impide no sólo exclusiones procesales arbitrarias, sino incluso aquellas otras que, por su relevancia o extensión, pudieran hacer irreconocible el propio derecho de acceso al proceso. El alcance limitado del artículo 24.1 CE en relación con las personas jurídico públicas actúa, según venimos diciendo, respecto del legislador, no en relación con el Juez" (F. 8; en el mismo sentido, STC 311/2006, de 23 de octubre, F. 1).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Pues bien, la Diputación Foral de Álava en el caso que nos ocupa goza del derecho de acceso al proceso o a la jurisdicción contencioso-administrativa por expresa atribución del legislador. En efecto, el artículo 1.1 LJCA atribuye a los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo el conocimiento "de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujetas al Derecho Administrativo". Por su parte el artículo 19.1 e) LJCA dispone que están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, entre otras personas jurídico-públicas, "las Entidades locales territoriales, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, así como de los Organismos públicos con personalidad jurídica propia vinculados a una y otras o los de otras Entidades locales". Y, en fin, el artículo 44 LJCA contempla expresamente en el seno del procedimiento contencioso-administrativo los litigios entre Administraciones públicas. Es suficiente el recordatorio de los referidos preceptos de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa para concluir, como el Abogado del Estado pone de manifiesto en su escrito de alegaciones, que en nuestro Ordenamiento la jurisdicción contencioso-administrativa, no sólo tiene por misión controlar la conformidad a Derecho de la actividad administrativa a iniciativa de un ciudadano, sino también resolver los litigios entre Administraciones basados en el Derecho administrativo, de modo que, en lo que ahora interesa, sin adelantar pronunciamiento alguno sobre la queja actora, hemos de afirmar que la Diputación Foral de Álava es titular del derecho fundamental de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa para impugnar actos emanados de la actuación de la Administración del Estado que afecten a su ámbito de autonomía» (STC núm. 26/2008, de 11 febrero, FJ 4).

La jurisprudencia constitucional ha mantenido reiteradamente que la incompatibilidad de la jurisdicción y el arbitraje de derecho privado —que excluye el acceso a los Tribunales de Justicia— no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, porque el acceso a la jurisdicción queda en manos de las partes, que la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

excluyen libre y voluntariamente mediante el convenio arbitral, con posible sumisión a los tribunales si una de ellas interpone demanda y la contraria no se opone mediante declinatoria. Pero esta posibilidad no cabe en el arbitraje administrativo que introduce el Anteproyecto, pues, como se ha señalado, se impone a las partes en conflicto de modo obligatorio, lo que impide completamente el acceso de los Entes públicos implicados a los Tribunales de Justicia.

Finalmente, al limitarse el arbitraje administrativo del párrafo 1º del apartado 1 de esta disposición adicional —aquél en que se ven implicados entidades públicas— a las controversias jurídicas calificadas de *relevantes*, se plantea la duda acerca de si la supresión de las vías administrativa y judicial a que se refiere el mismo párrafo, no afecta a las controversias que sean «no relevantes», es decir, si respecto a estas últimas hay una derogación implícita de las disposiciones generales, citadas *supra*, que dejan fuera de las vías administrativa y judicial a la mayoría de las controversias administrativas.

7ª) Efecto de cosa juzgada: Al no ser la resolución arbitral en ningún caso susceptible de recurso ante los Tribunales de Justicia, estas resoluciones administrativas tendrán efecto de cosa juzgada —al menos en su aspecto negativo— como si de un laudo de derecho privado se tratara.

C) *Tipologías de arbitraje administrativo*

Tal como aparece regulado el arbitraje administrativo en el Anteproyecto, puede esbozarse la siguiente clasificación:

a) Arbitraje vertical, que se produce entre órganos jurídicamente dependientes. Se distinguen dos supuestos

1º) Controversias entre órganos de la Administración General del Estado y las respectivas entidades públicas dependientes o sujetas a tutela pertenecientes a:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- *cualquiera* de los Organismos públicos regulados en el Título III y en la disposición adicional novena de la LOFAGE (Agencia Estatal de Administración Tributaria, Consejo Económico y Social e Instituto «Cervantes»).

- Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.
- Otras Entidades de Derecho público reguladas por su legislación específica que se determinen reglamentariamente.

Son los supuestos del párrafo 1º del apartado 1 de la nueva disposición adicional segunda de la LA.

No se excluyen *ratione personae* las controversias intra-administrativas, salvo las que afecten a órganos de la Administración General del Estado, pertenezcan o no al mismo Ministerio.

2º) Controversias del Ministerio de tutela, Dirección General de Patrimonio u Organismos o entidades públicas que ostenten la totalidad del capital social o dotación, respecto a:

- sociedades mercantiles estatales.
- fundaciones del sector público.

A ellas se refiere el párrafo 2º del apartado 1 de la citada disposición adicional.

b) Arbitraje horizontal entre órganos no jurídicamente dependientes entre sí. Se trata de conflictos entre dos o más de los Entes anteriores (párrafo 1º *in fine* del apartado 1 de la disposición adicional segunda LA), es decir, los citados en la letra a) cuando no haya relación de interdependencia.

La taxonomía detallada de las entidades públicas a las que se ha hecho mención se pospone a la parte del *análisis del articulado* dedicada a los elementos subjetivos del arbitraje administrativo.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

2.4. ARBITRAJE DE EQUIDAD

En palabras del Tribunal Constitucional, el arbitraje de equidad constituye, desde el plano sustantivo, uno de los supuestos excepcionales a los que indirectamente se refiere el artículo 3.2 CC, cuando al hablar de la equidad en la aplicación de las normas jurídicas, sólo autoriza su uso de manera exclusiva en las resoluciones de los Tribunales en el caso de que la Ley expresamente lo permita; constituye la esencia de ese juicio ser personal, subjetivo, de pleno arbitrio, sin más fundamento que el leal «saber y entender» del árbitro (STC n.º 43/1988, de 16 de marzo, FJ 5).

El Anteproyecto suprime el arbitraje de equidad en los arbitrajes internos, lo que su EM II justifica en estos términos:

«Otras modificaciones de la Ley de Arbitraje buscan incrementar tanto la seguridad jurídica como la eficacia de estos procedimientos a la vista de la experiencia de estos últimos años. En esa línea se restringe el arbitraje de equidad, lógicamente sin afectar al ámbito específico del arbitraje de consumo, que cuenta con una regulación propia.»

Esta afirmación se concreta en la Memoria, donde se afirma que la exclusión del arbitraje de equidad se produce a la vista de la práctica que ha generado y que se ha traducido en la frecuente anulación de tales laudos por nuestros tribunales. Además la EM considera que la *mediación* propicia que este tipo de arbitraje se traslade a dicha institución, donde el acuerdo descansa en las partes y encuentra su lugar la figura del amigable componedor. De este modo, continúa la EM, se potencia la idea del arbitraje como solución alternativa cuasi-jurisdiccional de conflictos que, sin perjuicio de la necesaria ponderación de la equidad en su aplicación, debe sustentarse necesariamente en Derecho.

El arbitraje de equidad está actualmente limitado en la LA «a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente, ya sea a través de una remisión literal a la "equidad", o a términos similares como decisión "en conciencia", "ex



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

aequo et bono", o que el árbitro actuará como "amigable componedor". No obstante, si las partes autorizan la decisión en equidad y al tiempo señalan normas jurídicas aplicables, los árbitros no pueden ignorar esta última indicación» (EM VII).

La reforma va en este punto en la misma línea seguida por la vigente LA, que invirtió la regla que contenía la *Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje*, a favor del arbitraje de equidad, para dar preferencia al arbitraje de derecho en defecto de acuerdo de las partes, optando de este modo por la orientación más generalizada en el derecho comparado.

De la exclusión del arbitraje de equidad se salva, además del arbitraje internacional, el arbitraje de consumo, con un régimen propio del que es supletorio el de la LA, conforme a su disposición final única, que de prosperar la reforma pasará a ser la disposición adicional primera.

2.5. ARBITRAJE SOCIETARIO

No resulta una novedad en nuestro derecho la figura del arbitraje societario o *estatutario* (así lo califica la Memoria), como instrumento para resolver los conflictos que puedan surgir entre la sociedad y los socios, entre los mismos órganos de administración de las sociedades anónimas, o entre unos y otros, exigiendo la inclusión de la cláusula de compromiso en los estatutos sociales. Admitido por la doctrina mayoritaria, la jurisprudencia ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto en relación con la LA de 1988, doctrina que es aplicable al régimen vigente de arbitraje. La Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo n.º 776/2007, de 9 julio, declara que

«A) Durante una larga etapa, la opinión mayoritaria de la doctrina mercantil, avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 15 de octubre de 1956, 27 de enero de 1988 SIC, 21 de mayo de 1970 y 15 de octubre de 1971) entendió que el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de los acuerdos sociales impide someter a arbitraje



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

su validez y sólo eran admitidas las cláusulas arbitrales contenidas en los estatutos sociales en las que se hacía una salvedad respecto de las acciones de impugnación de acuerdos sociales (RDGRN de 27 de abril de 1989).

La Sentencia de 18 de abril de 1998 siguiendo el precedente sentado por la RDGRN de 19 febrero de 1998, reflejó un importante cambio doctrinal al declarar que, en principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral, la nulidad de la junta de accionistas y la impugnación de los acuerdos sociales; sin perjuicio de que, si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre él, so pena de ver anulado total o parcialmente el laudo, pues el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de los acuerdos sociales no empece su carácter negocial y, por tanto, dispositivo.

De esta doctrina se desprende que los Estatutos, como negocio constitutivo que tiene su origen en la voluntad de los fundadores, pueden contener un convenio arbitral para la resolución de controversias de carácter social, el cual, manteniendo el carácter de regla accesorio a los estatutos o paraestatutario, se independiza de la voluntad de los fundadores para pasar a ser una regla orgánica más, y vincular no sólo a los firmantes, sino, mediante su inscripción en el Registro Mercantil, en virtud del principio de publicidad registral, a los socios presentes y futuros, en cuanto constituye uno de los elementos que configuran la posición de socio, de forma análoga a como admitía el artículo 163.1.b de la Ley de Cooperativas [LC] de 2 de abril de 1987, en precepto incorporado a la disposición adicional décima, apartado 2, de la LC vigente.

B) En virtud del principio Kompetenz-Kompetenz, recogido expresamente en la vigente LA -no aplicable al caso controvertido por razones temporales-, la nulidad del contrato o instrumento, en este caso los Estatutos sociales, en los que se contenga el convenio arbitral, no comporta por sí misma la nulidad de éste, que debe operar, para salvaguardar la competencia de los árbitros, como un convenio independiente, cuya validez



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

debe enjuiciarse con sumisión a los requisitos específicos que le son exigibles, con independencia del juicio que merezca la solicitud de declaración de nulidad de aquel acto o instrumento en que se contiene, pues anticipar un juicio de nulidad sobre el negocio jurídico en su conjunto y extenderlo a la cláusula arbitral comportaría, como dice la parte recurrente, incurrir en una petición de principio.

(...)

La conclusión a que debe llegarse es que la modificación de los estatutos de una sociedad que comporte una sumisión a arbitraje para resolución de los conflictos sociales o una ampliación de su ámbito objetivo, en cuanto comporta una forma de restricción o limitación del derecho a la tutela judicial efectiva que puede hacerse valer por la vía del amparo, según la jurisprudencia constitucional que acaba de exponerse, exige el requisito de la aceptación de los afectados.» (FJ 3º)

En nuestra legislación pueden citarse como precedentes de arbitraje societario: (1) el *Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (RRM)*, prevé en su artículo 114.2.c) que podrán constar en las inscripciones de las sociedades anónimas «[e]l pacto por el que los socios se comprometen a someter a arbitraje las controversias de naturaleza societaria de los socios entre sí y de éstos con la sociedad o sus órganos», y en los mismos términos el artículo 175.2 c) respecto a las sociedades de responsabilidad limitada; (2) el apartado 2 de la disposición adicional décima de la *Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas*, no excluye la posibilidad de someter al arbitraje de derecho regulado por la LA de 1988 los acuerdos sociales, dado su carácter negocial y dispositivo, como tampoco las pretensiones de nulidad de la Asamblea General, ni la impugnación de acuerdos asamblearios o rectores; sí se excluye, conforme a los principios generales, que el árbitro pueda pronunciarse sobre aquellos extremos que estén fuera del poder de disposición de las partes; (3) asimismo, la *Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales*, prevé en el artículo 18 (*cláusula de arbitraje*) que el contrato social pueda establecer que las controversias derivadas del mismo que surjan entre los socios, entre socios y administradores, y entre cualesquiera de éstos y la sociedad, incluidas las relativas a separación, exclusión y



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

determinación de la cuota de liquidación, sean sometidas a arbitraje, de acuerdo con las normas reguladoras de la institución.

La reforma da nuevo contenido a los artículos 119 y 122 LSA, para introducir el arbitraje como medio de impugnación de acuerdos sociales alternativo al proceso judicial. Como la sumisión de las futuras cuestiones litigiosas a arbitraje ha de ser voluntaria, se exige que la cláusula de compromiso conste en los estatutos sociales originarios (artículo 119.1 LSA) o bien sea introducida en los ya existentes mediante acuerdo de todos los socios (artículo 119.2 LSA). Será por tanto una manifestación de la autonomía de la voluntad la inclusión de esta cláusula en la escritura de constitución, en la parte dedicada a los estatutos sociales que han de regir el funcionamiento de la sociedad, siempre que los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad anónima (artículo 10 LSA). Y en cuanto a la modificación de los estatutos, la reforma es acorde con el artículo 145 LSA, en cuya virtud cualquier modificación de los estatutos que implique nuevas obligaciones para los accionistas deberá adoptarse con la aquiescencia de los interesados, lo que ocurre con la incorporación a los estatutos de la cláusula de compromiso.

La imposición de la cláusula arbitral a los nuevos socios no supone más que otorgar a la misma la misma naturaleza jurídica y eficacia que al resto de cláusulas estatutarias, que vinculan a futuros socios y a administradores —sean o no socios— que mediante su ingreso en la sociedad manifiestan su voluntad de cumplir las cláusulas estatutarias debidamente inscritas.

En cuanto a los terceros que acrediten un interés legítimo (*vid.* artículo 117 LSA), un sector de la doctrina entiende que ni estarán legitimados para invocar la cláusula de compromiso, ni están vinculados a ella al no tener la condición de accionistas, por lo que no se les podría oponer la cláusula arbitral. Para evitar incertidumbres en este punto, convendría aclarar si la publicidad registral de los estatutos sociales permite la oponibilidad de la cláusula arbitral a terceros, lo que impediría que éstos pudieran plantear un proceso judicial sobre el mismo objeto.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

El compromiso arbitral sólo comprenderá la decisión de someter la impugnación de los acuerdos a arbitraje, pero no de aquello que queda fuera del poder de disposición de los socios, como la legitimación para impugnar o la caducidad de la acción.

Otra particularidad que introduce la reforma consiste en que la administración del arbitraje y la designación de los árbitros habrán de encomendarse a una institución arbitral (artículo 119.1 LSA).

La reforma también regula los efectos en el Registro Mercantil del laudo dictado por los árbitros (artículo 122 LSA), sobre lo que se volverá más adelante al analizar los efectos del arbitraje societario.

Por último, este régimen será de aplicación a otras formas societarias, como la sociedad de responsabilidad limitada, por remisión al régimen de la LSA en lo relativo a impugnación de los acuerdos de la Junta General (artículo 56 de la *Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada*).

2.6. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA SUMISIÓN A ARBITRAJE

Dos son los efectos que produce el convenio arbitral: positivo y negativo (artículo 11 LA). El efecto positivo consiste en la obligación de las partes de cumplir lo estipulado; en concreto, dicho efecto supone la facultad de cualquiera de las partes de instar el arbitraje y de someter a las demás a la solución que el árbitro dé a la controversia. El efecto negativo impide que los Tribunales de Justicia conozcan de las cuestiones litigiosas objeto del convenio arbitral.

Estos efectos, empero, quedan a disposición de las partes: el positivo, porque las mismas podrían de común acuerdo no cumplir lo estipulado; y el negativo, porque una de ellas puede acudir a los tribunales y, en tal caso, es necesario que la otra haga valer el efecto negativo, su oposición mediante declinatoria a la vía judicial elegida por el actor. Si el demandado no hace uso de la declinatoria, se entenderá



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

que renuncia a hacer valer el efecto negativo del convenio arbitral, y aunque el convenio no se extinga, porque podrían surgir otras controversias, esa concreta controversia será juzgada por los tribunales y no por árbitros.

Hecha esta recapitulación tomada de la mejor doctrina, procede enfocar el tratamiento procesal que la reforma concede al convenio arbitral. Por un lado, el artículo 2 del Anteproyecto (*excepción de arbitraje*) modifica el artículo 11 LA; y por otra parte, la disposición final cuarta da nueva redacción a los artículos 39, 65.2 y 66.1 LEC. Entre ambas se altera significativamente la relación entre sumisión a arbitraje y proceso: en el artículo citado, mediante la regulación positiva de la excepción de arbitraje; y en la disposición final cuarta, con la supresión en la LEC de toda referencia al arbitraje en la declinatoria por falta de jurisdicción.

En términos de la EM IV y, casi idénticos, de la Memoria:

«La reforma de los artículos 39, 65 y 66 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene por objeto sustituir el tratamiento dentro de la declinatoria del arbitraje por el de una excepción procesal. Esta modificación está ligada a la reforma que también se hace del artículo 11 de la Ley de Arbitraje. De esta forma, la existencia de un convenio arbitral supone una excepción que enerva una posible acción ante un tribunal, la cual no debe tratarse como una falta de jurisdicción o competencia que haya de ponerse de manifiesto mediante declinatoria. La jurisdicción es un presupuesto procesal, siempre analizable de oficio y cuya falta origina la nulidad de lo actuado. La excepción de arbitraje es un óbice u obstáculo procesal, que sólo pueden oponer las partes y que si no lo hacen el tribunal seguirá conociendo de un litigio para el que tiene jurisdicción.»

Los tratamientos procesales que las Leyes de enjuiciamiento civil han dado a la sumisión a árbitros han sido los siguientes:

a) *Excepción procesal* de la LEC 1881, prevista como *dilatoria* exclusivamente en el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía. El artículo 533.8º



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de este cuerpo legal contemplaba como excepción dilatoria la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje. Las excepciones dilatorias debían proponerse dentro de seis días, contados desde el siguiente al de la notificación de la providencia dando traslado para contestar a la demanda (artículo 535). De este escrito se daba traslado por tres días al actor, sustanciándose y decidiéndose el artículo en la forma establecida para los incidentes (artículo 537). El auto resolviendo sobre las excepciones dilatorias era apelable, que en caso de ser desestimatorio de la excepción, lo era en un solo efecto, sin suspensión del proceso que continuaba hasta la sentencia (artículo 538). Notificada al demandado la desestimación de las excepciones dilatorias, disponía de diez días para contestar a la demanda (artículo 539).

Si el demandado no planteaba la excepción en ese trámite, nada le impedía hacerlo con posterioridad en la contestación a la demanda como *excepción procesal perentoria*, resolviéndose en este caso en sentencia junto con la cuestión principal del pleito, al no producir el efecto de suspender el curso de la demanda (artículos 535, 542 y 544).

En cuanto al juicio declarativo ordinario de menor cuantía, la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje había de formularse necesariamente como perentoria y resolverse en la sentencia (artículo 687 LEC 1881). La parte demandada podía formular la excepción en la contestación a la demanda y, tras ello, contestar en cuanto al fondo sin que tal proceder significara sumisión o aceptación de la jurisdicción ordinaria, pues sólo de este modo se garantizaba la posibilidad de que la parte demandada, oponiendo la excepción y contestando en cuanto al fondo, no perdiera oportunidades procesales ni padeciera indefensión, según doctrina jurisprudencial consolidada de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (cfr., entre las más próximas, las Sentencias n.º 284/2007, de 6 marzo, n.º 741/2007, de 2 de julio, 818/2007, de 10 de julio, 865/2007, de 18 de julio).

b) *Declinatoria de jurisdicción* en la LEC vigente. El apartado XX de la EM de la Ley 1/2000 expresa que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

«La modificación del artículo 11 de la Ley de Arbitraje viene exigida por el cambio en el tratamiento procesal de la jurisdicción que la presente Ley opera. Pero, además, ha de contribuir a reforzar la eficacia de la institución arbitral, pues será posible, en adelante, que la sumisión a árbitros se haga valer dentro del proceso judicial de modo que el tribunal se abstenga de conocer al comienzo, y no al final, de dicho proceso, como ocurría a consecuencia de configurar como excepción dilatoria la alegación de compromiso.»

La nueva LEC, además del objetivo general de unificar en la declinatoria la dispersión del tratamiento procesal de la jurisdicción y la competencia —en la LEC 1881 con instrumentos tales como la declinatoria, la inhibitoria y la excepción procesal—, trató de evitar, fundamentalmente, que al final de la primera instancia fuera el momento de resolver las excepciones procesales —incluida la de arbitraje— planteadas como perentorias, con la posibilidad de que fueran estimadas, produciendo un efecto altamente pernicioso la declaración de ineficacia de todo lo actuado.

Ciertamente, la declinatoria en cuanto a su contenido no se diferencia de posibles excepciones procesales, pues persigue no tanto librarse de una sentencia o laudo condenatorio, como situar el asunto litigioso ante el Tribunal de Justicia o arbitral al que corresponda conocer.

