

**EL ARBITRAJE EN LAS DISTINTAS  
ÁREAS DEL DERECHO**



Volumen 3

BIBLIOTECA DE  
ARBITRAJE

# *Arbitraje*

EL ARBITRAJE  
EN LAS DISTINTAS  
ÁREAS DEL DERECHO  
Primera Parte

Director:  
Jorge Luis Collantes González



## ÍNDICE

Indice	7
1. PRÓLOGO	
Dr. Mario Castillo Freyre.	13
<i>Profesor Principal de Derecho de Obligaciones de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima.</i>	
<i>Director de la Biblioteca de Arbitraje.</i>	
2. AGRADECIMIENTOS	
Lic. Jorge Luis Collantes González.	55
<i>Licenciado en Derecho por la Universidad Internacional de Cataluña.</i>	
<i>Director de la obra Colectiva.</i>	
<i>Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.</i>	
3. PARTE I. LA LEGITIMIDAD DEL ARBITRAJE	
CAPÍTULO 1.	
EL ARBITRAJE Y SU LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL	61
<i>Dr. Ramón Escaler Bascompte</i>	
<i>(Universidad Pompeu Fabra).</i>	
CAPÍTULO 2.	
LA PRETENSIÓN DE ANULACIÓN DEL LAUDO	
ARBITRAL Y LA POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES ESTATALES	
ANTE ELLA EN LA LEY 60/2003 DE 26 DE DICIEMBRE DE 2003	91
<i>Dr. Julián-Pedro González Velasco</i>	
<i>(Universidad San Pablo-CEU).</i>	

4. PARTE II. ARBITRAJE Y DERECHO PÚBLICO

CAPÍTULO 3.

ARBITRAJE Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS 125

*Dr. Julio V. González García*

(Universidad Complutense de Madrid).

CAPÍTULO 4.

EL ARBITRAJE Y EL DERECHO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA 155

*Dra. Beatriz Díaz Madrera*

(Universidad de Oviedo)

CAPÍTULO 5.

ARBITRAJE Y DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE 183

*Dr. Francisco Javier Junceda Moreno*

(Universidad Internacional de Cataluña).

CAPÍTULO 6.

ARBITRAJE Y DERECHO PENAL: ¿VIABILIDAD DE UN  
ARBITRAJE EN MATERIA PENAL? 201

*Dra. Rosa María Ventas Sastre*

(Universidad Rey Juan Carlos de Madrid).

CAPÍTULO 7.

ARBITRAJE Y RECIENTES DESARROLLOS EN MATERIA  
DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, NO DISCRIMINACIÓN  
Y ACCESIBILIDAD POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD 227

*Dr. Miguel Ángel Dávila Fernández de Marcos*

(Universidad Europea de Madrid).

1. PARTE III. ARBITRAJE Y DERECHO PRIVADO

CAPÍTULO 8.

EL ARBITRAJE EN DERECHO SOCIETARIO 269

*Dra. María del Pilar Perales Viscasillas*

(Universidad de La Rioja).

CAPÍTULO 9.  
ARBITRAJE Y DERECHO DE LA COMPETENCIA 313  
*Dra. Marta Gonzalo Quiroga*  
(Universidad Rey Juan Carlos de Madrid).

CAPÍTULO 10.  
EL ARBITRAJE Y EL DERECHO DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS 357  
*Dr. Javier Guillén Caramés*  
(Universidad Rey Juan Carlos de Madrid).

CAPÍTULO 11.  
ARBITRAJE Y RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONTROVERSIAS  
EN EL DERECHO DE LA PUBLICIDAD:  
CARACTERIZACIÓN Y EFICIENCIA DEL AUTOCONTROL  
DE LA PUBLICIDAD EN ESPAÑA 417  
*Dra. Susana Pérez Escalona*  
(Universidad de La Rioja).

CAPÍTULO 12.  
ARBITRAJE Y DERECHO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL:  
LA COMISIÓN MEDIADORA Y ARBITRAL EN LA PROPIEDAD INTELECTUAL 457  
*Dr. Domingo Bello Janeiro*  
(Universidad de A Coruña).