En la reforma subyace, pues, una concepción doctrinaria del arbitraje, que se traduce en la opción del pre-legislador a favor de la excepción procesal, en detrimento de la declinatoria, al entender que la sumisión a arbitraje es un óbice procedimental que no afecta al presupuesto de la jurisdicción. En la EM se vinculan claramente, en primer lugar, la jurisdicción como presupuesto del proceso y su apreciación de oficio; y, en segundo lugar, la excepción de arbitraje como óbice u obstáculo procesal, que sólo pueden oponer las partes.

Este planteamiento es criticable por varias razones: en primer lugar, porque un presupuesto procesal como es la jurisdicción internacional civil —también



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

denominada *competencia internacional*— de los tribunales españoles, no es en todo caso apreciable de oficio, ya que existen fueros internacionales disponibles para las partes y, por tanto, susceptibles de sumisión del demandado, único legitimado para oponerse al fuero elegido por el actor; en segundo lugar, porque es discutible que la sumisión a arbitraje no afecte a la jurisdicción como presupuesto procesal, pues la sumisión a arbitraje es un *prius* que impide la viabilidad del proceso, ya que las partes han convenido excluir el litigio de la jurisdicción de los tribunales; en tercer lugar, porque configurada procesalmente la renuncia tácita al arbitraje como forma de *sumisión* a los órganos judiciales, tanto del actor —al presentar la demanda— como del demandado —al no invocar el convenio arbitral—, el tratamiento procesal ha de ser el mismo que el de la jurisdicción o competencia cuando cabe sumisión, es decir, el mecanismo de la declinatoria; y, finalmente, porque la excepción procesal dilatoria rompe la unidad de tratamiento procesal establecida en la LEC, introduciéndose en la LA una institución sin parangón en Ley procesal general.

Enlazando con esto último, desde el punto de vista de técnica legislativa parece incorrecto que el tratamiento de una excepción que se va a plantear y sustanciar en un proceso civil, no se regule en la LEC —que no contempla este régimen para el tratamiento de las cuestiones procesales, que han de serlo por el cauce de la declinatoria o posponerse a la audiencia previa o a la vista en el juicio verbal—, sino que haya que buscarlo en un cuerpo legal dedicado al arbitraje.

2.7. RELACIÓN DE LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE CON EL PROCESO CONCURSAL

El Anteproyecto en el apartado dos de la disposición final quinta modifica el artículo 52.1 LC, relativo a la declaración de concurso y su relación con los acuerdos sobre mediación y los convenios arbitrales. Para la mejor comprensión del alcance de la reforma y de sus efectos, conviene detenerse en la exposición del régimen vigente, para acto seguido pasar a la regulación del Anteproyecto



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

2.7.1. Invalidez e ineficacia actual de los convenios arbitrales durante la tramitación del concurso

Los artículos 52 y 53 LC son actualmente del siguiente tenor:

«Artículo 52. *Procedimientos arbitrales.*

1. Los convenios arbitrales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales.

2. Los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza del laudo, siendo de aplicación las normas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo anterior.»

«Artículo 53. *Sentencias y laudos firmes.*

1. Las sentencias y los laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso vinculan al juez de éste, el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda.

2. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de la acción que asiste a la administración concursal para impugnar los convenios y procedimientos arbitrales en caso de fraude.»

Como ha manifestado la mejor doctrina, la invalidez e ineficacia provisional de los convenios (artículo 52.1 LC) no afecta a los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso, que continúan hasta la «firmeza» del laudo —el entrecomillado se debe a que el Anteproyecto suprime la referencia a la firmeza del laudo en la LA, aunque la mantiene en la LC—, del mismo modo que los juicios declarativos que estuvieran pendientes a la fecha de la declaración de concurso, que continúan hasta la firmeza de la sentencia (artículo 51.1, inciso primero LC), siendo de aplicación a los procedimientos arbitrales las normas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo anterior (supuestos de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

sustitución en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, y de intervención) (artículo 52.2 LC), ni tampoco a los laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso, que vinculan al juez de éste, el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda (artículo 53.1 LC), sin perjuicio de la acción que asiste a la administración concursal para impugnar los convenios y procedimientos arbitrales en caso de fraude (artículo 53.2 LC).

Ahora bien, los efectos de la declaración judicial de concurso sobre juicios y arbitrajes en tramitación no coinciden plenamente: en el caso de los procedimientos judiciales, el juez del concurso puede optar por la acumulación de esos procedimientos al juicio universal de concurso, cuando estime que la resolución de los mismos puede tener trascendencia sustancial para la masa activa o para la masa pasiva (artículo 51.1, segundo inciso, LC); en el caso de los procedimientos arbitrales en curso no existe esta posibilidad de acumulación, pues los tribunales de justicia carecen de jurisdicción para conocer de la cuestión sometida a arbitraje.

Una vez firme el laudo, sus pronunciamientos vinculan al juez del concurso, quien, no obstante, dará a las resoluciones firmes recaídas el tratamiento concursal que corresponda (artículo 53.1 LC). No obstante, ello no significa que el laudo arbitral impugnado carezca de relevancia en el proceso concursal, pues el crédito reconocido por el mismo debe incluirse necesariamente en la lista de acreedores, aunque sea con carácter provisional (artículo 86.2 LC).

Constituye una idea básica del proceso concursal que la declaración de concurso produce un efecto paralizador de las iniciativas procesales individuales de los acreedores del deudor, que se produce en la fase de ejecución, porque la igualdad de posición jurídica de los acreedores hay que referirla al momento propiamente ejecutivo y de satisfacción del crédito al ejecutante, momento en el que ha de quedar ya sometido a la disciplina común impuesta en el expediente. Por eso no hay obstáculo para la iniciación de juicios declarativos contra el deudor después de la declaración de concurso, aunque con la particularidad de que, si entran dentro del ámbito de la jurisdicción y competencia del juez que conoce del mismo (artículo 8



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

LC), la parte promotora habrá de usar de su derecho ante él y por los trámites señalados para el incidente concursal (artículo 50, en relación con el artículo 192.1, II LC), civil o laboral, según la materia de que se trate; ni tampoco para la continuación de los procesos (y de los procedimientos arbitrales) que en ese momento se encuentren pendientes ante juez diferente, que proseguirán su tramitación ante el mismo órgano judicial —en primera instancia y en vía de recurso— hasta la firmeza de la sentencia o el dictado del laudo, sin perjuicio de su posible acumulación al concurso (de los procesos, no de los procedimientos arbitrales).

La ineficacia de los convenios arbitrales pendientes en el momento de la declaración de concurso (artículo 52.1 LC) es una consecuencia más de este principio: si el convenio arbitral mantuviera su eficacia (procesal) y pudiera iniciarse con fundamento en el mismo un procedimiento arbitral frente al deudor ya declarado en concurso para resolver un conflicto civil o mercantil que entra dentro de la jurisdicción o competencia exclusiva del juez del concurso, se estaría violando la norma del artículo 50.1 LC; no tanto por haberse iniciado un procedimiento con posterioridad a la declaración de concurso sobre una materia que entra dentro de las competencias exclusivas del artículo 8 LC, que es posible, como porque el mismo deberá plantearse ante los árbitros, no ante el juez del concurso, a quien el mantenimiento de la eficacia del convenio privaría de jurisdicción.

Salvo las acciones que quedan sustraídas por mandato legal a la competencia objetiva del juez del concurso —las previstas en el artículo 8 LC— a las que no es aplicable el artículo 52.1 LC y pueden ejercitarse ante el juez civil competente o, en su caso, ante el árbitro o colegio arbitral, las demás acciones civiles y mercantiles deben ejercitarse necesariamente ante el juez del concurso —y, por tanto, queda excluido el arbitraje, siendo aplicable el artículo 52.1 LC— siempre que reúnan las dos características previstas en la Ley para que entren dentro del ámbito de su competencia: tener «trascendencia patrimonial» y dirigirse «contra el patrimonio del concursado». El concepto de acciones civiles con trascendencia patrimonial engloba las pretensiones de tutela jurídica con contenido económico, porque sólo ellas pueden afectar a la masa activa o pasiva del concurso y, en



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

consecuencia, sólo respecto de ellas está justificada la competencia del juez que conoce del mismo.

Si los convenios arbitrales quedan «sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso», se está ante una ineficacia sólo temporal de los mismos (hasta que el concurso concluya por alguna de las causas legalmente previstas) y limitada (a los arbitrajes sobre materias atribuidas a la competencia del juez del concurso), que no cabe calificar en sentido estricto de invalidez (porque el convenio es válido y eficaz para resolver determinadas controversias) y siempre que el procedimiento arbitral no haya comenzado cuando se declara el concurso. Ineficacia temporal que sólo devendrá operativa en el caso de que se inicie un procedimiento arbitral contra el deudor después de la declaración de concurso.

Durante la tramitación del concurso (a partir del momento en que se dicta el auto de declaración) no podrá iniciarse ningún procedimiento de esta naturaleza «en que sea parte el deudor» ni podrá invocarse el convenio arbitral en un proceso judicial como fundamento de la declinatoria por sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje (cfr. artículo 39 LEC), a salvo lo que puedan disponer los tratados internacionales ratificados por España.

Esta privación temporal al convenio de «valor y efecto» que pueda iniciarse, abre al acreedor la vía judicial frente al deudor concursado ante el juez del concurso y por el cauce del incidente concursal (cfr. el artículo 50.1 LC, en relación con el artículo 192.1, II LC), sin que el demandado pueda plantear la declinatoria sobre la base de un convenio arbitral que está privado de eficacia.

La continuación hasta la firmeza del laudo de los procedimientos arbitrales en tramitación en el momento de la declaración de concurso, no es sino el traslado a estos procedimientos de la norma general prevista para los procesos judiciales en el artículo 51.1 LC «[l]os juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia»). La única excepción, por lo demás, totalmente lógica por tratarse de procedimientos arbitrales, es la norma de acumulación de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

estos procedimientos al concurso por ser de la competencia del juez concursal según lo previsto en el artículo 8 LC (artículo 51.1 LC).

En lo que respecta a la vinculación del juez del concurso a los laudos «firmes» que sanciona el artículo 53.1 LC, se produce con independencia de que la firmeza la hayan adquirido antes de la declaración de concurso o con posterioridad, en virtud de la norma que ordena continuación de los procesos arbitrales pendientes (artículo 52.2 LC). En ambos casos, dice el precepto, el juez del concurso debe dar a las resoluciones dictadas (laudos incluidos) el tratamiento concursal correspondiente, en la masa activa o pasiva del concurso. El juez del concurso está vinculado a los laudos «firmes» porque también éstos producen eficacia de cosa juzgada (artículo 43 LA). El tratamiento concursal que corresponda al laudo deberá ser el que se ajuste al contenido de la resolución arbitral, teniendo en cuenta el carácter patrimonial y la universalidad del concurso: así, puede ser el reconocimiento de un crédito frente al concursado, o una resolución que disponga la inclusión o exclusión de bienes del patrimonio del deudor. El crédito reconocido en un laudo «firme» adquiere el carácter de incontrovertido y será incluido necesariamente en la lista de acreedores; por supuesto siempre que ello sea posible porque la administración concursal todavía no haya presentado su informe con la *lista de acreedores* en cuestión (artículos 74 y 75 LC). No obstante, esta inclusión necesaria en la lista de acreedores debe hacerla la administración concursal aunque el laudo no haya adquirido firmeza (artículo 86.2 LC), aunque en este caso sin el carácter de incontrovertido y, por tanto, provisionalmente. Si antes del momento preclusivo para presentar el informe con la lista no se hubiera dictado el laudo, el crédito correspondiente podrá ser comunicado y reconocido por la administración concursal, pero también rechazado (artículos 85 y 86 LC). Por supuesto, el crédito reconocido será incluido en la lista con la calificación que le corresponda (privilegiado, ordinario o subordinado) o con la que, en su caso, se le reconozca en el laudo «firme», si esta cuestión formó parte de la controversia por él decidida.

En los procedimientos arbitrales *instados por el deudor con posterioridad a la declaración del concurso*, en el supuesto de que se admita que no les afecta la suspensión del convenio arbitral del artículo 52.1 LC, no hay razón para que el laudo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

no pueda ser ejecutado con el fin de incorporar lo obtenido a la *masa activa del concurso*, ya que el artículo 76.1 LC incluye dentro de ella los bienes que el concursado «adquiera hasta la conclusión del procedimiento». Por lo demás, esta ejecución se solicitará ante el juez competente, que no será el del concurso, porque su competencia sólo se extiende a las ejecuciones seguidas contra el deudor concursado.

En cualquier caso, la vinculación del juez del concurso a los laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso se entiende sin perjuicio del reconocimiento a la administración concursal de la acción «para impugnar los *convenios y procedimientos arbitrales* en caso de fraude» (artículo 53.2) —no en cambio los *laudos*— que deberá ejercitar dentro del plazo para emitir su informe y por el cauce del juicio ordinario (cfr. artículo 86.2 LC) ante el juez que sea competente conforme a las reglas generales. Se trata, por tanto, de una acción autónoma, cuyo reconocimiento hay que ponerlo en relación con la obligación que se impone a la administración concursal de incluir («necesariamente») en la lista de acreedores los créditos reconocidos por laudo (artículo 86.2), y tiene por finalidad conseguir la exclusión del concurso de los créditos que la administración concursal considere fraudulentos.

2.7.2. Intrascendencia de la declaración de concurso en los acuerdos sobre mediación y convenios arbitrales

La redacción que propone el Anteproyecto del artículo 52.1 LC es como sigue

«La declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los acuerdos sobre mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado.»

La EM III justifica la reforma en estos términos:

«Por otro lado, ligada a la reforma de la Ley de Arbitraje se encuentra la reforma del artículo 52.1 de la Ley Concursal. La nueva redacción se



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

adapta a las soluciones comunitarias en la materia y elimina la incoherencia existente hasta la fecha entre los dos apartados del artículo 52. Se pretende con ella mantener la vigencia del convenio arbitral siempre que se proyecte sobre meras acciones civiles que, pese a que pudieran llegar a tener trascendencia patrimonial sobre el deudor concursal, podrían haberse planteado con independencia de la declaración del concurso. Es el caso, entre otras, de las acciones relativas a la existencia, validez o cuantía de un crédito, las destinadas al cobro de deudas a favor del deudor, las acciones reivindicatorias de propiedad sobre bienes de un tercero en posesión del deudor concursal, los litigios relativos a planes de reorganización concluidos entre el deudor y sus acreedores antes de la declaración de apertura.»

La Memoria añade que a estos efectos se equiparan los acuerdos de mediación a los convenios arbitrales suscritos por el concursado.

En relación con la reforma han de hacerse las siguientes observaciones:

a) La reforma cambia diametralmente la regla de validez y eficacia de los convenios arbitrales suscritos por el concursado que no hayan dado lugar a un procedimiento arbitral que se encuentre en tramitación al declararse el concurso: se pasa en este supuesto de negar validez y eficacia al convenio arbitral mientras dure el concurso, a no verse afectado por la declaración del concurso (como tampoco los acuerdos de mediación).

b) La indemnidad de los convenios arbitrales tendrá las siguientes consecuencias:

1ª) Si una de las razones de la regulación actual es que no siendo posible al juez del concurso conocer de los futuros procedimientos arbitrales —como sí es competente para conocer de los futuros procesos judiciales—, se producirá una situación diferente en los procedimientos no incoados a la declaración del concurso, dependiendo del cauce de resolución del litigio, pues unos se tramitarán por el juez del concurso (las demandas posteriores a la declaración del concurso), mientras que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

otros quedaran fuera de su control (los arbitrajes que se inicien con posterioridad a esa declaración).

2ª) Como podrán iniciarse procedimientos arbitrales con posterioridad a la declaración del concurso, los laudos que les pongan fin podrán reconocer un derecho a favor del acreedor que se incluirá en la masa pasiva del concurso. Esto podrá determinar una modificación de la calificación del crédito si antes del laudo hubiera sido presentado por el acreedor; sin embargo, como ya se ha señalado, este efecto no es nuevo y se produce en la actualidad ante los laudos dictados en procedimientos arbitrales iniciados con *anterioridad* a la declaración del concurso, que no se suspenden.

3ª) En los procesos judiciales que se pretendiera entablar sobre la materia sometida a arbitraje cabrá oponer por el demandado la excepción de compromiso. En la regulación actual la suspensión de la eficacia del convenio arbitral impide la alegación del compromiso mediante declinatoria.

4ª) En cuanto a los «acuerdos de mediación», el empleo de esta expresión puede dar lugar a equívocos, pues tanto puede referirse al pacto por el que los sujetos deciden someter la cuestión a mediación, como al acuerdo adoptado que resulte de ella. A la primera de las interpretaciones conduce que esa expresión se coloque junto a los «convenios arbitrales suscritos por el concursado», por lo que «acuerdos de mediación» serán los pactos de sometimiento a mediación y no los acuerdos que de ellos puedan resultar. A ese *pacto* hace referencia el Anteproyecto LM en el artículo 8.3:

«Cuando entre las partes en conflicto exista una cláusula por escrito, incorporada en un contrato o en acuerdo independiente, que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir en su relación, se iniciará el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste.»



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Sin embargo, a favor de la segunda de las interpretaciones juega la literalidad del Anteproyecto LM, que emplea la expresión «acuerdo de mediación» exclusivamente para aludir al acuerdo alcanzado tras el procedimiento de mediación, es decir, a lo que representa el laudo en el arbitraje (cfr. artículos 28 y cc. Anteproyecto LM.). En esta interpretación lo acordado en mediación no tiene encaje en el artículo 52.1 LC, por lo que en evitación de equívocos habría que aludir al pacto de mediación.

Y sobre el acuerdo de mediación, si se pretende que tenga los mismos efectos que el laudo habrá de ser mencionado en el artículo 53.1 LC a fin de vincular al juez del concurso.

2.8. MEDIACIÓN EN EL MARCO DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Ya se ha apuntado en este informe que el Anteproyecto se tramita en paralelo con el Anteproyecto LM, lo cual no significa que el primero sea completamente ajeno a la figura de la mediación. Sin perjuicio de las materias concretas relacionadas con esta figura que se verán más adelante en el *análisis del articulado*, importa destacar ahora la introducción de la mediación en el proceso contencioso-administrativo.

Las modificaciones del proceso contencioso-administrativo son objeto de la disposición final tercera del Anteproyecto, que modifica la LJC-A con el objetivo de «reforzar la aplicación de los sistemas alternativos de resolución de conflictos en el ámbito de las Administraciones Públicas» (Memoria).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

2.8.1. Previsión actual de la posibilidad de acuerdo de las partes que ponga fin a la controversia en el proceso contencioso-administrativo

El artículo 77 LJC-A prevé que en los procedimientos en primera o única instancia el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, *pueda* someter a la consideración de las partes, además del reconocimiento de hechos o documentos, la *posibilidad* de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad. El intento de conciliación no suspende el curso de las actuaciones, salvo que todas las partes personadas lo soliciten. El momento preclusivo en que puede producirse la conciliación es la declaración del pleito concluso para sentencia, lo que significa que esta modalidad de transacción judicial cabe en cualquier momento anterior.

Los representantes de las Administraciones públicas demandadas necesitarán la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de aquéllos.

En caso de acuerdo entre las partes que implique la desaparición de la controversia, el Juez o Tribunal dicta un auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros.

La EM VI de la LJC-A justifica esta novedad en los siguientes términos:

«En la línea de procurar la rápida resolución de los procesos, la Ley arbitra varias facultades en manos de las partes o del órgano judicial, tales como la posibilidad de iniciar el recurso mediante demanda en algunos casos, la de solicitar que se falle sin necesidad de prueba, vista o conclusiones o la de llevar a cabo un intento de conciliación. Del criterio de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

los Jueces y Magistrados y de la colaboración de las partes dependerá que estas medidas alcancen sus fines.»

Como puede verse, se trata de una transacción judicial enmarcada en un incidente de conciliación, por la cual las partes llegan a un acuerdo sobre materias disponibles que ponen fin al proceso con efectos de cosa juzgada. El acuerdo ha de ser homologado por el Juez o Tribunal mediante auto, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros: «es consustancial a la transacción judicial la iniciativa del Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, y que el convenio alcanzado por los litigantes sea homologado por el órgano jurisdiccional para lo que es requisito necesario que no sea manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros» (Auto de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de noviembre del 2001).

Esta posibilidad es el trasunto en sede procesal de la *terminación convencional* del procedimiento administrativo. El artículo 88 LRJ-PAC admite que las Administraciones Públicas celebren acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.

Por otra parte, ya se ha observado *supra* que el artículo 107.2 LRJ-PAC permite que las leyes puedan sustituir los recursos de alzada y de reposición —en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique—, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o Comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas. En cuanto a las reclamaciones



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

económico-administrativas, han de ajustarse a los procedimientos establecidos por su legislación específica.

Como señala la doctrina, no existe norma alguna que determine qué materias en concreto pueden ser objeto de transacción o conciliación, salvo la referencia a la estimación de cantidad; sin embargo, esto no ha impedido que sean susceptibles de serlo determinadas materias, entre las que se citan la contratación pública, las reclamaciones de cantidad, la gestión de los servicios públicos, las licencias de autorizaciones y permisos, la expropiación forzosa —el artículo 24 LEF prevé la posibilidad de acuerdo entre la Administración y el particular sobre la adquisición de los bienes o derechos que son objeto de expropiación, el cual dará por concluido el expediente iniciado (*vid.* asimismo la STS 3ª de 15 de marzo de 1997)—, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas —el artículo 8 del *Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial*, admite que el órgano competente pueda acordar con el interesado la terminación convencional del procedimiento mediante acuerdo indemnizatorio— y, en general, a materias de personal o funcionarios.