Volumen 4

CAPÍTULO 13. 11  
EL ARBITRAJE EN EL ÁMBITO MARÍTIMO.  
*Dra. Bárbara de la Vega Justribó*  
(Universidad Carlos III de Madrid).

CAPÍTULO 14. 43  
ARBITRAJE Y DERECHO DE FAMILIA.  
*Dra. Isabel Viola Demestre*  
(Universidad de Barcelona).

CAPÍTULO 15. 75  
ARBITRAJE Y DERECHO DE SUCESIONES:  
EL ARBITRAJE TESTAMENTARIO  
*Dra. Fátima Yañez Vivero*  
(Universidad Nacional de Educación a Distancia).

CAPÍTULO 16.	
ARBITRAJE Y DERECHO DEPORTIVO	113
<i>Dra. Aránzazu Roldán Martínez</i>	
(Universidad Europea de Madrid).	

CAPÍTULO 17.	
ARBITRAJE Y DERECHO LABORAL:	
PUNTOS CONFLICTIVOS DEL ARBITRAJE EN MATERIA	
ELECTORAL Y DE LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DEL LAUDO	
(DOCTRINA JUDICIAL ESPAÑOLA)	151
<i>Dra. Marta Arroyo González</i>	
(Universidad Europea de Madrid).	

CAPÍTULO 18.	
ARBITRAJE Y DERECHO INMOBILIARIO:	
LOS PROCESOS ARRENDATICIOS, EN CONCRETO,	
LOS RELATIVOS A LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO,	
AL DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO, Y LA SUMISIÓN	
A TRIBUNALES ARBITRALES	187
<i>Dra. Sol González Seoane</i>	
(Universidad San Pablo-CEU).	

## 2. PARTE IV. EL ARBITRAJE EN LA SOCIEDAD INTERNACIONAL Y EL ENTORNO JURÍDICO DE NUESTROS DÍAS

CAPÍTULO 19.	
ARBITRAJE Y DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO	223
<i>Lic. Jorge Luis Collantes González</i>	
(Universidad Internacional de Cataluña).	

CAPÍTULO 20.	
ARBITRAJE Y DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL	
(A PROPÓSITO DE LOS PROBLEMAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO)	245
<i>Dra. Lidia Moreno Blesa</i>	
(Universidad Europea de Madrid).	



<p>CAPÍTULO 21.</p> <p>ARBITRAJE Y DERECHO COMUNITARIO EUROPEO  (A PROPÓSITO DE LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS  EN EL MARCO DE ORDENAMIENTOS SUPRANACIONALES  EN MERCADOS ÚNICOS)</p> <p><i>Dra. Cristina Hermida del Llano</i>  (Universidad Rey Juan Carlos de Madrid).</p>	287
<p>CAPÍTULO 22.</p> <p>ARBITRAJE Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES</p> <p><i>LLM. Nicolás Zambrana Tévar</i>  (Universidad de Navarra).</p>	323
<p>CAPÍTULO 23.</p> <p>EL ARBITRAJE A LA LUZ DE LAS JURISDICCIONES INTERNACIONALES:  LOS TRIBUNALES ARBITRALES INTERNACIONALES</p> <p><i>Dra. Carmen Parra</i>  (Universidad Abat Oliba de Barcelona).</p>	363
<p>CAPÍTULO 24.</p> <p>EL SISTEMA ARBITRAL DEL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO  DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI)</p> <p><i>LLM. Pedro Claros Alegría</i>  (Cuatrecasas Abogados).</p>	409
<p>CAPÍTULO 25.</p> <p>EL ARBITRAJE EN EL MARCO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL  DE COMERCIO</p> <p><i>Dra. Esther López Barrero</i>  (Universidad Politécnica de Madrid).</p>	473
<p>LOS AUTORES</p>	513



## PRÓLOGO

La *Biblioteca de Arbitraje* de nuestro Estudio se honra en presentar sus volúmenes 3 y 4, que conforman la obra colectiva titulada *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*.

Como se recuerda, en noviembre del 2006 apareció el primer volumen de la *Biblioteca de Arbitraje*, el mismo que lleva por título *Arbitraje. El Juicio Privado: La verdadera reforma de la justicia*, que escribí junto a mi colega, amigo y socio, el doctor Ricardo Vásquez Kunze.

Algunos meses después fue publicado el volumen 2 de la referida *Biblioteca*, titulado *Arbitraje y debido proceso*, obra colectiva escrita por integrantes de nuestro Estudio de Abogados.

Era la intención que los dos primeros volúmenes de la *Biblioteca* fuesen —como lo fueron— obras escritas en su integridad por miembros del Estudio, recogiendo algunas de las experiencias colectivas que en el ámbito profesional hemos vivido, ya sea como árbitros o como abogados de parte.

Pero, no es nuestra intención que la *Biblioteca de Arbitraje* sólo se circunscriba a publicar trabajos propios del Estudio, habida cuenta de la enorme riqueza y variedad de pensamiento del medio académico y profesional peruano y extranjero.

En ese sentido, es que surge la idea de nuestro amigo el Licenciado Jorge Luis Collantes González, compatriota peruano radicado hace tres lustros en España, para invitar a un grupo selecto de profesores de ese país, a escribir una obra colectiva cuya temática simboliza —de la me-

jor manera— el auge que el arbitraje va teniendo en las sociedades contemporáneas.

*El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, representa una llamada de atención —a nuestro juicio definitiva— en el sentido de que el arbitraje es capaz de incursionar, y lo viene haciendo en una serie de ámbitos del Derecho y de la vida en sociedad, en donde hasta hace muy poco resultaba impensable su ingreso.

Esta obra nos demuestra que el arbitraje ha ido sentando sus bases en el Derecho Público y dentro de éste, en asuntos relativos a las administraciones públicas, al Derecho de la Contratación Pública, al Derecho del Medio Ambiente, en el Derecho Penal y hasta en materias tan puntuales e importantes como la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad por razón de discapacidad.

Por otra parte, si bien es cierto que el ámbito del arbitraje también ha estado enmarcado de manera tradicional en el Derecho Privado, resulta en extremo interesante apreciar cómo el mismo se aplica hoy en día en Derecho Societario, Derecho Laboral, Derecho de la Competencia, Derecho de los Consumidores y Usuarios, Derecho de la Publicidad, Derecho de la Propiedad Intelectual, Derecho Marítimo, Derecho Deportivo, Derecho Inmobiliario, Derecho de Sucesiones y hasta en materias en donde la incursión del arbitraje representa toda una novedad, como es el caso del Derecho de Familia.

De otro lado, no cabe duda de que el arbitraje ha ido ganando terreno, tanto en el aspecto público como en el privado fuera de las fronteras de los países.

Así, en esta obra podemos apreciar trabajos muy importantes sobre el arbitraje en el Derecho Internacional Público, el Derecho del Comercio Internacional, el Derecho Comunitario Europeo, la Protección de inversiones, las Jurisdicciones internacionales (tribunales arbitrales internacionales), el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones y la Organización Mundial de Comercio.

Como podrá apreciar el lector, se trata de una obra colectiva que toma como eje central de análisis el Derecho Español y sus relaciones con los Derechos extranjeros.

Sin embargo, *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, representa para el Perú un necesario punto de partida desde el cual el arbitraje puede ir abriendo sus horizontes en áreas en las que no ha incursionado en nuestro país; y no precisamente, por tratarse de materias no arbitrables por razones de orden público, sino en lo fundamental porque se ha considerado como valor entendido que en ellas o no cabe el arbitraje, o el mismo ha sido visto como un elemento ajeno a la solución de controversias.

Como se recuerda, independientemente de la breve y nada fructífera regulación que tuvo el arbitraje en el Código de Procedimientos Civiles peruano de 1912, éste adquiere categoría normativa importante con el Código Civil de 1984 (artículos 1909 a 1922), en donde fue regulado a través de la hoy superada y derogada distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral.

Estas normas fueron derogadas por la primera disposición final de la primera Ley General de Arbitraje, que rigió en el Perú, Decreto Ley n.º 25935, promulgado el 7 de noviembre de 1992 y publicado en el diario oficial «El Peruano» el 10 de diciembre de ese año.

No cabe duda de que esta norma fue la base en virtud de la cual el arbitraje empezó a echar raíces en nuestro país, en el primer quinquenio de los años noventa del siglo XX.