Por el contrario, la doctrina sostiene que quedarían excluidas aquellas materias cuyo interés público trascienda de la concreta controversia, como por ejemplo las impugnaciones relativas a disposiciones generales dictadas por la Administración.

Nuestro Derecho establece procedimientos de autorización para transigir a los que se someten los representantes de la Administración:

1º) El *Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social*, prevé en el artículo 24 que no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Seguridad Social, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado. No obstante, si el deudor de la Seguridad Social



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

incurriese en concurso de acreedores, la Tesorería General de la Seguridad Social podrá suscribir o adherirse a los convenios o acuerdos previstos en la Ley Concursal.

2º) La *Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, en su artículo 31 (*transacción y sometimiento a arbitraje*) dispone que no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los mismos, sino mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno.

3º) El artículo 7 de la LGP prohíbe conceder exenciones, condonaciones, rebajas ni moratorias en el pago de los derechos a la Hacienda Pública estatal, sino en los casos y formas que determinen las leyes, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 16 de la misma Ley (no liquidación o, en su caso, anulación y baja en la contabilidad de las liquidaciones de las que resulten deudas inferiores a la cuantía fijada como insuficiente para la cobertura del coste que su exacción y recaudación representen). Expresamente prohíbe este artículo, sin perjuicio de lo que establece en el artículo 10.2 (suscripción y celebración en los procesos concursales de acuerdos y convenios relativos a los créditos de la Hacienda Pública estatal), transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en pleno.

En concordancia con estas disposiciones, el artículo 21.8 de la *Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado*, ordena que el Pleno de este Órgano sea consultado en los asuntos relativos a transacciones judiciales y extrajudiciales sobre los derechos de la Hacienda Pública y sometimiento o arbitraje de las contiendas que se susciten respecto de los mismos.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En cuanto a las administraciones autonómicas, por lo general la normativa respectiva exige autorización del consejo de gobierno o, en menor medida, autorización del presidente. En algún caso la autorización ha de ir precedida de dictamen preceptivo del consejo consultivo autonómico.

2.8.2. Introducción de la mediación extraprocésal en el marco del proceso contencioso administrativo

La nueva redacción del artículo 77 LJC-A introduce una serie de modificaciones en el incidente que posibilita el reconocimiento de hechos y documentos, así como llegar a una conciliación que ponga fin al procedimiento en primera o única instancia. Dada la variedad de temas que suscita la reforma, cuyo estudio detenido es más propio del *análisis del articulado*, en este lugar simplemente se apuntan sus líneas maestras, que consisten en la introducción en el proceso contencioso-administrativo de la posibilidad de mediación extraprocésal, es decir, de que las partes lleguen a un acuerdo de mediación fuera del proceso y que pueda ponerle fin, quedando entretanto suspendido el procedimiento judicial. Esta mediación se llevará a cabo conforme a la regulación general de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. La posibilidad de mediación deberá ser puesta de manifiesto a las partes por el tribunal, que incluso podrá imponer a las partes el intento de mediación cuando la controversia sea de estimación de cantidad.

V

ANÁLISIS DEL ARTICULADO

Para el análisis sistemático del articulado se sigue el método expositivo tricotómico, evitando reiteraciones sobre puntos ya tratados en el apartado precedente.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

1. Elementos

1.1. ELEMENTOS SUBJETIVOS.

1.1.1. *Órganos del orden jurisdiccional civil*

A) Arbitraje

En materia de arbitraje, la modificación afecta a lo que el artículo 1 del Anteproyecto denomina «apoyo y control judicial del arbitraje».

a) Nombramiento judicial de árbitros

1º) Competencia objetiva

La modificación del artículo 8.1 LA (artículo 1 Anteproyecto) asigna la competencia objetiva para el nombramiento judicial de árbitros a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia. Dado que esta previsión exige la reforma de la LOPJ, el Anteproyecto LOPJ amplía las atribuciones de estas Salas añadiendo una nueva letra c) al artículo 73.1 LOPJ: «funciones de apoyo y control del arbitraje que se establezcan en la ley».

La reforma supone detraer esa competencia tanto a los Juzgados de Primera Instancia —por la modificación en el Anteproyecto del artículo 8.1 LA—, como a los *Juzgados de lo Mercantil*, dado que el Anteproyecto LOPJ *deroga* la letra g) del apartado 2 del artículo 86 ter LOPJ, que confía a estos Juzgados los asuntos que el artículo 8 LA atribuye a los de Primera Instancia cuando vengan referidos a materias contempladas en dicho apartado 2 (competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual, publicidad, cuestiones en materia sociedades mercantiles y cooperativas, transportes, derecho marítimo y condiciones generales de la contratación, entre otras).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

2º) Competencia territorial

La reforma del artículo 8.1 LA no altera los fueros principal y subsidiarios de competencia territorial y su orden de preferencia, actualmente previstos para determinar la competencia territorial de los Juzgados de Primera Instancia:

«(...) será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje; de no estar éste aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, la de su elección.»

b) Anulación y revisión de laudos

1º) Competencia objetiva

La nueva redacción que el artículo 1 del Anteproyecto da al apartado 5 del artículo 8 LA, atribuye a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia la competencia objetiva para conocer de la acción de anulación de laudos arbitrales.

En cuanto a la revisión de laudos, el artículo 43 LA, no afectado por la reforma en este punto, se remite a la regulación de la revisión de sentencias de la LEC, cuyo artículo 509 prevé que

«La revisión de sentencias firmes se solicitará a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo o a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial.»



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En la actualidad, el artículo 56.1º LOPJ atribuye a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo el conocimiento de los recursos de revisión, y su artículo 73.1.b) asigna a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, como Salas de lo Civil, el conocimiento «[d]el recurso extraordinario de revisión que establezca la Ley contra sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma, en materia de derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad Autónoma, si el correspondiente Estatuto de Autonomía ha previsto esta atribución».

Correlativamente, el Anteproyecto LOPJ, como se acaba de ver, añade una nueva letra c) al artículo 73.1 LOPJ, para atribuir a estas Salas la competencia para el control del arbitraje, expresión en la que cabe el conocimiento tanto de la acción de anulación como de la de revisión, máxime al remitirse la LOPJ al artículo 509 LEC.

Como sucede con el nombramiento de árbitros, esta nueva atribución competencial reduce la competencia de otros órganos jurisdiccionales: (1) de las Audiencias Provinciales, respecto a la acción de anulación (artículo 8.5 LA); y (2) de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en lo atinente a la revisión de los laudos arbitrales en los mismos supuestos en que el conocimiento no está atribuido a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, por aplicación del artículo 43 LA, que se remite al artículo 509 LEC, el cual su vez reenvía a los artículos 56.1º y 73.1.b) LOPJ.

2º) Competencia territorial

La modificación del artículo 8.5 LA mantiene como criterio determinante de la competencia territorial el lugar donde el laudo se hubiera dictado, si bien con referencia a las demarcaciones de los Tribunales Superiores de Justicia.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

B) Exequátur

En materia de exequátur, la reforma afecta al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, al reconocimiento de resoluciones arbitrales extranjeras y al reconocimiento y ejecución de acuerdos de mediación extranjeros.

a) Reconocimiento y ejecución de *resoluciones judiciales* extranjeras

1º) Competencia objetiva

Si bien la disposición final primera del Anteproyecto da un nuevo tenor al artículo 955 LEC 1881 —en vigor de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1.3ª de la disposición derogatoria única LEC— para atribuir a los Juzgados de lo Mercantil la competencia para el reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras que versen sobre materias de su competencia —salvo tratado u otra norma internacional—, la modificación de ese artículo ya se ha producido con la entrada en vigor la *Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial*.

Además, esta competencia ya les venía atribuida a los Juzgados de lo Mercantil por el apartado 3 del artículo 86 ter LOPJ, apartado añadido por *Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas*.

2º) Competencia territorial

Respeto a los criterios de atribución de competencia territorial, el párrafo 2º del artículo 955 se remite al párrafo anterior, es decir, al lugar donde se determinan los fueros principales alternativos (el domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o el domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de las sentencias y demás resoluciones extranjeras) y subsidiarios de los anteriores (el lugar de ejecución o donde las



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

sentencias y resoluciones deban producir sus efectos), aplicables todos ellos a los Juzgados de Primera Instancia cuando el exequátur sea de su competencia.

b) Reconocimiento de *resoluciones arbitrales* extranjeras

A modo de introducción ha de precisarse que el arbitraje es nacional cuando se rige por la legislación española de arbitraje, mientras que es extranjero en caso contrario. Puede haber, por tanto, arbitrajes internacionales españoles regidos por la Ley española. La distinción entre arbitraje nacional y extranjero conduce a distinguir entre el laudo español y el laudo extranjero, lo que resulta capital a los efectos de que sea necesario o no el exequátur. El artículo 46.1 LA entiende por laudo extranjero «el pronunciado fuera del territorio español», y según el *Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (Instrumento de adhesión de España de 29 de abril de 1977), es extranjero el laudo dictado en un estado distinto de aquel en que se pide el exequátur o que no sea considerado como laudo nacional en dicho Estado (artículo I).

1º) Competencia objetiva

En primer lugar, el Anteproyecto LOPJ añade en su artículo único, apartado 1, una nueva letra c) al artículo 73.1 LOPJ, por el que atribuye a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer de «las peticiones de exequátur de laudos extranjeros, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados o las normas de la Unión Europea, corresponda su conocimiento a otro Juzgado o Tribunal». Como corolario, el mismo Anteproyecto LOPJ suprime del artículo 85.5 LOPJ —relativo a las competencias de los Juzgados de Primera Instancia— la referencia al exequátur de laudos extranjeros, y el mismo efecto derogatorio se produce en el artículo 86 ter.3 LOPJ respecto a los Juzgados de lo Mercantil.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En sintonía con lo anterior, la modificación del artículo 955 LEC 1881 —disposición final primera del Anteproyecto—, desplaza en el párrafo 3º esta competencia a favor de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, suprimiendo la referencia a esta materia en el mismo artículo tanto su párrafo 1º —respecto a los Juzgados de 1ª Instancia—, como en el párrafo 2.º —en lo tocante a los Juzgados de lo Mercantil—, en su redacción según la citada *Ley 13/2009*.

Ha de precisarse que la atribución a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia afecta únicamente al *reconocimiento* de resoluciones arbitrales extranjeras, sin determinar —salvo tratado o disposición de la Unión Europea— a quién ha de corresponder la *ejecución* de los laudos extranjeros homologados. Aunque ambos Anteproyectos supriman toda referencia a los laudos arbitrales —incluidas las solicitudes de ejecución de los mismos— en el listado competencial de los Juzgados de Primera Instancia y de lo Mercantil (artículos 955 LEC 1881, y artículos 85.5 y 86 ter.3 LOPJ, respectivamente, en la nueva redacción que se proyecta), el tenor actual del artículo 8.6 LA permite por vía indirecta determinar que seguirán siendo aquellos Juzgados los órganos competentes a efectos de ejecución:

«Para el exequátur de laudos extranjeros será competente el órgano jurisdiccional al que el ordenamiento procesal civil atribuya la ejecución de las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros.»

Y, como se ha visto, esta competencia continúa residenciada en los Juzgados de Primera Instancia (artículos 955 LEC 1881 y 85.5 LOPJ) y de lo Mercantil (artículo 86 ter.3 LOPJ).

2º) Competencia territorial

Para la fijación de los criterios de atribución de competencia territorial, en sede de reconocimiento de laudos extranjeros, entre las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, el párrafo 3º del artículo 955 LEC 1881 se



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

remite a lo establecido en el párrafo 1º del mismo artículo: (1) fueros principales alternativos (el domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o el domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de las sentencias y demás resoluciones extranjeras); y (2) fueros subsidiarios (el lugar de ejecución o donde las sentencias y resoluciones deban producir sus efectos).

c) Reconocimiento y ejecución de *acuerdos de mediación* extranjeros

1º) Competencia objetiva

En materia de mediación civil y mercantil, la modificación de los artículos 955 LEC 1881 y 85 LOPJ —al que adiciona un nuevo apartado 6 el artículo único, apartado 2, del Anteproyecto LOPJ— añade el conocimiento de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de «acuerdos de mediación extranjeros» a las competencias de los Juzgados de Primera Instancia.

No hay en el Anteproyecto ni en el que reforma la LOPJ mención a la competencia de los Juzgados de lo Mercantil en su ámbito material de cognición, como sí la hay en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras y de ejecución de resoluciones arbitrales extranjeras.

2º) Competencia territorial

El tenor literal de la modificación del párrafo 1º del artículo 955 LEC 1881 y la ausencia de mención al respecto en el Anteproyecto LM (v. artículos 31 y 32), puede suscitar dudas interpretativas acerca de cuál sea el Juzgado de Primera Instancia territorialmente competente para el reconocimiento y ejecución de los acuerdos de mediación extranjeros. El párrafo dice así:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y otras normas internacionales, la competencia para conocer de las solicitudes de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras, así como de *acuerdos de mediación extranjeros*, corresponde a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de *aquellas*; subsidiariamente la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o donde *aquellas sentencias y resoluciones* deban producir sus efectos.»

Salvo que se entienda que el único criterio es el «domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución» del acuerdo de mediación extranjero, los términos resaltados dan a entender que los fueros principales y subsidiarios determinantes de la competencia territorial están relacionados únicamente con las *sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras*; en estas circunstancias y a fin de evitar problemas interpretativos en materia de competencia territorial, parece precisa una corrección del texto en este punto.

C) *Competencias de los Juzgados de lo Mercantil en materia de arbitraje*

La derogación en el Anteproyecto LOPJ del artículo 86 ter.2.g), en cuya virtud los Juzgados de lo Mercantil conocen de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto a «los asuntos atribuidos a los Juzgados de Primera Instancia en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje cuando vengan referidos a materias contempladas en este apartado», determinará que las materias del artículo 8 LA que no se ven afectadas por la reasignación competencial a favor de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (asistencia judicial en la práctica de pruebas, adopción judicial de medidas cautelares y ejecución forzosa del laudo) y que por ello permanecerán residenciadas en los Juzgados de Primera Instancia, serán de la competencia de estos órganos aunque se trate de materias de naturaleza mercantil, lo que resulta incongruente con la tendencia a la especialización de órganos jurisdiccionales por razón de la materia.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

D) *Mediación*

La competencia judicial en materia de mediación interna —la transfronteriza se acaba de analizar—, afecta únicamente a la homologación y ejecución de los acuerdos de mediación.

1º) Competencia objetiva

El Anteproyecto LOPJ añade esta competencia a las de los Juzgados de Primera Instancia en un nuevo apartado 6 del artículo 85:

«De las solicitudes de homologación y ejecución de acuerdos de mediación, incluidos los extranjeros, cuando reúnan la condición de título ejecutivo.»

Sin embargo, cuando se trate de acuerdos de mediación adoptados extraprocesalmente pero constante un proceso judicial, la futura redacción del artículo 85.6 LOPJ podrá entrar en colisión con lo que disponen los artículos 30.2 («*formalización del título ejecutivo*») y 31 («*tribunal competente para la ejecución de los acuerdos de mediación*») del Anteproyecto LM. En virtud del artículo 30.2:

«Cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada *después de iniciar un proceso judicial*, las partes podrán solicitar del tribunal su *homologación* mediante auto.»

Por su parte, el párrafo 1º artículo 31 dispone que

«La *ejecución* de los acuerdos resultado de una *mediación iniciada estando en curso un proceso* se instará ante el tribunal que homologó el acuerdo.»



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Estas dos previsiones significan que si el acuerdo de mediación se adopta durante la tramitación de las sucesivas instancias procesales o en un proceso ante un Juzgado de lo Mercantil, la competencia tanto para la homologación del acuerdo de mediación como para la ejecución, será del órgano judicial que corresponda aplicando la regla de competencia funcional, y no siempre y en todo caso del Juzgado de Primera Instancia.

Este problema no se planteará cuando el acuerdo sea independiente de un proceso judicial, pues el artículo 31, párrafo 2º, del Anteproyecto LM señala al Juzgado de Primera Instancia como competente en todo caso para la *ejecución* del acuerdo de mediación, sin que en estos supuestos haya trámite de *homologación*, dado que el acuerdo de mediación debidamente formalizado es título ejecutivo (artículo 30.1 en relación con el artículo 28 del Anteproyecto de LM).

2º) Competencia territorial

Cuando se trate de acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación —pues si el acuerdo se inscribe en un proceso judicial habrá que acudir a la competencia funcional, que indicará al mismo órgano que estuviera conociendo del proceso— será competente para la *ejecución* el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 545.2 LEC (artículo 31, párrafo 2º Anteproyecto LM).

La remisión al artículo 545.2 LEC —también modificado por el Anteproyecto LM— parece innecesaria por reiterativa («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 dicho laudo o *se hubiera firmado el acuerdo de mediación*»), pues el fuero determinante de la competencia territorial ya se expresa con suficiente claridad en el artículo 31 del Anteproyecto LM («lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación»).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

E) *Medidas cautelares en procesos concursales*

El apartado *uno* de la disposición final quinta del Anteproyecto modifica el ordinal 4º del artículo 8 LC, cuyo tenor en la actualidad es el que sigue:

«Artículo 8. *Juez del concurso.*

Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:

1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También conocerá de la acción a que se refiere el artículo 17.1 de esta Ley.

(...)

4º Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo 1º.

(...)»

A partir de la declaración del concurso, por tanto, cualquier tribunal debe abstenerse de adoptar nuevas cautelas que afecten al patrimonio del concursado, por cuanto éstas han quedado atribuidas en exclusiva al juez del concurso por la primacía que se otorga al proceso concursal. Y lo mismo sucede con las medidas cautelares adoptadas en procedimientos arbitrales incoados con anterioridad a la declaración del concurso, con independencia de que el arbitraje concluya hasta que se dicte el laudo.

Este panorama se altera con la reforma. A fin de preservar en situaciones de insolvencia la eficacia de las medidas cautelares adoptadas por los árbitros —afirma la Memoria—, se da nueva redacción al citado ordinal 4º del artículo 8 LC:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

«4º Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo 1º *de este precepto y, en su caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52, las adoptadas por los árbitros en las actuaciones arbitrales, sin perjuicio de la competencia del juez para denegar su adopción cuando considere que puedan suponer un perjuicio para la tramitación del concurso.*»

El inciso subrayado se limita a las medidas cautelares adoptadas por los árbitros en los procedimientos arbitrales para excluirlas de la competencia del juez del concurso. La mención al artículo 52 LC se explica porque el Anteproyecto cambia radicalmente el régimen de eficacia de los convenios arbitrales tras la declaración del concurso, que de quedar sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso —sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales—, tras la reforma no se verán afectados por la declaración del concurso (esta cuestión ha sido analizada en capítulo aparte de las *consideraciones generales* con mayor profundidad).

Por consiguiente, el tratamiento de la competencia funcional en sede de medidas cautelares diferirá según se esté ante medidas adoptadas en procesos judiciales, cuyo régimen de atribución a favor del juez del concurso —salvo excepciones— se mantiene como está, o ante medidas adoptadas en el marco de procedimientos arbitrales, en cuyo caso la competencia no se traslada al juez del concurso, sino que permanece en manos de los árbitros.

Ahora bien, la reforma también añade que las medidas cautelares adoptadas en el arbitraje podrán ser denegadas por el juez del concurso cuando considere que puedan suponer un perjuicio para el proceso que esté tramitando. Esta previsión supone una salvaguardia de los fines del proceso concursal, que será eficaz en los supuestos en que se recabe el apoyo judicial para la adopción de la medida cautelar (artículo 8.3 LA.), pues dado que los árbitros carecen de potestad ejecutiva, matiza la EM II LA, es necesario recurrir a la autoridad judicial para la ejecución de medidas cautelares.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Pero la eficacia de esta salvaguardia es discutible por dos razones: (1) porque el Juez de lo Mercantil, es decir, el juez del concurso, no va a tener ya atribuciones en materia de arbitraje por la derogación del artículo 86 ter.2.g) LOPJ prevista en el Anteproyecto LOPJ; y (2) cuando la medida haya sido adoptada por el árbitro por propia autoridad, tal como le autoriza el artículo 23 LA, si la actividad cautelar solo comporta actividad declarativa, los árbitros quedan plenamente facultados para adoptar la medida y, consecuentemente, no es posible hablar de «denegación» de la medida por parte del juez del concurso.

La reforma tiene, pues, un sentido restrictivo de la competencia funcional del Juez de lo Mercantil en materia de medidas cautelares que afecten al patrimonio del concursado.

1.1.2. Arbitraje institucional

A) Entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales

El artículo 3, apartado uno, del Anteproyecto modifica la letra a) del artículo 14.1 LA, para sustituir a las corporaciones de derecho público y al Tribunal de Defensa de la Competencia, por una referencia de más amplio contenido que comprende aquéllas «[e]ntidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras». En este lugar de la exposición sistemática del análisis del articulado nos remitimos a lo expuesto *in extenso* en el apartado de *consideraciones generales*.