No obstante, ese desarrollo se vio promovido y acentuado por la actual Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, promulgada el 3 de enero de 1996 y publicada en el diario oficial «El Peruano» dos días después.

El arbitraje también se ha visto notoriamente respaldado por el artículo 139 de la Constitución Política del Perú de 1993, cuando le reconoce una existencia jurídica de carácter jurisdiccional, de excepción a la

jurisdicción unitaria y exclusiva del Estado. Razón por la cual, para el ordenamiento jurídico peruano, el arbitraje es una forma oficial, aunque no estatal, de administrar justicia.

A la normatividad legal descrita, que ya de por sí es notablemente promotora del arbitraje, se debe agregar la legislación relativa a la contratación del Estado para la adquisición de bienes y servicios. De acuerdo al régimen legal vigente, todo contrato que celebre el Estado a estos efectos, debe incluir en el Perú una cláusula arbitral para solucionar las controversias en arbitraje de derecho.

Si se tiene en consideración que esta norma rige tanto para la contratación a nivel de la administración pública nacional, como para las administraciones públicas regionales y locales, y si tenemos en cuenta que el Estado peruano es —con holgura— el más grande contratante de bienes y servicios dentro del territorio de la República, ya podemos imaginar la cantidad infinita de contratos en los que se insertan cláusulas arbitrales, de modo tal que, a pesar de no existir estadísticas al respecto, no sería raro que en más de la mitad de los procesos arbitrales que se siguen en el Perú, el Estado sea una de las partes.

Si bien es cierto que la experiencia arbitral peruana de los últimos quince años ha sido fructífera y ha demostrado un crecimiento notable del arbitraje, es todavía incipiente el conocimiento que sobre esta institución existe en la sociedad, e incluso en algunos sectores o ámbitos del medio jurídico nacional.

Es por ello que resulta en extremo importante publicar en nuestro país una obra como *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, que recoge la experiencia vivida en España sobre el particular, y los avances producidos en los diferentes sectores de la sociedad en materia arbitral. Ellos pueden representar claros indicadores y derroteros que el Derecho peruano podría evaluar y seguir en beneficio de la solución más idónea de las controversias y de la institución arbitral, que tanto contribuye a tal objetivo.

Quiero agradecer profundamente a nuestro amigo, el Licenciado Jorge

Luis Collantes González, por haber ideado, concebido y dirigido esta valiosa obra colectiva, al igual que a todos los distinguidos profesores que escriben en ella, provenientes de las más prestigiosas universidades españolas.

En este sentido, me he permitido consignar en estas palabras introductorias, un breve resumen de cada uno de los trabajos que integran *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, los mismos que paso a detallar a continuación.

La primera parte versa sobre la legitimidad del arbitraje. Su Capítulo 1 contiene el trabajo titulado *El arbitraje y su legitimidad constitucional*, en el que su autor, el profesor Ramón Escaler Bascompte, señala que existe un problema común en los distintos países: la congestión de asuntos en la justicia estatal, lo que provoca que cada vez resulte más complicado hallar una verdadera tutela efectiva en la misma y haga plantearse la necesidad de buscarla en fórmulas extrajudiciales. Sin embargo, indica que el problema se ahonda cuando las vías alternativas no aseguran unos protocolos de garantías procesales mínimas, paralelos a los que ofrece la justicia ordinaria.

Relata que en España inicialmente el Tribunal Constitucional abogó por una defensa a ultranza del principio de exclusividad de los tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional, admitiendo solamente la vía arbitral cuando las partes de forma expresa manifiestan su acuerdo de acudir a ella. Esta admisión se justifica, según el autor, en la autonomía de la voluntad de las partes y se compatibilizaba perfectamente con el mencionado principio de exclusividad, denegando con rotundidad los arbitrajes obligatorios.

No obstante, recuerda Escaler que en los últimos tiempos el propio Tribunal Constitucional ha reconocido al arbitraje la función de equivalente o sustitutivo a la jurisdicción del Estado. Refiere que se ha decidido flexibilizar desde un punto de vista de legitimidad constitucional la fórmula para manifestar la voluntariedad de sometimiento a arbitraje. Con ello —anota— se

quiere decir que para flexibilizar los requisitos que legitiman la constitucionalidad del arbitraje como se ha hecho en España, habrá que atender a la confianza que despierte el funcionamiento de los arbitrajes en cada uno de los países.

Según explica Ramón Escaler, las sentencias del Tribunal admiten la constitucionalidad de aquellos arbitrajes en que el consentimiento de las partes a someterse a ellos, se presupone por ley, si es que cualquiera de esas partes puede renunciar unilateralmente a la fórmula antes de que se manifieste el conflicto. Es decir, siempre y cuando los potenciales litigantes sean conocedores de la posibilidad de manifestar la renuncia, se admite la constitucionalidad del arbitraje.

En consecuencia, según el autor, podría entenderse que la voluntariedad del sometimiento a arbitraje se manifestará en el momento en que un determinado sujeto decida libremente entablar relaciones jurídicas en un ámbito del ordenamiento para el cual estuviera prevista la necesidad de solucionar los conflictos acudiendo al arbitraje. Si esto es así —dice Escaler— de conformidad con la Constitución y la Ley de Arbitraje de España, pueden desjudicializarse sin mayor inconveniente ciertos sectores jurídicos.

En cualquier caso, lo que no se puede negar —sostiene el autor— es que la Constitución se debe respetar en todo sistema de solución de litigios, judicial o extrajudicial. Es más, agrega que, en el supuesto en que se admita una mayor asimilación entre ambos sistemas, con mayor razón debiera decaer la interpretación literal de la Constitución, que impide plantear cuestiones de inconstitucionalidad cuanto menos en los arbitrajes de derecho.

El Capítulo 2 de la primera parte de la obra, está integrado por el trabajo titulado *La pretensión de anulación del laudo arbitral y la posición de los tribunales estatales ante ella en la Ley 60/20003 de 26 diciembre de 2003*, en el que su autor, el profesor Julián-Pedro González Velasco, señala que el hecho de someterse las partes voluntariamente al arbitraje,



no puede implicar menoscabo alguno del derecho a la tutela efectiva que la Constitución reconoce a todos.

Indica que elegida esta vía a la que se someten, es en ella donde deben las partes encontrar la decisión que resuelva la cuestión litigiosa, sin que el acceso a los tribunales estatales pueda utilizarse como medio de revisión de lo resuelto, al limitarse su función al control externo sobre la observancia de los trámites y formalidades diseñados para garantizar el efectivo derecho a la tutela jurisdiccional, sin posibilidad de someter de nuevo y fuera de este proceso de anulación, el conflicto ante los tribunales estatales.

Según anota González Velasco, se puede decir que los tribunales estatales desempeñan una función importante en relación a la que los árbitros desarrollan en todo arbitraje: en primer lugar, mediante el apoyo y en segundo lugar, en el proceso de ejecución del laudo arbitral.

El autor concuerda con la posición del Tribunal que sostiene que la anulación no se trata de un recurso en sentido propio, sino de una acción rescisoria fundada en motivos tasados (*numerus clausus*) y orientada única y exclusivamente a obtener un pronunciamiento constitutivo: la creación de una situación nueva, ya que a partir de la anulación, un laudo, que es firme, válido y ejecutivo desde que se dicta, deja de serlo.

Así, indica que la pretensión de anulación se constituye en el elemento de conexión entre árbitro y tribunal estatal, de tal forma que el Estado a través de éstos, y siempre, a instancia de parte interesada, pudiera controlar la observancia de los principios y garantías procesales durante la actividad arbitral, aunque no de forma libre y amplia, sino en virtud de motivos tasados.

Según expone González Velasco, en el proceso de anulación queda fuera de su enjuiciamiento y decisión el examen de las cuestiones de hecho y de derecho que las partes plantearon al tribunal arbitral. Indica que esta no revisión sobre el fondo, es el efecto propio del contrato de

compromiso en el que las partes, por voluntad común, han renunciado expresamente a someter sus divergencias a los tribunales estatales, atribuyendo la resolución de las mismas al tribunal arbitral al que han de atenerse, debiendo asumir sus decisiones.

Es más, agrega el autor que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no exige al Estado el establecimiento de nuevos procesos sobre la misma cuestión, mas aún cuando no permite recursos, y mantiene instituciones como la firmeza, y ampara la cosa juzgada como columna central de la función jurisdiccional.