B) Funciones de las instituciones arbitrales relativas al estatuto de los árbitros

El apartado dos del artículo 3 del Anteproyecto añade un apartado 3 al artículo 14 LA, para imponer a las instituciones arbitrales (*entidades públicas y asociaciones, así como entidades sin ánimo de lucro*) dos nuevos deberes: en primer lugar, velar por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros; y en



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

segundo término, garantizar «la transparencia (se entiende «de su actuación» o expresión similar) e independencia de éstos (los árbitros) desde su designación».

Con respecto al primero de estos deberes, en principio no debería plantear problemas un control *ex ante* sobre la idoneidad legal de los árbitros (capacidad e inexistencia de causas prohibición o de incompatibilidad).

En cuanto al deber de «garantía» constante el arbitraje, siendo positivo incrementar los niveles de responsabilidad de las instituciones arbitrales, puede resultar más difícil llevarlo a efecto, lo que obligará a que en los reglamentos de estas instituciones se introduzcan mecanismos para detectar en el marco del procedimiento arbitral [«desde su (de los árbitros) designación», dice el Anteproyecto] la falta de transparencia y de independencia de los árbitros. Estos instrumentos comprenderían, al menos, vías para lograr el acceso a las actuaciones arbitrales, en supuestos de falta de transparencia, y para intervenir en el procedimiento de recusación de los árbitros, a fin de garantizar su independencia, pues en la actual regulación las instituciones arbitrales no intervienen en el procedimiento de recusación de árbitros, siendo éstos quienes deciden la cuestión — salvo que la contraparte acepte la recusación—, pudiendo la parte cuya pretensión de recusación fuera rechazada hacer valer la recusación al impugnar el laudo (artículo 18 LA).

Por último, esta previsión guarda directa relación con la responsabilidad de la institución arbitral por los daños y perjuicios que causen los árbitros por mala fe, temeridad o dolo, a la que se refiere el artículo 21.1 LA, y de la que deriva el nuevo párrafo 2º que el Anteproyecto añade a dicho apartado, por el que se exigirá a las instituciones arbitrales la contratación en nombre de los árbitros de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

1.1.3. Arbitraje administrativo

A) Comisión Delegada para la Resolución de Controversias Administrativas

a) Creación y composición.

La nueva disposición adicional segunda que añade a la LA el artículo 11 del Anteproyecto crea la Comisión Delegada para la Resolución de Controversias Administrativas, para la resolución de las controversias administrativas que, en términos de la EM III, deben ser resueltos por el Gobierno mediante arbitraje. Corresponde analizar en este lugar el aspecto orgánico de esta modalidad de arbitraje.

La composición de la Comisión aparece en el apartado 3 (el primero de los dos apartados con ese cardinal, pues por error hay un segundo apartado también numerado con el número 3) y la integrarán el titular del Ministerio de la Presidencia, que la presidirá, y el titular del Ministerio de Economía y Hacienda como vocal nato. La secretaría de la Comisión se asigna al Ministerio de Justicia «en atención a sus funciones y a la adscripción de los Servicios Jurídicos del Estado».

El resto de miembros se determinará por vía reglamentaria, lo que puede resultar una remisión excesivamente amplia, pues la Ley debería determinar, al menos, el número de miembros de la Comisión y los criterios generales para su designación (órgano de procedencia, cargo, etc.).

La disposición adicional resulta parca en la configuración administrativa de esta Comisión, pues no concreta su naturaleza (vgr., si es un órgano de la Administración General del Estado, un Organismo autónomo o un ente público especial), la adscripción orgánica, si tiene o no personalidad jurídica propia, el estatuto de sus miembros, el régimen jurídico aplicable, etc. El artículo 11.2.a) LRJ-PAC dispone que la creación de cualquier órgano administrativo exige la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

determinación de su forma de integración en la Administración Pública de que se trate y su dependencia jerárquica.

Dada la configuración de este instituto como arbitral y sin perjuicio de su adscripción orgánica, deberá garantizarse la independencia y neutralidad de sus componentes, considerando la posibilidad de introducir criterios participativos en la composición de la Comisión por las entidades interesadas.

b) Competencia

Las materias atribuidas y excluidas al conocimiento de la Comisión vienen reflejadas en los apartados 1, 2 y 5 de la nueva disposición adicional segunda LA, a las que se hará referencia en el apartado correspondiente de este informe relativo al ámbito objetivo de este arbitraje.

B) Partes del arbitraje administrativo

Los sujetos que pueden adquirir la condición de parte en este procedimiento arbitral están determinados en el apartado 1 de la nueva disposición adicional segunda de la LA. De la redacción literal del precepto se extrae la siguiente relación:

- 1º) La Administración General del Estado.
- 2º) Cualquiera de los Organismos públicos regulados en el Título III de la LOFAGE.
- 3º) Los Organismos públicos regulados (*rectius* «nombrados») en la disposición adicional novena de la LOFAGE.
- 4º) Las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.
- 5º) Otras Entidades de Derecho público reguladas por su legislación específica que se determinen reglamentariamente.
- 6º) Las sociedades mercantiles estatales.
- 7º) Las fundaciones del sector público estatal.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Esta clasificación calca casi exactamente la relación que contiene el artículo 2.1 LGP de sujetos que forman parte del «sector público estatal» a efectos de esta Ley:

a) La Administración General del Estado.

b) Los organismos autónomos dependientes de la Administración General del Estado.

c) Las entidades públicas empresariales, dependientes de la Administración General del Estado, o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella.

d) Las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, así como sus centros y entidades mancomunados.

e) Las sociedades mercantiles estatales, definidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

f) Las fundaciones del sector público estatal, definidas en la Ley de Fundaciones.

g) Las entidades estatales de derecho público distintas a las mencionadas en los párrafos b) y c) de este apartado.

h) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren los artículos 6, apartado 5, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, cuando uno o varios de los sujetos enumerados en este artículo hayan aportado mayoritariamente a los mismos dinero, bienes o industria, o se haya comprometido, en el momento de su constitución, a financiar mayoritariamente dicho ente y siempre que sus actos estén sujetos directa o indirectamente al poder de decisión de un órgano del Estado». Como puede verse, estos *consorcios* son los únicos que no tienen correspondencia en la relación que incluye la disposición adicional segunda de la LA.

Procede esbozar ahora, con una extensión limitada, las características de cada una de estas entidades.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

a) Administración General del Estado

La organización central la Administración General del Estado se compone de órganos superiores (Ministros y Secretarios de Estado) y órganos directivos (Subsecretarios y Secretarios generales, Secretarios generales técnicos, Directores generales y Subdirectores generales). En la organización territorial son órganos directivos los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y los Subdelegados del Gobierno en las provincias. En cuanto a la Administración General del Estado en el exterior son órganos directivos los embajadores y representantes permanentes ante Organizaciones internacionales (artículo 6 LOFAGE).

b) Organismos públicos regulados en el Título III de la LOFAGE

Los Organismos públicos son las Entidades de Derecho público que desarrollan actividades derivadas de la propia Administración General del Estado, en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de ésta (artículo 1 II LOFAGE). Se adscriben, directamente o a través de otro Organismo público, al Ministerio competente por razón de la materia, a través del órgano que en cada caso se determine (artículo 2.3 LOFAGE). Tienen personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión, en los términos de la LOFAGE (artículo 42 LOFAGE).

Los Organismos públicos se clasifican en:

- a) Organismos autónomos.
- b) Entidades públicas empresariales.
- c) Agencias Estatales, que se regirán por su normativa específica y, supletoriamente, por esta Ley (artículo 43.1 LOFAGE).

1º) Los Organismos autónomos se rigen por el Derecho administrativo y se les encomienda, en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de un Ministerio, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos (artículo 45.1 LOFAGE). Dependen



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de un Ministerio, al que corresponde la dirección estratégica, la evaluación y el control de los resultados de su actividad, a través del órgano al que esté adscrito el Organismo (artículo 43.2 LOFAGE). En su organización y funcionamiento han de atenderse a los criterios dispuestos para la Administración General del Estado en el Título I de esta Ley (artículo 44.2.a) LOFAGE).

2º) Las entidades públicas empresariales son Organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación (artículo 53.1 LOFAGE). Dependen de un Ministerio o un Organismo autónomo, correspondiendo la dirección estratégica, la evaluación y el control de los resultados de su actividad al órgano de adscripción del Ministerio u organismo. Excepcionalmente, podrán existir entidades públicas empresariales cuyos estatutos les asignen la función de dirigir o coordinar a otros entes de la misma o distinta naturaleza (artículo 43.3 LOFAGE).

En su organización y funcionamiento estas entidades se rigen por los criterios establecidos en el Título I de la LOFAGE, sin perjuicio de las peculiaridades en consideración a la naturaleza de sus actividades [artículo 44.2.b) LOFAGE]. Se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria (artículo 53.2 LOFAGE).

En resumen, la creación de estos dos primeros Organismos públicos se efectúa por ley, que establece el tipo de Organismo público que crea, con indicación de sus fines generales, así como del Ministerio u Organismo de adscripción (artículo 61.1 LOFAGE).

En torno a la personalidad de los Organismos autónomos y las entidades públicas empresariales la doctrina ha relativizado que se trate de una personalidad auténtica, afirmándose que más bien consiste en un artificio técnico-jurídico a efectos puramente formales u organizativos, así como de decisión *ad extra*. Sin



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

embargo, son personas jurídicas aunque su capacidad de obrar esté en muchos casos restringida por las propias normas o la autonomía de su voluntad mediatizada por la Administración matriz.

Dependientes funcionalmente, desde esta perspectiva material es tan intensa la dependencia de estas entidades que puede hablarse de relación cuasi-jerárquica, basada especialmente en el poder de dirección de la Administración matriz, además de su poder de control. Salvo si los entes tienen conferido un ámbito de independencia que les legitime para defenderlo incluso ante la Administración superior, no cabe reconocer la existencia de un derecho o interés jurídico en el Organismo público que pueda ser contrapuesto al de la Administración de tutela. Aunque la personalidad de estos Organismos ofrece suficiente consistencia en sus relaciones *ad extra*, es también cierto que la relación de instrumentalidad se acerca más a un tipo de relación inter-orgánica que inter-subjetiva.

El nombramiento y remoción de los órganos directivos de los Organismos autónomos es discrecional, lo que pone de manifiesto la relación de dependencia que es consustancial a estos Organismos Públicos. Respecto al personal directivo de las entidades públicas empresariales, se determinará en los estatutos de la entidad [artículo 55.2.a) LOFAGE]. Este personal directivo nombrado de libre designación, se rige por el contrato laboral que se suscriba.

Se aprecia una intensa tutela de la Administración General del Estado, especialmente por parte del Ministerio de Economía y Hacienda, sobre las operaciones jurídicas fundamentales concernientes a los patrimonios separados de estas entidades.

3º) Las Agencias Estatales.

Éstas son entidades de Derecho público dotadas de personalidad jurídica pública, patrimonio propio y autonomía en su gestión, facultadas para ejercer potestades administrativas, que son creadas por el Gobierno para el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas que desarrolle la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias. Están dotadas de los mecanismos de autonomía funcional, responsabilidad por la gestión y control de resultados establecidos en la *Ley 28/2006, de 18 julio 2006. Ley de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos* (LAE). Se adscriben a los Ministerios que hayan ejercido la iniciativa de su creación, en los términos que se determinen en los Reales Decretos de creación (artículo 7.2 LAE). Las funciones de dirección estratégica, evaluación y control de resultados y de la actividad de las Agencias Estatales se articulan a través del Contrato de gestión previsto en la normativa reguladora de éstas (artículo 43.4 LOFAGE); este contrato de gestión es aprobado por el consejo rector de la Agencia y constituye el instrumento que fija la ejecutoria de la agencia y sus Planes estratégicos, así como los niveles de calidad de los servicios y los medios necesarios. Se rigen por su normativa específica y, supletoriamente, por la LOFAGE [artículo 43.1.c) LOFAGE].

c) Organismos públicos nombrados en la disposición adicional novena de la LOFAGE

La citada disposición adicional hace referencia a la Agencia Estatal de Administración Tributaria –en principio incluida entre los Organismos públicos [vid. artículo 43.1.c) LOFAGE]–, al Consejo Económico y Social y al Instituto «Cervantes», en lo que respecta a su régimen jurídico: el que se halle en su legislación específica, en las disposiciones de la LGP que les sean de aplicación y, supletoriamente, en la LOFAGE.

La *Ley 21/1991, de 17 de junio, por la que se crea el Consejo Económico y Social*, en su artículo 1 lo define como órgano consultivo del Gobierno en materia socioeconómica y laboral, y lo configura como un Ente de Derecho Público de los previstos en el artículo 6.5 del *Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria* (derogada), con personalidad jurídica propia y plena capacidad, autonomía orgánica y funcional para el cumplimiento de sus fines, estando adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En cuanto a la tercera de la tercera de las entidades, la *Ley 7/1991, de 21 de marzo, por la que se crea el Instituto «Cervantes»*, en su artículo 1 lo califica como entidad de Derecho público de las previstas en el artículo 6, 5), de la LGP, sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica propia y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, que ajustará sus actividades al ordenamiento jurídico privado. El Instituto se adscribe al Ministerio de Asuntos Exteriores, rigiéndose por su Ley de creación y las disposiciones que la desarrollen, por la LGP y por las demás disposiciones del ordenamiento jurídico que le resulten aplicables.

d) Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.

El *Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)* enumera en el artículo 37.1 las Entidades Gestoras de la Seguridad Social: El Instituto Nacional de la Seguridad Social, el Instituto Nacional de la Salud (hoy Instituto Nacional de Gestión Sanitaria) y el Instituto Nacional de Servicios Sociales (hoy Instituto de Mayores y Servicios Sociales). Estas Entidades tienen la naturaleza de entidades de derecho público y capacidad jurídica para el cumplimiento de los fines que les están encomendados (artículo 59.1 LGSS). La gestión y administración de la Seguridad Social se efectúa por estas Entidades bajo la dirección y tutela de los respectivos Departamentos ministeriales, con sujeción a principios de simplificación, racionalización, economía de costes, solidaridad financiera y unidad de caja, eficacia social y descentralización (artículo 37.1 LGSS). Dentro de las competencias del Estado, corresponde al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en relación con las materias reguladas en la LGSS, la facultad de dirección y tutela de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, así como de las entidades que colaboren en la gestión de la misma [artículo 5.2.c) LGSS].

En cuanto a los Servicios Comunes, el artículo 63.1 LGSS se refiere a la Tesorería General de la Seguridad Social como un Servicio común con personalidad jurídica propia.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La disposición adicional sexta de la LOFAGE establece que a las Entidades gestoras y la Tesorería General de la Seguridad Social les serán de aplicación las previsiones de esta Ley relativas a los Organismos autónomos, salvo lo dispuesto en materia de régimen de personal, económico-financiero, patrimonial, presupuestario y contable, así como el relativo a la impugnación y revisión de sus actos y resoluciones y a la asistencia jurídica, que será el establecido por su legislación específica, por la LGP en las materias que sea de aplicación y supletoriamente por la LOFAGE.

e) Otras Entidades de Derecho público reguladas por su legislación específica que se determine reglamentariamente.

De esta referencia a las «Entidades de Derecho público» por la proyectada disposición adicional segunda LA pueden extraerse las siguientes características:

1ª) Carácter residual, pues no ha de tratarse de ninguna de las anteriores entidades públicas, como tampoco de las sociedades mercantiles estatales o fundaciones del sector público a las que la disposición adicional dedica un párrafo aparte.

2ª) Previsión de futuro: habrá que estar a la determinación reglamentaria de las entidades concernidas.

3ª) Condicionada: no podrá obviarse lo que dispongan en relación con el régimen de resolución de controversias las respectivas leyes reguladoras de estas entidades (vgr., el acceso a la vía judicial para la resolución de los conflictos inter-administrativos).

Dada la amplitud con que se formula la remisión a la figura de «Entidades de Derecho Público», ha de buscarse su concreción en una legislación dispersa.

En primer lugar, se encuentran las denominadas «Administraciones Independientes», que no constituyen un grupo homogéneo, sino que su régimen difiere en función de su sujeción mayor o menor al régimen general administrativo. Se trata de Administraciones Públicas, si bien no dependen de la Administración



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

matriz, aunque sí están vinculadas a un específico Departamento ministerial. La independencia de estos organismos está justificada en unos casos por ser entidades garantes de derechos fundamentales (CSN, APD) o por haber de cumplir misiones de regulación de mercados desde una posición necesariamente neutral (BE, CNMV, CMT, CNE); y se satisface, en términos generales, con garantías de neutralidad gubernamental en el nombramiento y permanencia de los miembros de estos Organismos y con otras garantías funcionales o de no injerencia en la llevanza de sus cometidos, siendo improcedente el poder de dirección —función de *indirizzo*— que es típica en el ámbito de los Organismos Públicos ordinarios.

La mayor o menor independencia de un organismos respecto al gobierno no debe tener relación con la aplicación de un régimen de derecho público o privado, pues nada hace pensar que la aplicación de éste le preste una mayor independencia o neutralidad; el argumento de la necesidad de independencia funcional suele ser aprovechada como justificación de la *huida* del Derecho público.

Con las prevenciones que se han hecho, pueden clasificarse del siguiente modo:

A) Entidades de Estatuto especial o «independiente» que, no obstante, tienen carácter de Organismos Públicos, a los que se refiere la disposición adicional décima de la LOFAGE (en su apartado 2 alude a la «independencia funcional o una especial autonomía»). Existe cierta contradicción en este punto en la LOFAGE, pues, como se ha visto, en su artículo 1 sólo comprende en la definición de Organismo Público las entidades «dependientes» y no, en cambio, las que enumera en esta disposición adicional.

Sin perjuicio de las Entidades que las leyes puedan crear o clasificar posteriormente en este grupo, la citada disposición adicional enumera las siguientes:

- La Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV). El artículo 4 de la *Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores*, la configura como ente de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

privada, que se rige por lo establecido en esta Ley y en las disposiciones que la completan o desarrollan. En el ejercicio de sus funciones públicas, y en defecto de lo dispuesto en esta Ley y en las normas que la completen o desarrollen, actúa con arreglo a lo establecido en la LRJ-PAC y en la LOFAGE. El Gobierno y el Ministerio de Economía ejercerán respecto de la Comisión Nacional del Mercado de Valores las facultades que les atribuye esta Ley, con estricto respeto a su ámbito de autonomía.

- El Consejo de Seguridad Nuclear (CSN). La *Ley 15/1980, de 22 de abril, de creación del Consejo de Seguridad Nuclear*, en su artículo 1 la califica como ente de Derecho Público, independiente de la Administración General del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente de los del Estado. Se rige por un Estatuto propio elaborado por el propio Consejo y aprobado por el Gobierno, y por cuantas disposiciones específicas se le destinen, sin perjuicio de la aplicación supletoria de los preceptos de la legislación común o especial.

- La Agencia de Protección de Datos (APD). Según el artículo 35 de la *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal*, es un ente de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones. Se rige por lo dispuesto en esa Ley y en un Estatuto propio aprobado por el Gobierno. En el ejercicio de sus funciones públicas y en defecto de lo que disponga la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, la APD actúa conforme a la LRJ-PAC. En sus adquisiciones patrimoniales y contratación está sujeta al derecho privado.

- La Comisión Nacional de Energía (CNE). La *Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos*, en su disposición adicional undécima la configura como un organismo público con personalidad jurídica y patrimonio propio, así como plena capacidad de obrar. Sujeta su actividad a lo dispuesto en la LRJ-PAC cuando ejerza potestades administrativas, a la legislación de contratos de las Administraciones públicas su contratación de bienes y servicios, sometiéndose en el resto de su actividad al derecho privado. Se adscribió al Ministerio de Industria y Energía para el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

control de eficacia sobre su actividad, y se rige por lo dispuesto en su Ley reguladora y en las normas de desarrollo que se dicten, por las disposiciones de la LGP que le sean de aplicación y por la LOFAGE.

- La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT). La *Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones* declara en el artículo 48 que es un organismo público de los previstos por el apartado 1 de la disposición adicional décima de la LOFAGE, dotado de personalidad jurídica y plena capacidad pública y privada, con adscripción al Ministerio de Ciencia y Tecnología. Se rige por lo dispuesto en esta Ley y disposiciones que la desarrollen, así como por la LRJ-PAC en el ejercicio de las funciones públicas que esta Ley le atribuye y, supletoriamente, por la LOFAGE.

- La Comisión Nacional de la Competencia (CNC). En el artículo 19 de la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, se contempla a esta Comisión como entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda, que ejerce el control de eficacia sobre su actividad. La CNC actúa en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con autonomía orgánica y funcional, plena independencia de las Administraciones Públicas, y sometimiento a esta Ley y al resto del ordenamiento jurídico. En defecto de lo dispuesto en su Ley reguladora y en las normas que la desarrollen, la CNC actúa en el ejercicio de sus funciones públicas con arreglo a lo establecido en la LRJ-PAC, en la LOFAGE, de acuerdo con lo previsto en su disposición adicional décima, y en su propio Estatuto.