Finalmente señala que como lógica consecuencia directa de su naturaleza extraordinaria, si la causa de pedir la anulación no calza dentro de las causales señaladas taxativamente en la ley, se procederá a la desestimación del recurso.

La segunda parte de *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, está dedicada al Arbitraje y el Derecho Público y está compuesta por cinco capítulos.

El primero de ellos (Capítulo 3 de la obra), es el trabajo titulado *Arbitraje y administraciones públicas*, en el que su autor, el profesor Julio V. González García afirma que el ámbito del arbitraje en relación con el Derecho Administrativo no se vincula a una única realidad; por el contrario, existen por lo menos tres tipos de situaciones en las que hay algún margen de actividad para los procedimientos arbitrales: por un lado, los casos en los que los entes públicos adoptan el papel de árbitro en un conflicto entre particulares, derivado de la voluntariedad.

El segundo tipo de procedimiento arbitral según Julio Gonzales, se presenta cuando la Administración participa en procedimientos arbitrales, siendo parte del proceso, lo cual —sostiene— no deja de plantear interrogantes derivadas de la posición institucional de la Administración y del tipo de potestades que ejerce. En este caso, indica nos encontramos no ante un mecanismo de sustitución de la vía jurisdiccional, sino de los procedimientos de recurso en vía administrativa.

Y además, con el agravante de que se trata de un medio de resolución de conflictos que es de naturaleza obligatoria, ya que la falta de utilización del mismo impide el ulterior acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Refiere el autor que este último dato, claramente, altera la naturaleza voluntaria del arbitraje, como señaló en reiteradas ocasiones la jurisprudencia constitucional. Por ello, agrega, la consecuencia sobre la constitucionalidad o no de las figuras arbitrales, depende también de las posibilidades de impugnación de la decisión administrativa.

Y en tercer lugar, anota Julio González que el proceso de globalización nos conduce directamente a los procedimientos internacionales en los que participa el Estado y que atañen a la seguridad de las inversiones. Así pues, cuando hablamos de las decisiones administrativas, encontramos de dos tipos, unas de carácter público y otras de carácter privado, con regímenes diferentes.

Señala que las primeras, que son las que se dictan en el marco de procedimientos obligatorios, nada se distinguen de los restantes actos administrativos y, en consecuencia, rige el principio de ejecutoriedad de los mismos. Precisamente por ello según González, el acto sólo se puede impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa y por los mismos mecanismos que los restantes actos administrativos.

Explica que en el caso de los arbitrajes voluntarios, el régimen de los actos de la Administración sería el mismo que el de los laudos arbitrales privados. Es la consecuencia —dice González— de que el ente público adopte una posición equivalente a la del árbitro privado y por ello, la decisión será impugnable ante la jurisdicción civil; e indica que por las mismas causas y procedimientos que recoge la Ley de arbitraje, dispone del efecto de cosa juzgada y no posee ninguna de las características consustanciales de los actos administrativos. En este sentido, según el autor, la propia ejecución de la decisión administrativa corresponde no a la Administración sino al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde, se ha dictado el acto.

Refiere también que en el ámbito del Derecho público la admisibilidad depende de la disponibilidad que tenga la Administración de la materia sobre la que se proyecta el futuro arbitraje, lo cual dependerá de los supuestos en que el ordenamiento haya previsto reglas especiales o por aplicación de principios generales.

Afirma asimismo, González, que la propia naturaleza de las Administraciones públicas y las condiciones para que se produzca un control judicial efectivo, plantean interrogantes difíciles de subsanar. El arbitraje en este sentido, según el autor, constituye una forma privilegiada, en la medida en que contribuye a determinar previamente el derecho aplicable y sobre todo, rompe las cadencias temporales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El Capítulo 4 de la obra está constituido por el trabajo titulado *El arbitraje y el Derecho de la contratación pública*, en el que su autora, la profesora Beatriz Díaz Madrera, comenta que en España, a diferencia de lo que ocurre en algunos países, no existe una Ley que establezca el régimen jurídico del arbitraje administrativo, por lo que la doctrina ha venido extrayendo las notas del sistema arbitral positivizado, en atención a las concretas referencias contenidas en las normas.