- La Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP). La *Ley 23/2007, de 8 de octubre, de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal*, la configura como organismo público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, de los previstos en la disposición adicional décima de la LOFAGE, y como organismo independiente funcionalmente de la Administración General del Estado, aunque adscrito al Ministerio de Fomento.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La disposición adicional décima de la LOFAGE también alude a las Universidades no transferidas [Universidad Nacional de Educación a Distancia y Universidad Internacional Menéndez Pelayo (cfr. las respectivas disposición adicional segunda y tercera de la *Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades*)], al Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX) [el *Real Decreto-Ley 6/1982, de 2 de abril, sobre inversiones públicas de carácter extraordinario y medidas de fomento de la exportación*, creó el Instituto Nacional de Fomento a la Exportación, cuya denominación fue modificada mediante el *Real Decreto 1417/1987, de 13 de noviembre, por el que el Instituto Nacional de Fomento a la Exportación (INFE) pasa a denominarse Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX)*] y al Consorcio de la Zona Especial Canaria (cfr. los artículos 32 y 33 de la *Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias*).

B) Hay otra categoría de entidades de difícil calificación, respecto a las que la disposición adicional octava de la LOFAGE se limita a proclamar que se regirá por su legislación específica; se trata del Banco de España y de los Fondos de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, en Cajas de Ahorro y en Cooperativas de Créditos (cfr. el artículo 1 del *Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito*).

En lo relativo al Banco de España, el artículo 1 de la *Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España*, califica su naturaleza como entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines actúa con autonomía respecto a la Administración General del Estado, desempeñando sus funciones con arreglo a lo previsto en esta Ley y en el resto del ordenamiento jurídico. Queda sometido al ordenamiento jurídico-privado, salvo que actúe en el ejercicio de las potestades administrativas conferidas por ésta u otras leyes, en cuyo caso le resultará de aplicación la LRJ-PAC, sin que quede sometido a las previsiones de la LOFAGE. Por otra parte, el Banco de España es parte integrante del Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) y está sometido a las disposiciones del Tratado de la Comunidad Europea y a los Estatutos del SEBC; en



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

el ejercicio de las funciones que se deriven de su condición de parte integrante del SEBC, el Banco de España se ajusta a las orientaciones e instrucciones emanadas del Banco Central Europeo en virtud de dichas disposiciones.

En resumen, la naturaleza de estas entidades y su estatuto de independencia hacen difícil su encaje con el arbitraje administrativo que propone el Anteproyecto, si bien habrá que estar al desarrollo reglamentario que concrete las Entidades de Derecho público reguladas por su legislación específica que quedarán sometidas a este arbitraje.

f) Sociedades mercantiles estatales

El régimen jurídico general de estas sociedades se halla en la *Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP)*; no son entes públicos aunque puedan cumplir fines de esta naturaleza. No tienen la consideración de Administración Pública y no pueden ejercer potestades administrativas, sino que su régimen jurídico es privado. Se rigen íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación las normativas presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación, sin que en ningún caso puedan disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública (apartado 1 de la disposición adicional duodécima de la LOFAGE).

A efectos de la LGP, integran el sector público estatal [artículo 2.1.e) LGP] y, dentro de éste, al sector público empresarial [artículo 3.2.b) LGP]. Operan en el mercado en igualdad de condiciones con las demás empresas mercantiles privadas. La diferencia esencial con las entidades públicas empresariales es que éstas son personas públicas que sin perjuicio de su actuación en el mercado sometida al derecho privado, poseen la consideración de Administración pública y han de sujetar su actividad a la LRJ-PAC cuando ejerzan potestades administrativas.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Ejemplo de esta técnica se halla en la *Ley 5/1996, de 10 de enero, de creación de determinadas entidades de derecho público*, que crea la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), además de la Agencia Industrial del Estado y suprime el Instituto Nacional de Industria y el Instituto Nacional de Hidrocarburos. La SEPI se rige en todas sus actuaciones por el ordenamiento jurídico privado, civil, mercantil y laboral, sin perjuicio de las materias en las que le sea aplicable el texto refundido de la LGP; en materia de contratación su actividad contractual se rige igualmente por el derecho privado, sin que le sea de aplicación la Ley de Contratos del Sector Público (artículo 12).

La LPAP distingue entre aquellas sociedades cuyo capital pertenece en su totalidad a la Administración General del Estado o a sus Organismos públicos, de aquellas en las que la participación de las entidades que integran el sector público estatal es mayoritaria (superior la 50 por ciento) (artículo 161.1 LPAP). La diferencia en cuanto a régimen jurídico es que aquéllas con forma de sociedad anónima cuyo capital sea en su totalidad de titularidad de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos, se registrarán por la LPAP y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación (apartado 2 de la disposición adicional duodécima de la LOFAGE y artículo 166 LPAP); las restantes sociedades ajustarán la gestión de su patrimonio al derecho privado, sin perjuicio de las disposiciones de la LPAP que les resulten expresamente de aplicación (artículo 167 LPAP).

Existe un Ministerio de tutela que es el de Hacienda (artículo 173.1 LPAP), salvo cuando se trate de una sociedad anónima cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos, en cuyo caso el Consejo de Ministros atribuye al tutela a otro Ministerio cuyas competencias guarden relación específica con el objeto social de la sociedad (artículo 176.1 LPAP). Las facultades de tutela consisten principalmente en la capacidad de dictar instrucciones a los órganos directivos de la sociedad (artículos 178.1 y 177.1 LPAP). El nombramiento de los administradores se hace por el Ministerio de tutela, al que otorga la facultad de propuesta del Presidente del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Consejo de Administración (artículos 180 y 181 LPAP). Los administradores a los que el Ministerio de tutela haya impartido instrucciones quedan exonerados de la responsabilidad prevista en la legislación de sociedades anónimas (artículo 179 LPAP).

El control o dominio de una sociedad puede lograrse los medios a que se refiere el artículo 42.1 CCo.: «(...) se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración (...).»

En casos excepcionales, debidamente justificados, el Ministerio al que corresponda su tutela podrá dar instrucciones a las sociedades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos, para que realicen determinadas actividades cuando resulte de interés público su ejecución.

g) Fundaciones del sector público

En tanto fundaciones, las del sector público son organizaciones constituidas como personas jurídicas que gestionan un patrimonio adscrito por la persona del fundador al servicio de fines de interés general. Aunque son entidades públicas y, a efectos de la LGP, forman parte del *sector público estatal* [artículo 2.1.f) LGP] —y, dentro de éste, del *sector público fundacional* [artículo 3.3 LGP]—, no son Administraciones y les está prohibido ejercer potestades públicas. No obstante,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público estatal fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa [artículo 46 de la *Ley 50/2002, de 26 diciembre, de Fundaciones (LF)*].

A los efectos de la LF, se consideran fundaciones del sector público estatal aquellas fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal.

b) Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades (artículo 44).

En los aspectos no regulados específicamente en el capítulo XI de la LF (*fundaciones del sector público estatal*), estas fundaciones se rigen, con carácter general, por lo dispuesto en la LF (artículo 46 LF).

En su actividad las fundaciones deben ajustarse a los mismos principios de organización y funcionamiento y de servicio a los ciudadanos que habría de seguir la Administración General del Estado si fuese ésta la que actuase directamente (artículos 3 y 4 LOFAGE).

1.1.4. Árbitros

A) Estatuto de los árbitros.

En lo relativo a este punto, la reforma afecta a su capacidad y al régimen de prohibiciones e incompatibilidades.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

El tenor actual del artículo 13 LA es el siguiente:

«Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.»

El apartado uno del artículo 4 del Anteproyecto modifica este artículo 13 LA como sigue:

«Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles siempre que la legislación no lo impida o que estén sujetos a incompatibilidad.»

La referencia es, por tanto, triple: a la capacidad, a la inexistencia de causas de prohibición y a la no concurrencia de causas de incompatibilidad. El texto arrastra cierta confusión, ya existente en la redacción actual, entre los requisitos positivos de capacidad y los requisitos negativos de inconcurrencia de causas de prohibición o de incompatibilidad.

En cuanto a la inexistencia de causas de incompatibilidad, la reforma suprime el matiz del texto vigente que consiste en que el impedimento para ejercer como árbitro se encuentre en «la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión» (vgr., el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en su artículo 57.2 prescribe que el ejercicio de cargos fiscales es incompatible con la participación en actividades u órganos de arbitraje). La reforma –«siempre que la legislación no lo impida»– distorsiona la sistemática de la LA, pues al suprimir la referencia a «que no se lo impida (la posibilidad de ser árbitros) la legislación a la que pudieran estar sometidos», se desvincula esta previsión del régimen de incompatibilidades, para pasar a referirse al régimen general de prohibiciones que tiene su sede en otro artículo de la misma Ley, el 17 (motivos de abstención y recusación).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En resumen, esta modificación, por una parte, incluye una mención genérica a las *causas de prohibición* para ser árbitro que tiene su ubicación sistemática en el artículo 17 LA; y, por otro lado, amplía el actual *régimen de incompatibilidad* de los árbitros por motivos exclusivamente profesionales, a una incompatibilidad que simplemente debe estar prevista en una norma legal («que (no) estén sujetos a incompatibilidad») que, por ejemplo, tuviera en consideración el cargo en lugar de la profesión que se ejerce.

Por otra parte, el apartado tres del mismo artículo 4 del Anteproyecto añade un nuevo apartado 4 al artículo 17 LA, para introducir como causa de prohibición (la EM habla de *incompatibilidad*) «haber intervenido como mediador para resolver el mismo conflicto» entre las partes, si bien se admite que éstas puedan acordar expresamente otra cosa. Por su parte, el artículo 5.1 *in fine* del Anteproyecto LM prescribe que las *instituciones de mediación* —aquellas entidades, tanto de carácter público como de carácter privado, que tengan como fin la mediación, facilitando su acceso y organización, incluida la designación de mediadores— que tuvieran también como fin el *arbitraje* garantizarán la independencia entre ambas actividades.

Esta situación guarda relación con el deber de confidencialidad de la mediación y de su contenido (artículo 11 Anteproyecto LM), y con la preservación de la imparcialidad objetiva del árbitro. La *confidencialidad* es un principio informador del procedimiento de mediación por el que «ni los mediadores, ni las personas que participen en la administración del procedimiento de mediación estarán obligados a declarar en un procedimiento judicial civil o mercantil o *en un arbitraje* sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo» (artículo 11.1 Anteproyecto LM). No obstante, esta proclamación genérica admite excepciones en el mismo artículo, en particular el pacto en contrario de las partes que se incluya en el acta inicial. La relación de la confidencialidad con la prueba — que se repite en la modificación del artículo 335.3 LEC por el Anteproyecto LM, respecto a la intervención de peritos que hubieran intervenido con una mediación o arbitraje relacionados con el mismo asunto— y el carácter dispositivo que se concede a las partes de sortear esta prohibición, determina que los mediadores



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

puedan actuar como árbitros en el mismo conflicto. En cuanto a la asimilación, *mutatis mutandis*, a la causa de abstención y recusación judicial por falta de imparcialidad objetiva del artículo 219.11ª LOPJ, puede que la prohibición trate de evitar que el árbitro tenga ya formado un juicio previo sobre el asunto en el que antes haya actuado como mediador, que reste virtualidad a lo que resulte del arbitraje.

En cierta medida, la posible excepción a esta prohibición en virtud de pacto en contrario puede entrar en colisión con el apartado 1 del mismo artículo, que tras proclamar que «[t]odo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial», añade acto seguido que «[e]n todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial», pues el mediador prestó un servicio de carácter profesional.

Finalmente, se suprime del artículo 13 LA la facultad de las partes de convenir que la nacionalidad sea obstáculo para que una persona actúe como árbitro.

B) *Participación de abogados en ejercicio en los colegios de árbitros.*

El apartado dos del artículo 4 del Anteproyecto da nueva redacción al artículo 15.1 LA:

«1. En los arbitrajes internos, cuando se hayan de resolver por tres árbitros, se requerirá que uno de ellos tenga la condición de abogado en ejercicio.»

Además de suprimir en este apartado la referencia al arbitraje de equidad, que la reforma mantiene con carácter residual, la modificación afecta a lo siguiente:

1º) La previsión de este apartado queda limitada al supuesto de arbitraje colegiado, sin referencia al arbitraje por un único árbitro.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

2º) El requisito actual de concurrir en el árbitro la condición de abogado en ejercicio, salvo acuerdo expreso en contrario, queda reducido a que uno de ellos reúna esa condición.

La Memoria se refiere a esta modificación:

«Al mismo tiempo, se trasladan al ámbito arbitral las exigencias de la Directiva de servicios (*Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior*), ya incorporada a nuestro ordenamiento, lo que lleva a suprimir la exigencia de que cuando el arbitraje se resuelva por un único árbitro éste sea un abogado en ejercicio, teniendo en cuenta que en nuestro sistema existen juristas de gran prestigio (profesores de universidad, notarios o registradores de la propiedad y mercantiles o funcionarios públicos) que no reúnen esa condición y para los que el ejercicio como árbitro resulta imposible en nuestro país. No obstante, cuando el arbitraje se vaya (a) resolver por un tribunal arbitral uno de los árbitros sí ha de reunir la condición de abogado en ejercicio.»

La citada Directiva 2006/123/CE fue incorporada parcialmente al Derecho español por la *Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*. En concreto, esta Ley dispone (artículo 5) que la normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurren las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad, que habrán de motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen. El artículo 3.7 define «autorización» como cualquier acto expreso o tácito de la autoridad competente que se exija, con carácter previo, para el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio. Por su parte, el artículo 11 dispone que la normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o de su ejercicio no deberá supeditar dicho acceso o ejercicio a requisitos distintos de los exigidos para el acceso a las profesiones reguladas, contemplados en la Directiva 2005/36/CE, que reserven el acceso a una actividad de servicios a una serie de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

prestadores concretos debido a la índole específica de la actividad, aunque excepcionalmente se podrá supeditar el acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio al cumplimiento de alguno de los requisitos del apartado anterior cuando, de conformidad con el artículo 5 de esta Ley, no sean discriminatorios, estén justificados por una razón imperiosa de interés general y sean proporcionados.

En virtud de estas disposiciones cabe sostener que carecería de soporte jurídico una reserva en exclusiva de la actividad profesional de árbitro a los abogados, en detrimento de quienes ejerzan otras profesiones jurídicas, sin infringir a la vez las exigencias de *necesidad* (razón imperiosa de interés general) y *proporcionalidad* (que el régimen sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado). La exigencia de *no discriminación* no entraría aquí en juego, pues está función de la nacionalidad de personas físicas pertenecientes a Estados miembros de la UE.

Ante tenor de la modificación y de la explicación de la Memoria pueden formularse las siguientes observaciones:

a) Cuando se trate de arbitraje en Derecho por un único árbitro, no se establece requisito de aptitud profesional alguno que deba cumplir el árbitro, por lo que suprimida la referencia a la condición de «abogado en ejercicio», debería incluirse alguna mención a la cualificación jurídica del árbitro. Y lo mismo respecto a los demás árbitros que junto al abogado (o abogados) formen parte del colegio arbitral.

b) La regla afecta al arbitraje interno con exclusión del internacional, que se rige en este punto por sus propias normas.

c) Respecto al arbitraje colegiado, lo cierto es que la reforma no es estrictamente necesaria, pues el texto vigente prevé la posibilidad de «acuerdo expreso en contrario» ante el requisito de la condición de abogado en ejercicio de los árbitros, lo que ya da entrada a la intervención de otros profesionales del derecho.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

d) El precepto debería aclarar si la presencia de un abogado en ejercicio en el colegio arbitral es «al menos» o, por el contrario, «como máximo». La expresión «se requerirá que uno de ellos tenga la condición de abogado en ejercicio», da pie a esta doble interpretación. Queda además la incógnita de si sería de aplicación una suerte de regla proporcional cuando el colegio arbitral estuviera compuesto por más de tres árbitros.

C) Arbitraje societario

La disposición final segunda del Anteproyecto, relativa a *arbitraje societario*, da nuevo contenido al artículo 119.1 LSA (derogado por disposición derogatoria única, apartado 2.2º, LEC), en sede de impugnación de acuerdos sociales, para introducir dos previsiones en lo que al aspecto subjetivo del arbitraje se refiere:

1ª) El arbitraje se somete a uno o varios árbitros en Derecho.

2ª) La administración del arbitraje y la designación de los árbitros se encomienda a una institución arbitral.

Vid. lo expuesto con mayor extensión en el apartado correspondiente a esta figura de las *consideraciones generales*.

D) Seguro obligatorio de responsabilidad civil (artículo 21.1 LA).

El apartado cuatro artículo 4 del Anteproyecto añade un segundo párrafo al apartado 1 del artículo 21 LA, titulado [*r*]esponsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. *Provisión de fondos*.

El añadido consiste en exigir a los árbitros o a las instituciones arbitrales en su nombre la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

equivalente, en los términos que reglamentariamente se establezcan. Se exceptúan de esta obligación las Entidades públicas y el sistema arbitral de consumo.

Esta novedad ha de ponerse en relación directa con el párrafo anterior, que establece la responsabilidad de los árbitros o, en su caso, de la institución arbitral, por los daños y perjuicios que en cumplimiento del encargo causaren por mala fe, temeridad o dolo. La previsión guarda relación con lo dispuesto en el artículo 21 (*seguros y garantías de responsabilidad profesional*) de la *Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*, por el cual se podrá exigir a los prestadores de servicios, en norma con rango de ley, la suscripción de un seguro de responsabilidad civil profesional u otra garantía equivalente que cubra los daños que puedan provocar en la prestación del servicio en aquellos casos en que los servicios que presten presenten un riesgo directo y concreto (...) para la seguridad financiera del destinatario, entendiéndose por tal cualquier persona física o jurídica que utilice o desee utilizar un servicio; la garantía exigida deberá ser proporcionada a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto.

Ahora bien, si se entiende que la expresión «en su nombre» alude a la suscripción del seguro por la institución arbitral *en nombre de los árbitros*, ello significa que la institución actuará como mera tomadora del seguro y que el sujeto asegurado será el árbitro [cfr. artículo 7 de la *Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS)*], cubriendo el seguro de responsabilidad civil «el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho» (artículo 73 LCS). Por lo tanto, salvo que la institución arbitral se haya asegurado voluntariamente, el seguro que establece la reforma no cubrirá ni la responsabilidad de la institución arbitral por actos propios, ni la responsabilidad por hechos ajenos que resulten del ejercicio de la acción directa frente a la institución arbitral que el mismo artículo 21.1 LA concede al perjudicado en los arbitrajes que le hayan sido encomendados, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a la institución contra los árbitros.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

1.2. ELEMENTOS OBJETIVOS.

1.2.1. *Arbitraje de equidad*

A lo ya expuesto en las *consideraciones generales* respecto a la supresión de esta modalidad de arbitraje, añadir que el artículo 5 del Anteproyecto modifica el artículo 34.1 LA, condicionando el arbitraje de equidad —que las partes pueden autorizar expresamente a los árbitros— a que se trate de un arbitraje internacional.

En armonía con lo anterior, la nueva redacción del artículo 15.1 LA, operada por el artículo 4, apartado dos, del Anteproyecto, suprime la referencia al arbitraje interno de equidad en sede de nombramiento de árbitros. Asimismo, la disposición final segunda del Anteproyecto que dota de contenido el artículo 119 LSA, exige que el arbitraje societario quede sometido a la decisión de uno o varios árbitros *de Derecho*.

1.2.2. *Arbitraje administrativo*

El arbitraje administrativo que el artículo 11 introduce en la LA a través de una nueva disposición adicional segunda, supone que determinadas controversias inter o intra-administrativas deban resolverse por el procedimiento arbitral que introduce la misma disposición, «sin que pueda acudir a la vía administrativa ni jurisdiccional para resolver estas controversias».

Las materias afectadas por el arbitraje son las siguientes:

a) Controversias jurídicas relevantes que se susciten entre:

- La Administración General del Estado y cualquiera de los Organismos públicos regulados en el Título III y la disposición adicional novena de la Ley 6/1997,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado.

- La Administración General del Estado y las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.

- La Administración General del Estado y otras Entidades de Derecho público reguladas por su legislación específica que se determinen reglamentariamente.

- Dos o más de estos Entes (párrafo 1º de la disposición adicional segunda.1 LA).

El apartado 2 de esta disposición adicional segunda LA determina a estos efectos los supuestos «controversias jurídicas relevantes»:

- Las que, con independencia de su cuantía, generen o puedan generar un elevado número de reclamaciones.

- Las que tengan una cuantía económica de, al menos, 300.000 euros.

- Las que, a juicio de una de las partes, sean de esencial relevancia para el interés público.

En un principio, la literalidad del tercer supuesto haría innecesario acudir a cualquiera de los otros dos, pues el parecer de *solo una* de las partes que aprecie la especial relevancia del caso para el interés público, se erige en motivo suficiente para calificar la controversia como jurídicamente relevante y, por tanto, sujeta al arbitraje obligatorio de la Comisión. En cuanto al primero de los supuestos (controversias que «generen o puedan generar un elevado número de reclamaciones») introduce un elemento cuantitativo indeterminado que habrá de ser delimitado por la propia Comisión, al quedar excluida la unificación de criterios por vía jurisprudencial.

Cabe también plantearse a qué clase de controversias jurídicamente relevantes *entre Administraciones estatales* se está refiriendo la norma, que generen una masiva reclamación, o que superen determinada cuantía económica y sean de esencial relevancia para el interés público.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

b) Controversias jurídicas que se susciten entre:

- Las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público estatal y su Ministerio de tutela.
- Las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público estatal y la Dirección General de Patrimonio.
- Las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público estatal y Organismos o entidades públicas que ostenten la totalidad del capital social o dotación de aquellas (párrafo 2º de la disposición adicional segunda.1 LA)

Como se ve, en este tipo de conflictos sólo se exige que las controversias tengan naturaleza jurídica, sin que hayan de ser *relevantes* conforme a los criterios señalados, como se exige en cambio a las controversias que afecten a la Administración General del Estado y a otras Entidades de Derecho público. Las controversias parece que habrán de ser de derecho administrativo, a la vista del enunciado del artículo 11 Anteproyecto, lo que en principio excluiría los conflictos de derecho privado derivados de la actuación de estas entidades.

c) Materias excluidas

El apartado 5 de la disposición adicional segunda de la LA excluye del arbitraje de la Comisión:

1º) Las cuestiones de naturaleza penal, sin incluir las cuestiones relativas al ejercicio de las acciones civiles derivadas de delitos o faltas.

2º) Las cuestiones de responsabilidad contable que sean competencia del Tribunal de Cuentas, «sujetas a la legislación específica reguladora de éste».

3º) Los conflictos de atribuciones entre distintos órganos de una misma Administración pública, que se regularán por sus disposiciones específicas. La disposición derogatoria única de la *Ley 50/1997, de 27 noviembre 1997. Organización, competencia y funcionamiento del Gobierno*, derogó los todavía entonces vigentes artículos 48 a 53 de la *Ley de 17 de julio de 1948, de Conflictos*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Jurisdiccionales, siendo en esta materia de aplicación la disposición adicional decimocuarta de la LOFAGE en el ámbito que le es propio.

4º) Cuestiones relativas a las actuaciones («cuestiones de las actuaciones» dice literalmente el texto) de control efectuadas por la Intervención General de la Administración del Estado, reguladas con carácter específico en la LGP, en la *Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones*, y demás normas de desarrollo de las mismas.

Consecuentemente, el ámbito material del arbitraje en las controversias entre la Administración General del Estado y las Entidades de Derecho público está doblemente delimitado: por una parte, la controversia jurídica ha de ser *relevante* en los términos señalados (apartado 2 de esta disposición adicional segunda LA) y, por otro lado, no ha de venir en el listado de cuestiones excluidas.

En cuanto a las materias excluidas han de añadirse aquellas controversias que afecten a sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público, para las que se establezcan mecanismos internos de resolución de controversias (cfr. el párrafo 2º *in fine* de esta disposición adicional).

1.2.3. Cláusula de sumisión a arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales

Como ya se ha señalado, la disposición final segunda del Anteproyecto da nueva redacción al artículo 119 LSA para introducir el arbitraje societario (o estatutario, como lo denomina la Memoria) en la impugnación de acuerdos sociales. Cobra singular importancia la regulación de la cláusula arbitral, cuya inclusión en los estatutos sociales se prevé en dos momentos: en el de constitución de los estatutos sociales originarios (apartado 1); o con posterioridad mediante la introducción en los estatutos de la cláusula que requerirá el acuerdo de todos los socios (apartado 2). Se exige, por tanto, la unanimidad de los socios.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

1.2.4. Instrumentos para la revocación del laudo arbitral

Al introducir el Anteproyecto en la LA una suerte de incidente de nulidad, debe hacerse la distinción entre los instrumentos de revocación del lado arbitral enmarcados en el propio procedimiento arbitral, y las acciones judiciales frente al laudo arbitral, pues no se trata de *recursos* en sentido propio, ya que no se insertan en el procedimiento arbitral y tampoco permiten revisar o sustituir la decisión de fondo de los árbitros.

A) En procedimientos arbitrales

El artículo 7 del Anteproyecto, rotulado *extralimitación parcial del laudo*, modifica el artículo 40 LA, relativo a la *acción de anulación del laudo*. Esta disposición está asociada al artículo 41 LA (*motivos de anulación del laudo*):

«1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

(...)

c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.

(...)

3. En los casos previstos en los párrafos c) y e) del apartado 1, la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no sometidas a decisión de los árbitros o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás.»

La novedad reside en el nuevo apartado 2 del artículo 40, que prevé un incidente ante el árbitro previo al ejercicio de la acción de anulación cuando tenga por causa la extralimitación parcial del laudo, a fin de que en sede arbitral se corrija el exceso. Con ello se persigue, según la Memoria, incorporar a la LA una solución rápida a los supuestos de extralimitación parcial del laudo, que cerraría el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

tratamiento de la incongruencia del laudo con el incidente que en la actualidad prevé el artículo 39.1.c LA para el supuesto de necesidad de complementar el laudo respecto de peticiones formuladas y no resueltas en él.

Parece que la reforma toma como modelo el incidente extraordinario de nulidad de actuaciones judiciales del artículo 241 LOPJ, que antes de la reforma operada por la *Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*, contemplaba como motivo específico la «incongruencia del fallo», que es en lo que consiste, *mutatis mutandis*, la extralimitación parcial del laudo por incongruencia *extra petitum* (resolver cosa distinta a lo solicitado) o *ultra petitum* (conceder más de lo pedido). Como es sabido, en su redacción actual el artículo 241.1 LOPJ el supuesto consiste en la vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, por lo que hay que relacionar esta clase de incongruencia con la indefensión —proscrita en el artículo 24.1 CE— que provoca a la parte perjudicada.

La exigencia de que la extralimitación haya de ser «parcial», da cabida a la incongruencia *ultra petitum*, pues lo parcial consistirá en el exceso cuantitativo que se concede en relación con la petición del actor, pero en cuanto a la incongruencia *extra petitum*, lo parcial de la extralimitación deberá suponer que el árbitro se ha pronunciado, al menos, respecto a alguna de las pretensiones formuladas; en caso contrario, si la incongruencia fuera completa, si el pronunciamiento del árbitro versara exclusivamente sobre cuestiones no planteadas, no se podría acudir a este incidente al no calificarse la extralimitación de «parcial». A esto se añade la combinación con la incongruencia omisiva, pues el pronunciamiento sobre cuestiones no planteadas puede ir acompañado de la omisión de pronunciamientos debidos; en este supuesto, colisionarían los dos expedientes arbitrales previstos para superar la incongruencia, el del artículo 40.2 LA —para la incongruencia *extra petitum*— y el del artículo 30, para la incongruencia omisiva.

En cuanto a la tramitación de este incidente, se analizará en la parte dedicada sistemáticamente a las cuestiones de procedimiento.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

B) Procesales

La reforma afecta a la acción de anulación del laudo. La modificación del artículo 40 LA, en virtud del artículo 7 del Anteproyecto, mantiene en sus mismos términos la acción de anulación del laudo, que de ser párrafo único pasa a ocupar el apartado 1 del artículo, si bien exige para su ejercicio en el supuesto de extralimitación parcial del laudo, como se acaba de ver, que con carácter previo se plantee al árbitro un incidente de nulidad para que corrija el exceso.

A su vez, el artículo 10 del Anteproyecto (*cosa juzgada y revisión de laudos*) modifica el artículo 43 LA, para añadir la acción de anulación del laudo a la vía de la revisión de conformidad a lo establecido en la LEC para las sentencias firmes.

Resulta acertada la supresión de la referencia a la *firmeza* del laudo — «considerada disfuncional en este ámbito», según la Memoria, aunque la reforma mantenga en el artículo 40.1 LA la expresión *laudo definitivo* en oposición a *laudo firme* del artículo 43 LA, que no es sino el traslado al arbitraje de las nociones de *sentencia definitiva* y *sentencia firme*— al no ser el laudo susceptible de recurso sino de acciones autónomas de anulación o de rescisión (*revisión*), que abren respectivamente procesos de impugnación de la validez del laudo o de revisión del mismo. Ya la LA suprimió de la relación de títulos ejecutivos del artículo 517.2.2º LEC la mención a la firmeza de los laudos y de resoluciones arbitrales.

Relacionado con esto y sin confundir *firmeza* con *ejecutividad*, ha de tenerse en cuenta que la impugnación del laudo no le priva de fuerza ejecutiva, sin que el instituto de la ejecución provisional tenga aquí cabida dado que la misma se encuadra en la ejecución de sentencias no firmes que hayan sido impugnadas mediante recursos con efecto suspensivo. El laudo definitivo goza de eficacia ejecutiva directa y, por lo tanto, sin necesidad de homologación judicial (artículo 45.1 LA).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En cuanto a las causas de nulidad, el artículo 8 del Anteproyecto (*infracciones del laudo*) modifica el tenor de la tipificada en el artículo 41.1.f) LA, consistente en ser el laudo contrario orden público, para añadir el adverbio «manifiestamente», es decir, el laudo ha de ser *manifiestamente contrario al orden público* para incurrir en causa de anulación. Según la Memoria, con ello se «busca incrementar la fuerza jurídica del laudo». Esta causa de nulidad es una de aquellas que pueden ser apreciadas de oficio por el tribunal o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida (artículo 41.2 LA), lo que la hace indisponible a la voluntad de la partes.

La cuestión radica, por tanto, en el alcance del término «manifiestamente». El Diccionario de la Real Academia Española lo define así: «con claridad y evidencia, descubiertamente». Por lo tanto, lo «manifiesto» no es una cualidad añadida a la propia infracción del orden público, a la que nada aporta en lo cualitativo que pudiera repercutir en su mayor o menor gravedad, sino que atañe a una mera circunstancia, como es la claridad y evidencia con que la infracción ha trascendido al exterior. Siendo así, cabe preguntarse si es acertado que la nulidad de un laudo arbitral contrario al orden público, pero que no sea manifiesto, no pueda ser anulado. La oposición al orden público constituye una causa de nulidad de superior entidad que no ha de supeditarse a un accidente, como es la claridad o evidencia con que se manifieste, dando primacía a un factor secundario sobre el principal, sin que, por otra parte, pueda justificarse el «incrementar la fuerza jurídica» (Memoria) de laudos lastrados con ese vicio de nulidad radical.

Por otra parte, si a las dificultades de concreción derivadas de la misma noción de «orden público» como concepto jurídico indeterminado, se añade la relatividad de lo que en cada caso sea «manifiesto», podrá resentirse la seguridad jurídica.

En cuanto al encaje de esta modificación con otros textos sobre la misma materia, las dificultades no desaparecen. En primer lugar, la Ley Modelo de 21 de junio de 1985, sobre Arbitraje Comercial Internacional, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL),



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

recomendada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, que constituye el principal criterio inspirador de la LA (cfr. EM I), prevé como causa de nulidad del laudo arbitral, apreciable de oficio por el tribunal con funciones supervisoras del arbitraje, que el laudo sea contrario al orden público del Estado (artículo 34.b.ii); y como motivo para denegar el reconocimiento o la ejecución (exequátur), que el tribunal compruebe «que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de este Estado» (artículo 36 1.b.ii).

Y en segundo término, si bien circunscrito al arbitraje internacional, para el Convenio de Nueva York el 10 de junio de 1958 es causa de denegación del reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral, que la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución compruebe «[q]ue el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país» (artículo V.2.b). Sin perjuicio de la propia fuerza normativa de este Convenio, es el que rige el exequátur de laudos extranjeros por expresa disposición del artículo 46.2 LA.

La reforma que se proyecta puede producir el efecto de conceder un diferente tratamiento a la cláusula de orden público según el arbitraje sea interno o internacional, lo que, además de no parecer razonable, contradice el espíritu de la LA que «opta claramente por una regulación unitaria de ambos» arbitrajes (EM II LA).

1.3. ELEMENTOS DE LA ACTIVIDAD.

En cuanto a los elementos relativos a la actividad, son dos las modificaciones que el artículo 6 (*el laudo arbitral*) del Anteproyecto introduce en el artículo 37 LA.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

1.3.1. Forma del laudo

Se suprime del apartado 3 del artículo 37 LA la posibilidad de que los árbitros puedan expresar su parecer discrepante, es decir, que puedan formular voto particular frente a la decisión de la mayoría. Las observaciones a esta modificación se harán acto seguido, por la relación de este punto con la generalización del deber de motivar el laudo.

1.3.2. Motivación del laudo

La segunda modificación afecta al apartado 4 del artículo 37 LA, para establecer sin excepciones la regla de motivación del laudo («[e]l laudo deberá ser siempre motivado»).

Se suprimen pues las dos excepciones que a la motivación del arbitraje prevé este apartado:

- que las partes hayan convenido otra cosa o
- que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 36 LA (laudo por acuerdo de las partes).

En materia de arbitraje en Derecho —opción por la que se decanta el Anteproyecto en el arbitraje interno—, el deber de motivación del laudo guarda relación con el interés legítimo que asiste a las partes en conocer el fundamento fáctico y jurídico de la decisión, sin olvidar que favorece el control del laudo en lo que sea revisable a través de las acciones de anulación y revisión. En cambio, y contrariamente a lo que ocurre con generalidad de las resoluciones judiciales que son recurribles, la motivación no cumple aquí el cometido de referente necesario para el control de la decisión de fondo en vía de recurso.

Por lo tanto, es cuestionable la proyectada supresión del voto particular en el laudo arbitral, en la medida en que el parecer del árbitro discrepante pueda servir



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

tanto para satisfacer el interés de la parte en conocer la integridad del debate del colegio arbitral, como para apreciar una causa de anulación o de revisión.

Finalmente, la exigencia de motivación en todo caso del laudo será igualmente extensiva al arbitraje internacional que sea de equidad y se rija por la LA.

2. Procedimiento

En materia procedimental, el análisis de la reforma se divide en una triple dirección, ya que afecta a determinados procesos judiciales, al procedimiento arbitral, así como al nuevo procedimiento administrativo para la resolución de controversias administrativas.

2.1. PROCESOS JUDICIALES

En sede procesal, el Anteproyecto introduce modificaciones de muy diferente calado en el proceso civil y en el contencioso-administrativo.

2.1.1. *Proceso civil*

La reforma afecta a las siguientes materias de los procesos civiles:

A) *Excepción de arbitraje y su tratamiento procesal*

El Anteproyecto en su artículo 2 (*excepción de arbitraje*) —que modifica el artículo 11 LA— y en la disposición final cuarta —de modificación de los artículos 39, 65.2 y 66.1 LEC— altera el tratamiento procesal del convenio arbitral.

Comenzando por la reforma del artículo 11 LA, permanece igual el apartado 3, relativo a la adopción judicial de medidas cautelares antes o durante el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

procedimiento arbitral. Por el contrario, son objeto de la siguiente modificación los apartados 1 y 2 del mismo:

«1. El tribunal sobreseerá, a petición de parte, el litigio del que conozca cuando se encuentre sometido a arbitraje o exista convenio arbitral, a menos que compruebe que dicho convenio es manifiestamente nulo o ineficaz. La excepción de arbitraje deberá proponerse antes o con la contestación a la demanda y a ella deberá acompañarse un principio de prueba.

Propuesta la excepción a que se refiere el apartado anterior, se suspenderá el juicio. El secretario judicial, mediante diligencia de ordenación, convocará a las partes a una comparecencia, debiendo mediar 15 días desde la citación; el tribunal oirá a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día.

El auto que acepte la excepción acordará el sobreseimiento de(l) juicio y contra el mismo cabrá interponer recurso de apelación.

Contra el auto que rechace la excepción únicamente cabrá recurso de reposición, sin perjuicio de reproducir la cuestión objeto de reposición al recurrir la sentencia definitiva.

2. La excepción de arbitraje no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales.»

Del apartado 1 se suprime la declaración general en cuya virtud «[e]l convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los Tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje», así como el condicionante que viene acto seguido: «siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria». Esto último es el contenido material de la reforma, que da nueva regulación tanto al instrumento procesal idóneo para alegar la existencia del convenio arbitral, como a su tratamiento procesal.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En cuanto al apartado 2, la modificación se limita a sustituir, en concordancia con el apartado precedente, el término «declinatoria» por la expresión «excepción de arbitraje», disponiendo que su planteamiento no producirá efecto de litispendencia en la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales.

Situado ya el análisis en la excepción de arbitraje, el nuevo contenido del artículo 11.1 LA comprende lo que sigue:

1º) Como venimos diciendo, el instrumento procesal para invocar en el proceso civil la existencia del convenio arbitral va a ser la excepción de arbitraje y ya no la declinatoria de jurisdicción.

2º) La excepción de arbitraje es, como toda excepción, planteable «a instancia de parte», debiendo proponerse «antes o con la contestación a la demanda».

3º) Al escrito en que se proponga «deberá acompañarse un principio de prueba».

4º) Propuesta la excepción «se suspenderá el juicio» y «[e]l secretario judicial, mediante diligencia de ordenación, convocará a las partes a una comparecencia, debiendo mediar 15 días desde la citación».

5º) El tribunal «oirá a las partes, admitirá —debe entenderse que así será «si procede»— los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día».

6º) El tribunal sobreseerá «el litigio del que conozca cuando se encuentre sometido a arbitraje o exista convenio arbitral, a menos que compruebe que dicho convenio es manifiestamente nulo o ineficaz», insistiendo más adelante en que «el auto que acepte —*rectius* «estime»— la excepción acordará el sobreseimiento de(l) juicio».



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

7º) Contra el auto que estime la excepción cabrá interponer recurso de apelación y frente al que la rechace únicamente cabrá recurso de reposición, sin perjuicio de reproducir la cuestión objeto de reposición al recurrir la sentencia definitiva.

En cuanto a la modificación de la LEC, se suprimen las menciones al arbitraje en aquellos artículos dedicados a la apreciación de la falta de competencia internacional o de jurisdicción a instancia de parte (artículo 39), a la decisión mediante auto de la declinatoria que declare la falta de jurisdicción, a la abstención de conocer y el sobreseimiento del proceso (artículo 65.2), y al recurso contra el auto del tribunal absteniéndose de conocer (artículo 66.1), aunque en relación con este último artículo, la coherencia de la reforma determinaría también la supresión tanto de la alusión a la «sumisión a arbitraje» en el título del artículo (*Recursos en materia de competencia internacional, jurisdicción, **sumisión a arbitraje** y competencia objetiva*), como de la remisión a lo dispuesto en el párrafo anterior contenida en el párrafo segundo del apartado 2, relativo a la impugnación del auto que rechace la sumisión del asunto a arbitraje («Lo dispuesto en el párrafo anterior será también de aplicación cuando el auto rechace la sumisión del asunto a arbitraje»).

Para conocer en su integridad el alcance de la reforma, conviene una aproximación al tratamiento actual de la declinatoria de jurisdicción.

La declinatoria ha de proponerse dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda, o en los cinco primeros días posteriores a la citación para vista en el juicio verbal, surtiendo el efecto de suspender, hasta que sea resuelta, el plazo para contestar —en el juicio ordinario—, o el cómputo para el día de la vista —en el verbal—, y el curso del procedimiento principal (artículo 64. 1 LEC). La suspensión del procedimiento principal no obsta a que el tribunal ante el que penda el asunto pueda practicar, a instancia de parte, cualesquiera actuaciones de aseguramiento de prueba, así como las medidas cautelares de cuya dilación pudieran seguirse perjuicios irreparables para el actor, salvo que el demandado prestase caución bastante para responder de los daños y perjuicios que derivaran de la tramitación de una declinatoria desprovista de fundamento (artículo 64.2 LEC).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Los restantes litigantes disponen de un plazo de cinco días, contados desde la notificación de la declinatoria, para alegar y aportar lo que consideren conveniente para sostener la jurisdicción del tribunal, que decidirá la cuestión dentro del quinto día siguiente (artículo 65.1 LEC).

Si el tribunal estima la declinatoria fundada en haberse sometido el asunto a arbitraje, lo declarará así mediante auto, absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso (artículo 65.2 LEC). Contra el auto absteniéndose de conocer por haberse sometido el asunto a arbitraje, cabe recurso de apelación (artículo 66.1 LEC), mientras que frente el auto que rechace la sumisión del asunto a arbitraje sólo cabrá recurso de reposición, sin perjuicio de alegar la falta de esos presupuestos procesales en la apelación contra la sentencia definitiva (artículo 66.2 LEC).

En sintonía con lo expuesto, la LEC vigente, además de incluir la arbitraje entre las causas de la declinatoria de jurisdicción, modificó en la disposición final octava el artículo 11 LA para adaptarlo a esta novedad.

Comparando ambos regímenes —el de la declinatoria y el de la excepción procesal— la modificación que introduce el Anteproyecto se traduce en lo siguiente:

1º) La vuelta en parte al tratamiento de las excepciones procesales dilatorias de la LEC 1881, pues comparte una de las notas de las excepciones dilatorias, como es que el planteamiento sea previo a la contestación a la demanda y la apertura de un incidente para resolverlo con carácter previo a la contestación. Este régimen no se ve sustancialmente alterado porque la reforma admita que la excepción pueda plantearse «con la contestación a la demanda», pues igualmente se suspende el procedimiento hasta que se resuelva la excepción.

Esta regulación no tiene el grave inconveniente que presentaba la LEC 1881, cuando permitía el planteamiento de la excepción de arbitraje como perentoria en la contestación a la demanda, lo cual obligaba a diferir su resolución al momento de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

dictar sentencia en primera instancia, con derroche de todo lo actuado de ser estimada la excepción.

Sin embargo, si no se plantean simultáneamente la excepción y la contestación, puede que precluya la posibilidad de contestar en caso de desestimación de la excepción, ya que el Anteproyecto prevé la suspensión del juicio una vez propuesta la excepción, pero no si a la parte demandada se le volverá a dar la oportunidad de contestar a la demanda tras la desestimación de la excepción.