En consecuencia, indica que el arbitraje en el contexto de los contratos públicos, se somete a los exigentes condicionamientos que establece la Ley n.º 47/2003 de 26 de noviembre de 2003, Ley General Presupuestaria, y que obstaculizan su empleo, posibilitándose únicamente en el caso de que se haya dictado dicho Decreto, acordado por el Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en pleno.

De este modo, según relata Díaz Madrera, el artículo 60.2 del TRLCAP (*Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*), siguiendo el camino trazado por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), instaurará un arbitraje en el sentido

estricto del término, de carácter voluntario y con efectos de cosa juzgada.

Así, pues —continúa— en materia de contratación pública, en principio cualquiera que sea la nacionalidad del contratista, los conflictos emanados del contrato serán conocidos por la jurisdicción de los tribunales españoles. No obstante, la Administración puede según lo dispuesto en la Ley, someter a arbitraje las diferencias derivadas del contrato, aplicándose reglas diversas según se trate de empresas nacionales o extranjeras.

Indica que respecto a los contratos administrativos celebrados por la Administración española fuera del territorio del Estado con empresas extranjeras, la inclusión de cláusulas arbitrales en los mismos en principio, ofrece una opción beneficiosa para las partes, puesto que garantiza la neutralidad de la resolución. De esta forma, los contratistas extranjeros no estarán obligados a someterse a Tribunales de un país que no es el suyo. Sin embargo, precisa que cuando contrata con empresas nacionales, el empleo del arbitraje está sometido a los condicionamientos a los que se ha hecho mención.

La autora hace referencia a los contratos de obra, y comenta que el arbitraje contemplado en la ley, se formula como una opción para el contratista. Sin embargo, indica que a pesar de la voluntariedad no es posible hablar de un verdadero arbitraje administrativo, puesto que nada impide que el acuerdo de la Junta sea recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Falta en consecuencia, la nota diferenciadora esencial del arbitraje, esto es, la fuerza de cosa juzgada.

Señala Beatriz Díaz Madrera que, no obstante a que la insuficiencia normativa fue denunciada por la doctrina, la actual normativa de contratos, lejos de aprovechar la ocasión de disciplinar el régimen jurídico del arbitraje, contiene una regulación caracterizada por la dispersión y la confusión. En ese sentido, recuerda que las referencias al arbitraje se hallan diseminadas por las normas, haciendo alusión a instituciones jurídicas diversas, sin un respaldo normativo, sin una regulación general que permita la articulación de estos mecanismos, en este caso

con el fin de resolver los conflictos surgidos en materia contractual.

Por todo ello, sin ignorar las dificultades constitucionales que atraviesa el establecimiento del arbitraje como alternativa jurisdiccional, la autora subraya la necesidad de que se apruebe una Ley de Arbitraje, en la que se establezcan las normas por las que haya de sustanciarse esta fórmula de resolución de conflictos. Así, piensa que deberán precisarse cuáles son las materias objeto de arbitraje en este ámbito, establecerse las normas donde se establezca el carácter unipersonal o colegial de los árbitros, el número y elección de los mismos, acerca de su actuación, sobre la posibilidad de adoptar medidas cautelares, procedimiento de adopción del laudo arbitral, ejecución del mismo, posibilidad de impugnación, etc.

El Capítulo 5 de la obra está compuesto por el trabajo titulado *Arbitraje y Derecho del Medio Ambiente*, en el que su autor el profesor Javier Junceda Moreno, señala que el tema ambiental es significativamente idóneo para ser abordado desde el arbitraje, toda vez que, en el entorno jurídico constitucional de España, no cabe la absolutización de la norma ambiental ni de aquella que propicia un mejor desarrollo económico, debiéndose siempre vetar cualquier actuación pública o privada unidireccional o radical en alguno de esos dos sentidos. Precisa que como aquí prima la adecuada compaginación de valores, el método arbitral es sin duda el más apto para conseguirlo.