2º) Diferencias de tramitación entre la declinatoria y la excepción:

a) La excepción debe presentarse ante el tribunal que esté conociendo del pleito. En cambio, la declinatoria puede presentarse además ante el tribunal del domicilio del demandado, que la hará llegar por el medio de comunicación más rápido posible al tribunal ante el que se hubiera presentado la demanda, sin perjuicio de remitírsela por oficio al día siguiente de su presentación (artículo 63.2 LEC).

b) La declinatoria ha de proponerse dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda, o en los cinco primeros días posteriores a la citación para vista en el juicio verbal (artículo 64.1 LEC), siempre, por tanto, antes de la contestación a la demanda; la excepción «deberá proponerse antes o con la contestación a la demanda». Por lo tanto, la excepción puede plantearse en el juicio ordinario en el plazo de 20 días que tiene el demandado para contestar a la demanda (artículo 404.1 LEC), mientras que en el juicio verbal el *dies ad quem* se retrasa hasta la celebración de la vista.

La posibilidad de plantear la excepción con la contestación a la demanda significa que en los juicios verbales —en los que la contestación a la demanda se produce en el acto de la vista (artículo 443.2 LEC)— el planteamiento de la excepción y su resolución quedarán diferidos a un momento procesalmente avanzado, como es el acto de la vista. Se pierde así la oportunidad que proporciona la declinatoria de solventar *a limine* la cuestión relativa al arbitraje.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

c) La declinatoria surte el efecto de suspender, hasta que sea resuelta, el plazo para contestar, o el cómputo para el día de la vista, y el curso del procedimiento principal (artículo 64.1 LEC); en cambio la excepción «suspenderá el juicio». Obsérvese que el término «juicio» es técnicamente aplicable a la audiencia donde se practica la prueba y se vierten las alegaciones finales en el *juicio ordinario*, mientras que el trámite similar en el *juicio verbal* se denomina «vista», siendo presumible que el Anteproyecto al hablar de «juicio» se esté refiriendo al «procedimiento» o al curso de las actuaciones, pues carece de lógica que planteada la excepción en el juicio ordinario en la contestación a la demanda haya que esperar al acto del juicio para acordar la suspensión del procedimiento.

No se prevé, como sí lo está en la declinatoria, que para el caso de que en el juicio ordinario se haya planteado la excepción antes de contestar a la demanda, una vez resuelto el incidente se dé a la parte demandada un plazo para contestar, pudiendo darse el caso, como ya se ha apuntado, de que el demandado se hubiera limitado a oponer la excepción de arbitraje y, tras ser desestimada su alegación, haber precluido la posibilidad de contestar.

Por otra parte, cuando se plantee la excepción en la contestación a la demanda en la vista del juicio verbal, se suspenderá la vista y una vez transcurridos 15 días se celebrará la comparecencia. Recibe así la excepción de arbitraje un trato diferente y de mayor duración que el resto de las excepciones procesales, que se resuelven en la misma vista (cfr. el artículo 443.2 y 3 LEC).

d) La declinatoria es de tramitación escrita, pues al escrito en que se plantee han de acompañarse los documentos o principios de prueba en que se funde, con copias en número igual al de los restantes litigantes, que dispondrán de plazo para alegar y aportar lo que consideren conveniente para sostener la jurisdicción del tribunal, quien decidirá la cuestión dentro del quinto día siguiente. La excepción tiene una tramitación mixta, oral y escrita: una vez planteada por escrito junto con un principio de prueba, el secretario judicial convocará a las partes a una comparecencia, debiendo mediar 15 días desde la citación.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

e) La declinatoria no contempla expresamente la posibilidad de que el tribunal desestime la declinatoria —a pesar de apreciar la sumisión a arbitraje— si comprueba que el convenio arbitral es manifiestamente nulo o ineficaz; la excepción admite esta posibilidad de modo expreso.

Ahora bien, nada impide en la actualidad que puedan introducirse estas cuestiones en el debate, incluso cuando se trate de la nulidad del convenio arbitral, que sea apreciada de oficio, por analogía con la facultad de apreciar de oficio determinadas causas de nulidad prevista en el procedimiento de anulación del laudo (vid. artículo 41.2 LA).

f) La declinatoria y la excepción comparten el mismo régimen de recursos, que depende en ambos supuestos del sentido de la resolución.

3º) Desde la óptica de la congruencia del sistema procesal en materia de arbitraje, de prosperar la iniciativa legislativa en este punto se produciría una duplicidad en el tratamiento procesal de la sumisión a arbitraje: por una parte, el de derecho interno (mediante excepción procesal propuesta antes o en la contestación a la demanda) y, por otra, el del *Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional*, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 (Instrumento de ratificación de 5 de marzo de 1975), que en su artículo 6.1 (*competencia de los tribunales judiciales estatales*) dispone lo que sigue:

«Toda excepción o declinatoria por incompetencia de tribunal estatal basada en la existencia de un acuerdo o compromiso arbitral e intentada ante el tribunal estatal ante el cual se promovió el asunto por una de las partes del acuerdo o compromiso arbitral, deberá ser propuesta por el demandado, so pena de pérdida de derechos por vencimiento del plazo, *antes o en el mismo momento de presentar sus pretensiones o alegaciones en cuanto al fondo según que la Ley del país del tribunal considere tal excepción o declinatoria como una cuestión de derecho procesal o sustantivo.*»



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

De esta redacción se desprende que la consideración de la sumisión a arbitraje como cuestión de derecho procesal o sustantivo según la ley nacional, determinará que se plantee, respectivamente, bien antes o bien en el mismo momento de presentar las alegaciones de fondo. Siendo así que en nuestro derecho la sumisión a arbitraje es cuestión eminentemente procesal, que excluye el conocimiento del asunto por los Tribunales de Justicia, en el régimen convencional europeo de arbitraje comercial la posibilidad de plantear esta cuestión no puede ser en otro momento que antes de la contestación a la demanda. Esta previsión no se compadece con la reforma que admite que la excepción pueda plantearse en dos momentos: antes o en la contestación a la demanda.

B) *Anulación del laudo*

El Anteproyecto en su artículo 9 (*sustanciación de la acción de anulación*) modifica el artículo 42.1 LA en estos términos:

«1. La acción de anulación se sustanciará por los cauces del juicio verbal, salvo en lo relativo a la celebración de la vista. El juez únicamente citará para la vista cuando las partes la hayan solicitado en sus escritos de demanda, acompañada ésta de los documentos justificativos del convenio arbitral y del laudo, y contestación, y previa declaración de la pertinencia de los medios de prueba anunciados. En otro caso, procederá a dictar sentencia sin más trámite.»

El procedimiento para tramitar la acción de anulación es el del juicio verbal, con las siguientes especialidades:

- Demanda de juicio ordinario (artículo 399 LEC), acompañada de los documentos justificativos del convenio arbitral y del laudo, y, en su caso, con proposición de prueba.
- Traslado de la demanda al demandado por decisión del secretario judicial, para que conteste en el plazo de 20 días.
- Contestación del demandado con proposición de prueba.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- Citación a las partes a la vista por el secretario judicial, en la que el actor podrá proponer la práctica de prueba en relación con lo alegado por el demandado en su contestación.

Aparte de la opción por la demanda ordinaria en lugar de la demanda sucinta del juicio verbal, la regulación actual sustituye el acto de la vista como momento para la contestación a la demanda, por un trámite de alegaciones previas a la celebración de la vista que incluye la contestación del demandado.

Para la Memoria que acompaña al Anteproyecto, la reforma tiene por objeto simplificar la tramitación de la acción de anulación. La nueva redacción del artículo 42.1 LA es la que sigue:

«1. La acción de anulación se sustanciará por los cauces del juicio verbal, salvo en lo relativo a la celebración de la vista. El juez únicamente citará para la vista cuando las partes la hayan solicitado en sus escritos de demanda, acompañada ésta de los documentos justificativos del convenio arbitral y del laudo, y contestación, y previa declaración de la pertinencia de los medios de prueba anunciados. En otro caso, procederá a dictar sentencia sin más trámite.»

Con la regulación que propone el Anteproyecto, el trámite de alegaciones iniciales, incluida la contestación a la demanda con anterioridad a la vista, no se articula de forma nítida, como particularidad que es de la tramitación del juicio verbal, sino al tratar de la excepción a la celebración de la vista del juicio verbal cuando las partes así lo hayan solicitado en sus respectivas alegaciones, las cuales, según está redactado el precepto, tendrán que ser previas a la vista. Como no se prevé la duración del plazo para contestar a la demanda, habrá de aplicarse el plazo de 20 días del juicio ordinario.

Otra cuestión que suscita la nueva redacción es si la petición de decisión sin vista ha de ser común a todas las partes o, por el contrario, es suficiente con que una de ellas lo solicite. De la literalidad del texto se desprende que la vista habrá de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

ser solicitada por todas las partes y que, en caso contrario, se dictará sentencia sin más trámite. Sin embargo, de ser así y no celebrarse la vista, el *actor* no habrá tenido oportunidad de pronunciarse sobre las alegaciones del demandado.

Por último, la reforma no tiene en cuenta que a partir de la entrada en vigor de la *Ley 13/2009*, en las normas procesales —incluido el artículo 42.1 LA, afectado por dicha Ley— la citación corresponde expresamente al secretario judicial y no al juez que será, en cambio, quien adopte la resolución antecedente de celebrar la vista.

C) Inimpugnabilidad de decisiones sobre reconocimiento de resoluciones arbitrales extranjeras

La disposición final primera del Anteproyecto, que modifica el artículo 955 LEC 1881, excluye en el párrafo tercero de este artículo la recurribilidad de las resoluciones dictadas por las Salas de lo Civil y de lo Penal del Tribunales Superiores de Justicia en materia de reconocimiento de resoluciones arbitrales extranjeras. Esta previsión es acorde tanto con el párrafo 2º del artículo 956 de la misma Ley, relativo a la irrecurribilidad del auto resolutorio del exequátur de sentencias extranjeras, como por la remisión del artículo 46.2 LA al procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros en lo relativo a la *sustanciación del procedimiento* (artículos 951 a 958 LEC 1881).

2.1.2. Proceso contencioso-administrativo

A) Proceso declarativo

La reforma del artículo 77 LJC-A afecta a los apartados 1 y 2 —no así al apartado 3, que se mantiene sin cambios—, quedando el texto proyectado como sigue:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

«Artículo 77.

1. En los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, someterá a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad. En este supuesto el juez o Tribunal podrá imponer a las partes el sometimiento a mediación de acuerdo con la legislación reguladora de la mediación.

Los representantes de las Administraciones públicas demandadas necesitarán la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos.

2. El intento de conciliación o mediación, siempre que se sujete al procedimiento previsto en la ley o, en su caso, cuando todas las partes personadas lo soliciten suspenderá el curso de las actuaciones, a cuya terminación las partes informarán al tribunal del resultado del procedimiento que hubieren seguido. Aunque se reanude el proceso, el tribunal admitirá el acuerdo que se alcance posteriormente siempre que tenga lugar en cualquier momento anterior al día en que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia.

3. Si las partes llegaran a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el Juez o Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros.»



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Ante esta redacción cabe hacer las siguientes observaciones:

a) De ser *facultativa* («podrá someter» en la redacción actual) del Juez o Tribunal, pasa a ser *preceptiva* para el órgano judicial («someterá») la puesta en consideración de las partes tanto el reconocimiento de hechos o documentos, como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad.

Esto se traduce en un trámite preceptivo con una doble finalidad: (1) aproximar las posiciones de las partes mediante el reconocimiento de hechos o documentos, con lo que ajustar al máximo los términos fácticos de la controversia y limitar la práctica de la prueba a los extremos controvertidos; y (2) posibilitar un acuerdo extraprocésal que ponga fin a la controversia cuando se trate de materias susceptibles de transacción.

El Anteproyecto no determina la forma en que ha de evacuarse ese trámite de puesta en consideración de las partes. Parece que por analogía con el trámite similar de la audiencia previa al juicio del proceso civil (artículo 415 LEC, según la redacción conforme al Anteproyecto LM), lo más idóneo es que se produzca en una comparecencia judicial con asistencia de todas las partes.

b) Sin embargo, la facultad que se reconoce a las partes de alcanzar un acuerdo —a lo que se acaba de hacer referencia—, puede transformarse en *sujeción obligatoria a mediación* por decisión judicial si la materia susceptible de transacción versa sobre estimación de cantidad. Es decir, el tribunal podrá imponer a las partes que la cuestión sea sometida a mediación «de acuerdo con la legislación reguladora de la mediación».

De ello resulta una situación opuesta a la del arbitraje: como ha señalado la mejor doctrina, el laudo arbitral es el resultado de la libertad de los contendientes, no de su sujeción, porque, si bien el resultado no es para ellos libre *in effectum*, ha sido libre *in causa* y tiene, por lo tanto, fuerza de obligar, porque ellos quisieron que se les



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

obligara. Por el contrario, añadimos, en la mediación obligatoria el resultado será libre *in effectu* si las partes en la mediación adoptan un acuerdo por propia voluntad, aunque la mediación no haya sido libre *in causa* sino impuesta por el Tribunal.

Esta remisión a la legislación en materia de mediación debe entenderse a la Ley que resulte, en su caso, del Anteproyecto LM, que «incorpora al Derecho español la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles» (*vid.* su EM II y disposición final quinta). Esta doble remisión a la normativa interna y a la de la Unión Europea plantea estas cuestiones:

1ª) Tanto el Anteproyecto LM como la Directiva 2008/52/CE, extiende su ámbito de aplicación a los asuntos civiles o mercantiles, con la diferencia de que la Directiva añade a las materias excluidas los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos y a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (*acta iure imperii*) (artículo 1.2), materias a las que no hace mención el artículo 2.2 del citado Anteproyecto, aunque esta exclusión va implícita en su ámbito positivo de aplicación. Consecuentemente, la remisión de la LJC-A a la legislación en materia de mediación, sin más precisiones, significa aplicar un régimen jurídico que, en principio, no rige para las controversias fiscales, aduaneras o administrativas.

2ª) Relacionado con lo anterior, la remisión al Anteproyecto LM por el artículo 77 LJC-A no deja claro si es a la parte sustantiva de la mediación (como la relativa a los principios informadores y al estatuto de los mediadores), al procedimiento de mediación, a sus efectos, a todas o a alguna de estas materias.

3ª) La *mediación obligatoria* es posible tanto en el Anteproyecto LM como en la Directiva 2008/52/CE. El primero lo admite en el artículo 7:

«El sometimiento a mediación es voluntario, sin perjuicio de la obligatoriedad de su inicio cuando lo prevea esta ley o la legislación procesal.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Nadie está obligado a concluir un acuerdo ni a mantenerse en el procedimiento de mediación.»

En cuanto a la Directiva 2008/52/CE, tras proclamar en el considerando 13 que la mediación debe ser un procedimiento voluntario, incluye la voluntariedad como elemento definitorio de la mediación en el artículo 3.a); no obstante, el considerando 14 declara que

«Nada de lo dispuesto en la presente Directiva debe afectar a la legislación nacional que haga obligatorio el uso de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial.»

No habiendo en principio obstáculos normativos para la mediación obligatoria, cabe reconsiderar la oportunidad de introducir la mediación de modo obligatorio en el proceso contencioso-administrativo, dado que la controversia que ha llegado a sede judicial ya viene precedida de un procedimiento administrativo, en el que se ha mantenido una situación de conflicto que se prolonga tras su finalización, una vez agotadas las posibilidades de impugnación y adopción de acuerdos que proporciona la vía administrativa. En estas circunstancias, puede resultar difícil que planteada la cuestión ante los tribunales se llegue a un acuerdo que ponga fin a la controversia como resultado de una mediación obligatoria.

Problemas adicionales que suscita esta mediación obligatoria son, por una parte, las dilaciones que puede provocar si no llega a buen término y, por otro lado, la repercusión en los costes y el modo de sufragarlos, con remisión a este respecto a lo que se afirma en el Informe de este Consejo al Anteproyecto LM.

c) En relación con la *suspensión del procedimiento judicial* como consecuencia del intento de conciliación o mediación, dispone el apartado 2 del proyectado artículo 77 LJC-A que «[e]l intento de conciliación o mediación, siempre que se sujete al procedimiento previsto en la ley o, en su caso, cuando todas las partes personadas lo soliciten suspenderá el curso de las actuaciones (...)».



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

El Anteproyecto altera la regulación actual, en la que el intento de conciliación no suspende el curso de las actuaciones salvo que todas las partes lo soliciten.

De esta modificación pueden surgir serios problemas para el intérprete: en primer lugar, determinar si la remisión al cumplimiento de la ley, que condiciona la suspensión, se refiere únicamente a la mediación o si también incluye al intento de conciliación, máxime teniendo en cuenta que la conciliación no está regulada en la LJC-A; en segundo término, la frase «siempre que (el intento de conciliación o mediación) se sujete al procedimiento previsto en la ley», como uno de los elementos determinantes de la suspensión, es una fórmula que no concreta los actos que provocan la suspensión, siendo excesivamente abierta y relacionada con un fenómeno que se desarrolla en el tiempo, como es la sujeción al «procedimiento previsto en la ley».

Por otro lado, es difícil de entender la disyuntiva que plantea el Anteproyecto en orden a la suspensión del curso de las actuaciones judiciales: bien que el intento de conciliación o mediación se ajuste al procedimiento previsto en la ley, bien que, en su caso, todas las partes lo soliciten. Es cuestionable que un intento de conciliación o mediación que no se ajuste a la ley pueda provocar la suspensión del procedimiento para que las partes lleguen a un acuerdo, por más que todas ellas lo soliciten.

En cuanto a la duración de la suspensión, al faltar una previsión genérica de la suspensión de actuaciones en la LJC-A, y también específica para el supuesto de mediación, habrá que aplicar supletoriamente la LEC. El artículo 415.1 de esta Ley —en la redacción según el Anteproyecto LM— se remite en el supuesto en que las partes soliciten la suspensión del proceso para someterse a mediación o arbitraje, al artículo 19.4 LEC, en cuya virtud la suspensión del proceso será acordada por el Secretario judicial mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Sin embargo, el régimen de reanudación del proceso difiere en la LEC y en la LJC-A: el artículo 415.3 LEC, en la nueva redacción proyectada, impone a las partes la carga de solicitar que se alce la suspensión y se señale fecha para la continuación de la audiencia previa al juicio; en cambio, el artículo 77.2 LJC-A, conforme al Anteproyecto, impone a las partes el deber de informar («las partes informarán») al tribunal del resultado de la mediación. Se entiende que esa comunicación es a efectos de reanudación del proceso.

Como observación de carácter sintáctico, la expresión «a cuya terminación» tiene como referente «el curso de las actuaciones» judiciales suspendidas, cuando lo correcto sería emplear una expresión que hiciera referencia la procedimiento de conciliación o de mediación, que es lo que determina la finalización de la suspensión y la reanudación del procedimiento judicial.

Finalmente, para potenciar los efectos beneficiosos que esta mediación pueda producir en la disminución de la carga de trabajo de los Tribunales y en la duración de los procesos, se sugiere que la mediación se plantee *a limine*, con carácter previo a la fase de alegaciones iniciales; es decir, que el Tribunal pueda someter la cuestión litigiosa a mediación en un momento posterior a la interposición del recurso contencioso-administrativo y anterior a la formalización de la demanda.

B) *Proceso de ejecución*

El apartado 2 de la disposición final tercera añade un nuevo apartado 7 al artículo 106 LJC-A, dedicado al procedimiento de ejecución de condenas pecuniarias líquidas impuestas a la Administración. La modificación amplía esta clase de ejecución a los supuestos en que «el crédito frente a la Administración se reconociera en un acuerdo alcanzado según lo previsto en el artículo 77 —conciliación y mediación— o estuviere impuesto por un laudo arbitral». Se sigue por tanto para la satisfacción de estos créditos tanto la ejecución voluntaria y de oficio por la propia Administración condenada al pago (artículo 106.1 LJC-A), como la ejecución forzosa instada al órgano judicial (artículo 106.3 LJC-A).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Esta novedad plantea lo siguiente:

1º) En relación con la *mediación*, podrá instarse la ejecución forzosa al tribunal que haya dictado el auto declarando la terminación del procedimiento al haber llegado las partes «a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia» (artículo 77.3 LJC-A). Como se verá más adelante al tratar los efectos de este acuerdo, se entiende que el artículo 77.3 LJC-A contempla un supuesto de homologación judicial que crea el título ejecutivo.

2.º) Respecto al *arbitraje*, no existe previsión en la LJC-A —tampoco en el proyectado artículo 77, que se refiere a *acuerdo* y a *intento de conciliación o mediación*—, por lo que sería aplicable el artículo 1.3 LA, que establece la aplicación supletoria de esta Ley a los arbitrajes previstos en otras leyes. Sin embargo, la norma de atribución que indica el órgano objetiva y territorialmente competente para la ejecución forzosa del laudo, aplicable por la regla de supletoriedad, señala al Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado el laudo. En consecuencia, la reforma habría de determinar el órgano del orden contencioso-administrativo objetiva y territorialmente competente a efectos de ejecución forzosa del laudo arbitral en el que haya sido parte condenada la Administración al pago de una cantidad líquida de dinero.

2.2. PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Como se ha expuesto *supra* al tratar de la anulación del laudo, el artículo 7 del Anteproyecto introduce en el artículo 40 LA un trámite previo al ejercicio de la acción de nulidad por extralimitación parcial del laudo, consistente en dirigir al árbitro una petición para que corrija el exceso.

El procedimiento se inicia por las partes mediante solicitud al árbitro dentro de los tres días siguientes a la notificación del laudo. A continuación, el árbitro remitirá



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

la petición a las demás partes en el plazo de dos días, concediéndoles otros tres para alegaciones. El árbitro habrá de resolver en el plazo de tres días.

Esta regulación difiere de la del incidente para complementar el laudo en supuestos de incongruencia omisiva (artículo 39.1.c LA) en la duración de los plazos para solicitar el complemento del laudo y para resolver; en la inexistencia de trámite de audiencia para la contraparte; y en el incremento de la duración de los plazos cuando el arbitraje sea internacional (la EM VII LA justifica esta última diferencia en que en el arbitraje internacional «bien suceder que las dificultades de deliberación de los árbitros en un mismo lugar sean mayores»).

No parece que deba haber un diferente tratamiento procedimental en función del tipo de incongruencia, por lo que ambos regímenes habrían de unificarse en uno sólo que salvaguarde la audiencia a las demás partes y la celeridad del arbitraje, si bien reconociendo las particularidades del arbitraje internacional.

2.3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ARBITRAL ANTE LA COMISIÓN DELEGADA PARA LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ADMINISTRATIVAS

Como toda la materia que afecta al arbitraje administrativo, el procedimiento arbitral se regula en la nueva disposición adicional segunda que el artículo 11 del Anteproyecto añade a la LA.

Una vez planteada una controversia, las partes enfrentadas lo pondrán de forma inmediata en conocimiento de la Comisión, que recabará los informes técnicos y jurídicos que estime necesarios para el mejor conocimiento de la cuestión debatida.

Tras la propuesta de decisión elaborada por la Secretaría de la Comisión, ésta última dictará resolución estableciendo las medidas que cada una de las partes deberá adoptar para solventar la controversia. Será aquí de aplicación el deber de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

motivación que impone con carácter general el artículo 54.1.b) LRJ-PAC] a los actos resolutorios, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho.

La resolución de la Comisión Delegada «no será recurrible ante los Tribunales de Justicia por las partes en conflicto», inciso este último que plantea la incógnita de si podrá ser impugnada por terceros que invoquen un interés legítimo. Pero lo más importante es que esto se traduce en una adición al catálogo de actos excluidos del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativo, pero sin modificar el artículo 3 LJC-A; nuevamente, se emplea un vehículo normativo inidóneo —la LA— para regular una materia propia de una ley de distinta naturaleza.

Ciertamente, la posibilidad de plantear un recurso judicial va en contra del principio de irrecurribilidad de las resoluciones arbitrales, pero resultará problemático el encaje de esta exclusión del control jurisdiccional con el artículo 106.1 de la Constitución, a tenor del cual «*[l]os Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican*». Este precepto expresa una «reserva de jurisdicción» en cuanto al control de la potestad reglamentaria y de la actuación administrativa, que parece dejar inequívocamente fijada la posición de sometimiento de la Administración a los Tribunales, sin alternativa posible, al menos cuando ésta obre conforme al principio de legalidad. La sumisión de la Administración al control jurisdiccional puede ser calificada como una garantía propia de un sistema instituido para controlar la actividad de la Administración, producto de una lucha secular por el control judicial y la exclusión de facultades jurisdiccionales de la Administración. Lo que la Constitución proscribe es que la Administración detente a través de órganos dependientes parcelas de «justicia retenida», fuera de control judicial.

No obstante, también hay que reconocer que la irrecurribilidad de una resolución administrativa arbitral no es una novedad en nuestro Derecho: la disposición adicional primera LJC-A (*Territorios Históricos y Comisión Arbitral del País Vasco*) dispone en su apartado 2 que «*[n]o corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el conocimiento de las decisiones o resoluciones dictadas por la Comisión Arbitral a que se refiere el artículo 39 del Estatuto de*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Autonomía del País Vasco», que son los *conflictos de competencia* que se puedan suscitar entre las Instituciones de la Comunidad Autónoma y las de cada uno de sus Territorios Históricos que se someten a la decisión de una comisión arbitral (cfr. la *Ley del Parlamento Vasco 13/1994, de 30 de junio, por la que se regula la Comisión Arbitral*).

En todo caso, debería aclararse si la irrecurribilidad comporta además la exclusión del ejercicio de acciones autónomas de nulidad y de revisión del laudo, así como si cabe acudir a la revisión de oficio en los términos de la LRJ-PAC.

3. Efectos.

3.1. ARBITRAJE

3.1.1. Arbitraje societario

La disposición final segunda del Anteproyecto modifica el artículo 122 LSA, para extender a los laudos arbitrales declarativos de nulidad de acuerdos societarios inscribibles, los mismos efectos registrales que las sentencias de idéntico contenido. Así:

- El laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil, de lo que se publicará un extracto en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil».

- El laudo determinará la cancelación de la inscripción del acuerdo anulado si estuviese inscrito en el Registro Mercantil, así como la de los asientos posteriores que le resulten contradictorios.

La redacción de este artículo plantea una incógnita que debería despejarse: si el laudo inscribible ha de ser o no protocolizado notarialmente —posibilidad



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

prevista con carácter general en el artículo 37.8 LA— para acceder al Registro Mercantil. A favor de no ser precisa la protocolización juega que la reforma equipara el laudo a la sentencia, por lo que el documento en el que aquél conste sería suficiente para su inscripción. A esto puede oponerse que respecto a la sentencia los títulos inscribibles son los mandamientos o testimonios expedidos por el Secretario judicial en su calidad de fedatario público, lo que no ocurre en el laudo arbitral. En segundo lugar, están las disposiciones sobre actos inscribibles: el artículo 18.1 CCo dispone que la inscripción en el Registro Mercantil se practicará en virtud de documento público y que sólo podrá practicarse en virtud de documento privado en los casos expresamente prevenidos en las Leyes y en el Reglamento del Registro Mercantil. Por su parte, este Reglamento sienta como principio respecto a los títulos inscribibles que los actos modificativos del contenido de los asientos se practicarán en virtud de documento de igual clase al requerido para la inscripción del acto que se modifica, por lo que si el acuerdo inscrito anulado por el laudo constase en documento notarial, el laudo debería igualmente ser protocolizado para su inscripción.

3.1.2. Arbitraje administrativo

La nueva disposición adicional segunda, apartado 4, LA, establece el carácter vinculante para las partes de la resolución que establezca las medidas que cada una de aquéllas deba adoptar para solucionar el conflicto o controversia planteados.

Una cuestión sin resolver expresamente y de especial importancia, es de la ejecutividad de las resoluciones administrativas que hayan dado lugar a la controversia y a su posible suspensión en el marco del procedimiento arbitral.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

3.2. MEDIACIÓN EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

El Anteproyecto modifica el artículo 77 LJC-A para introducir la mediación extraprocesal en el procedimiento ordinario, pero sin afectar al tenor de su apartado 3:

«Si las partes llegan a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el Juez o Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros.»

Esto significa que el tribunal contencioso-administrativo que tramita el proceso en cuyo marco se produce el «acuerdo que implique la desaparición de la controversia», dicta un «auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros». La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en Auto de 23 de noviembre del 2001, declara que en la transacción judicial regulada como modo de terminación del proceso en el artículo 77 LJC-A, el convenio alcanzado por los litigantes ha de ser homologado por el órgano jurisdiccional para lo que es requisito necesario que no sea manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros. Habrá que entender, por tanto, que el acuerdo de mediación, a pesar de ser extrajudicial, precisará de la homologación del tribunal contencioso-administrativo, lo que guarda armonía con lo dispuesto en el artículo 30.2 del Anteproyecto LM, en cuya virtud si el acuerdo se hubiese alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación mediante auto.

Ocurre, sin embargo, que este extremo puede no resultar relevante de prosperar el Anteproyecto LM, ya que el acuerdo de mediación, sea o no en el marco de un proceso judicial, y esté o no homologado judicialmente, es en todo caso, lo mismo que el laudo arbitral, un *título ejecutivo asimilado a título ejecutivo judicial* conforme al artículo 517.2.2º LEC —en la redacción que el da el Anteproyecto LM—



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

en relación con los artículos 518 —también afectado por esa reforma—, 520 y concordantes de la LEC.

3.3. PROCESO CONCURSAL

En el punto relativo al apartado dos de la disposición final quinta del Anteproyecto, que modifica el artículo 52.1 LC en lo relativo a la validez y eficacia de los acuerdos sobre mediación y los convenios arbitrales tras la declaración de concurso, nos remitimos a lo expuesto en el apartado de *consideraciones generales*.

IV CONCLUSIONES

Las conclusiones que siguen no incluyen todas y cada una de las materias analizadas en el presente informe, sino que se circunscriben a las que guardan mayor relación con el ejercicio de la función jurisdiccional.

1. Reordenación de la competencia de órganos jurisdiccionales

El Anteproyecto, en sintonía con el Anteproyecto para la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial —de tramitación simultánea con el informado y el de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles—, modifica la Ley de Arbitraje y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en lo que afecta a las competencias de diferentes tribunales del orden civil.

1.1. Se asigna a las **Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia** la competencia en funciones de apoyo y control judicial del arbitraje, que actualmente están residenciadas, dependiendo de la función, en los Juzgados de Primera Instancia, los Juzgados de lo Mercantil, las Audiencias Provinciales y la Sala



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de lo Civil del Tribunal Supremo. No se ha optado por una completa redistribución competencial comprensiva de otras actuaciones de apoyo al arbitraje, como la ejecución forzosa del laudo. No es previsible que la ampliación del ámbito competencial de estas Salas suponga un incremento significativo del volumen de asuntos de los que conocen, como tampoco una correlativa descarga para los actualmente competentes.

1.2. La derogación por el Anteproyecto para la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial del artículo 86 ter.2.g) de esta Ley, en cuya virtud los **Juzgados de lo Mercantil** conocen de los asuntos atribuidos a los Juzgados de Primera Instancia en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje cuando vengan referidos a materias de naturaleza mercantil, determinará que las **funciones de apoyo y control del arbitraje** que no se ven afectadas por la reasignación competencial a favor de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y que, por ello, permanezcan residenciadas en los Juzgados de Primera Instancia, serán de la competencia de estos órganos aunque se trate de materias de naturaleza mercantil.

1.3. En el **reconocimiento y ejecución de acuerdos de mediación extranjeros** la competencia objetiva se atribuye en exclusiva los Juzgados de Primera Instancia (artículo 85.6 LOPJ), con exclusión de los **Juzgados de lo Mercantil** en las materias propias de su ámbito de cognición, contrariamente a su competencia para el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras y de ejecución de resoluciones arbitrales extranjeras.

2. Modificaciones relativas al proceso civil

2.1. La reforma de los arts. 11 de la Ley de Arbitraje y 39, 65.2 y 66.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dan un **nuevo tratamiento procesal a la sumisión a arbitraje**. Se regula positivamente la excepción de arbitraje y se suprime toda referencia al arbitraje en la declinatoria por falta de jurisdicción. La excepción procesal de arbitraje podrá plantearse antes o con la contestación a la demanda,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

procediéndose a la suspensión del juicio y a la celebración de una comparecencia para resolver la excepción.

Como la reforma habla de **suspensión del «juicio»** tras el planteamiento de la excepción, habría de reconsiderar la utilización de este término y sustituirlo por «procedimiento», «curso de las actuaciones» o expresión similar, ya que técnicamente el *juicio* se sitúa en la fase final del Juicio ordinario, previa al trámite de sentencia, mientras que el trámite similar en el Juicio verbal se denomina «vista», por lo que rompería la lógica de la reforma que una vez planteada la excepción hubiera que esperar a un momento procesal tan avanzado para acordar la suspensión del procedimiento.

Para el supuesto en que el **demandado se limite a oponer la excepción de arbitraje sin contestar a la demanda de forma simultánea**, y se produzca la desestimación de la excepción, la reforma no prevé un trámite específico para que el demandado pueda contestar.

En cuanto a los **Juicios verbales**, la posibilidad de oponer la excepción con la contestación a la demanda significa que el planteamiento de la excepción y su resolución quedan diferidos a un momento procesalmente avanzado, como es el acto de la vista, sin contar con que ésta habrá de suspenderse para resolver el incidente, con lo que la excepción de arbitraje recibe un tratamiento de mayor duración que el resto de las excepciones procesales que se resuelven en la misma vista.

Finalmente, desde el punto de vista de técnica legislativa parece incorrecto que el tratamiento de una excepción que se va plantear y sustanciar en un proceso civil **no se regule en la Ley procesal civil** —que no contempla este régimen para el tratamiento de las cuestiones procesales—, sino que haya que buscarlo en un cuerpo legal dedicado al arbitraje.

2.2. La modificación del artículo 40 de la Ley de Arbitraje introduce en el procedimiento arbitral un **incidente** ante el **árbitro, previo al ejercicio de la acción de anulación**, cuando tenga por causa la **extralimitación parcial del laudo** (supuestos de incongruencia *ultra petitum* y *extra petitum*), a fin de que en sede arbitral se corrija el exceso. Este incidente se articula sin perjuicio del que prevé el artículo 30 de la misa Ley para el supuesto incongruencia omisiva.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

2.3. En relación con las **causas de nulidad del laudo**, se modifica el artículo 41.1.f) de la Ley de Arbitraje para establecer que será nulo el laudo **manifiestamente contrario al orden público**. Lo «manifiesto» no es una cualidad añadida a la propia infracción del orden público, a la que nada aporta en lo cualitativo que pudiera repercutir en su mayor o menor gravedad, sino que atañe a una mera circunstancia, como es la claridad y evidencia con que la infracción ha trascendido al exterior. Siendo así, cabe preguntarse si es acertado el blindaje jurídico de los laudos arbitrales que sean contrarios al orden público pero no de forma no manifiesta. La oposición al orden público constituye una causa de nulidad de superior entidad que no ha de supeditarse a un accidente, como es la claridad o evidencia con que se manifieste, dando primacía a un factor secundario.

Por otra parte, esta modificación no encajaría con otros textos sobre la materia: la Ley Modelo de 21 de junio de 1985, sobre Arbitraje Comercial Internacional, que constituye el principal criterio inspirador de la Ley de Arbitraje, prevé como causa de nulidad del laudo arbitral apreciable de oficio, que el laudo sea contrario al orden público del Estado; y circunscrito al arbitraje internacional, el Convenio de Nueva York el 10 de junio de 1958 prevé como causa de denegación del reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral que éstos sean contrarios al orden público.

2.4. El **procedimiento judicial de anulación de laudos arbitrales** es el Juicio verbal con especialidades. Constituye una de ellas que la **celebración de vista** debe ser solicitada por todas las partes y que, en caso contrario, se dictará sentencia sin más trámite; consecuentemente, de no celebrarse la vista el actor no habrá tenido oportunidad de pronunciarse sobre las alegaciones del demandado.

2.5. El **arbitraje societario** se regula en la Ley de Sociedades Anónimas, en sede de **impugnación de acuerdos sociales**, como instrumento alternativo al proceso jurisdiccional especial para la resolución esta clase conflictos. Es requisito la inclusión de la **cláusula de compromiso en los estatutos sociales**. Este arbitraje no constituye una completa novedad en el ámbito normativo, pues se encuentran



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

precedentes en el Reglamento del Registro Mercantil, la Ley de Cooperativas o la Ley de sociedades profesionales.

Constituye una cuestión controvertida a resolver normativamente **si estas cláusulas vinculan a terceros** que acrediten un interés legítimo, lo que en tal caso les impediría plantear un proceso judicial sobre cuestiones sometidas a arbitraje societario en los estatutos sociales.

3. Modificaciones relativas al proceso concursal

3.1. En lo concerniente a la **relación de la mediación y el arbitraje con el proceso concursal**, la reforma del art. 52.1 de la Ley Concursal cambia diametralmente la regla de validez y eficacia de los convenios arbitrales suscritos por el concursado, cuando no hayan dado lugar a un procedimiento arbitral que se encuentre en tramitación al declararse el concurso: se pasa en este supuesto de negar validez y eficacia al convenio arbitral mientras dure el concurso, a no verse afectado por la declaración del concurso (como tampoco los acuerdos de mediación). La **indemnidad de los convenios arbitrales** tendrá como consecuencia que los arbitrajes que se inicien con posterioridad a la declaración del concurso quedarán fuera del conocimiento del juez concursal, por efecto de la sumisión a arbitraje, al contrario de los procesos judiciales que se tramitarán por el juez del concurso. Por otro lado, el demandado podrá oponer la **excepción de compromiso** en el proceso judicial que inste la contraparte, lo que no cabe en la vigente regulación al quedar en suspenso la eficacia del convenio arbitral.

En cuanto al **acuerdo de mediación**, para evitar equívocos con la decisión que pone fin a la mediación, la referencia debería ser al **pacto de someter la cuestión a mediación**. Por otra parte, respecto al acuerdo de mediación en sentido propio, habrá de ser mencionado en el artículo 53.1 de la Ley Concursal si se pretende que tenga los mismos **efectos vinculantes para el juez del concurso** que el laudo.

3.2. A fin de preservar en situaciones de insolvencia la eficacia de las medidas cautelares adoptadas por los árbitros, se reforma el artículo 8.4º de la Ley



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Concursal. La modificación se traduce en que las **medidas cautelares adoptadas en procedimientos arbitrales que afecten al patrimonio del concursado** se exceptúan de la competencia del juez del concurso, sin perjuicio de que pueda denegarlas si provocan perjuicios al proceso concursal. Esta salvaguardia del proceso concursal será ineficaz si al **Juez de lo Mercantil**, como juez del concurso, se le priva de sus actuales atribuciones en materia de arbitraje por la derogación del artículo 86 ter.2.g) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, prevista en el Anteproyecto de modificación de esta Ley.

4. Modificaciones relativas al proceso contencioso-administrativo

4.1. Se introduce en el artículo 77 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la posibilidad de **mediación extraprocesal**, a fin de que las partes en un proceso de esta clase lleguen a un acuerdo fuera del mismo que le ponga fin, **quedando entretanto en suspenso el procedimiento judicial**. Esta mediación se llevará a cabo conforme a la regulación general de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. La posibilidad de mediación deberá ser puesta de manifiesto a las partes por el tribunal, que incluso podrá imponer a las partes el intento de mediación cuando la controversia sea de estimación de cantidad. No habiendo en principio obstáculos normativos para la **mediación obligatoria**, cabe reconsiderar la oportunidad de imponer la mediación en el proceso contencioso-administrativo, dado que la controversia que ha llegado a sede judicial ya viene precedida de un procedimiento administrativo, en el que se ha mantenido una situación de conflicto que se prolonga tras su finalización, una vez agotadas las posibilidades de impugnación y adopción de acuerdos que proporciona la vía administrativa. En estas circunstancias, puede resultar difícil que planteada la cuestión ante los tribunales se llegue a un acuerdo que ponga fin a la controversia como resultado de una mediación obligatoria.

Como sugerencia se propone que la mediación pueda producirse antes de la fase de alegaciones iniciales, es decir, que el Tribunal pueda **someter la cuestión litigiosa a mediación en un momento posterior a la interposición del recurso contencioso-administrativo y anterior a la formalización de la demanda**.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Problemas adicionales que suscita esta mediación obligatoria son las **dilaciones** que puede provocar si no llega a buen término, además de la repercusión en los **costes** y el modo de sufragarlos.

El Anteproyecto debería determinar el modo en que ha de evacuarse ese trámite de puesta en consideración de las partes.

4.2. La adición de un nuevo apartado 7 al artículo 106 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dedicado al **procedimiento de ejecución de condenas pecuniarias líquidas impuestas a la Administración**, amplía esta clase de ejecución a supuestos en que el crédito estuviera reconocido en un **acuerdo de conciliación o mediación**, o viniera impuesto por un **laudo arbitral**. Sobre esto último, al no estar previsto el arbitraje en esta Ley, la aplicación supletoria de la Ley de Arbitraje señala como **órgano competente para la ejecución forzosa del laudo** al Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado. En consecuencia, la reforma habría de **determinar el órgano del orden contencioso-administrativo objetiva y territorialmente competente** a efectos de ejecución forzosa del laudo arbitral en el que la Administración haya sido parte condenada al pago de una cantidad líquida de dinero.

4.3. La novedosa regulación del **arbitraje administrativo** para la resolución de controversias de esta naturaleza lo establece con carácter **obligatorio**. La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa admite excepcionalmente el recurso a la vía judicial en las controversias entre entes de Derecho administrativo. Consecuentemente, el carácter obligatorio de este arbitraje y la exclusión del acceso a la jurisdicción plantean dudas de constitucionalidad al haber reconocido la jurisprudencia constitucional el **derecho al proceso de las entidades públicas** cuando estén legalmente legitimadas.

4.4. Se prevé que **no sea recurrible** ante los Tribunales de Justicia la **resolución del arbitraje administrativo** dictada por el órgano competente —la **Comisión Delegada para la Resolución de controversias Administrativas**—, lo que se traduce en una adición al catálogo de actos excluidos del conocimiento de la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

jurisdicción contencioso-administrativa, sin modificación del artículo 3 de su Ley reguladora. Esta irrecurribilidad del laudo administrativo y la exclusión del control jurisdiccional pueden entrar en conflicto con la **reserva de jurisdicción del artículo 106.1 de la Constitución**, a tenor del cual las Tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican. En todo caso, debería aclararse si queda excluido el ejercicio de **acciones autónomas de nulidad y de revisión del laudo**, así como si cabe acudir a la **revisión de oficio** en los supuestos previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Es todo cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial.

Y para que conste y surta efectos, extiendo y firmo la presente en Madrid, a diecinueve de mayo de dos mil diez.