Refiere el autor que en la particular cuestión del arbitraje ambiental, se cuenta tan sólo con la Ley de Protección General del Medio Ambiente del País Vasco, en cuyos artículos se dispone que los procedimientos administrativos derivados de la aplicación de dicha Ley, exceptuando aquellos que versen sobre materias no sujetas a transacción, podrán concluir mediante acuerdo entre el solicitante y la Administración competente, pudiéndose optar por la negociación directa o a través de mediadores o conciliadores nombrados de común acuerdo.

Piensa Junceda que la arquitectura institucional de este sistema de arbitraje ambiental vasco, pionero en España, pasa por confiar en una negociación entre Administración e interesados, por término de tres

meses, transcurridos los cuales sin lograr un acuerdo, la Administración resolverá definitivamente el expediente, pudiéndose sustituir el acto definitivo por la firma de un acta de conciliación o documento equivalente, cuyo contenido se formalizará como resolución definitiva.

A su vez, puntualiza que el artículo 20 de esta Ley establece que las resoluciones de carácter ambiental que no pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridas opcionalmente mediante los habituales recursos previstos por la ley, o bien solicitando una resolución por vía de mediación, conciliación o arbitraje, para lo cual la designación de los mediadores, conciliadores o árbitros se deberá hacer de común acuerdo y su actuación deberá darse antes de que se agote el plazo que con carácter general se haya establecido para la resolución del recurso.

Agrega Junceda que este acertado sistema de resolución de conflictos ambientales se cierra con los límites que figuran en su propia Ley reguladora, por cuanto a decir del artículo 21, la Administración pública vasca deberá respetar, en la terminación convencional de los procedimientos o recursos, las disposiciones sustantivas del ordenamiento jurídico (por lo que se circunscribe el arbitraje a su modalidad jurídica, no de equidad), al interés general de protección ambiental, y, en fin, a los derechos de los terceros, eventualmente afectados por el acuerdo arbitral.

El Capítulo 6 de *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, está compuesto por el trabajo titulado *Arbitraje y Derecho Penal: ¿Viabilidad de un arbitraje en materia penal?*, en el que su autora la profesora Rosa Ventas Sastre, señala que el objeto de este trabajo es incidir en una eventual viabilidad del arbitraje en determinadas materias penales, fundamentalmente en los delitos privados o semipúblicos, cuyo origen sea un conflicto económico, toda vez que los delitos privados o semipúblicos son materias de libre disposición, porque queda a la libre voluntad del ofendido o agraviado el ejercicio de la acción penal. En cualquier caso —indica— en materia de delitos privados o semipúblicos, si las partes optan tanto por la mediación, con anterioridad a la formulación de la imputación de los hechos, como por

el arbitraje. No cabe duda de que la resolución del conflicto habrá sido —desde todo punto de vista— extrajudicial, al margen del órgano judicial.

En este sentido, la finalidad última perseguida por la mediación es llegar a alcanzar una justicia restaurativa, que sustituya a la vindictiva a través de un acuerdo no retributivo entre ofensor y víctima.

Ahora bien según indica Ventas Sastre, existe la mediación penal en delitos cometidos por un menor. En este caso, la mediación viene a ser un proceso de interacción entre el delincuente y la víctima donde interviene un tercero, que no es árbitro ni juez, sino que tan sólo contribuye a que otros decidan y se pongan de acuerdo en la adopción de una solución no punitiva ante el conflicto delictivo planteado.

Opina la autora que los programas de mediación y conciliación representan la mejor garantía de solución eficaz del conflicto social entre menores infractores y víctimas. De una parte porque permiten dejar al menor que ha cometido un hecho de escasa importancia, al margen de la Justicia penal evitando —de este modo— los efectos estigmatizantes del proceso, a la vez que facilitan una actuación resocializadora a través de actuaciones extrajudiciales de destacado contenido educativo. De otra parte, porque proporcionan un elemento de satisfacción a la víctima. Y desde los intereses económicos del Estado, opina que se evita el gasto excesivo que supone el internamiento en un centro de menores. En este caso —agrega— se trata de un enfoque directo, o bien mediante tareas de reparación a la sociedad u otros servicios a la comunidad. Resalta que todo acto reparador o conciliador implica no sólo la reparación a la víctima, sino también el arrepentimiento del autor como resultado de su responsabilidad por la falta o delito cometido.

En definitiva según Rosa Ventas Sastre, diversificar la respuesta penal a través de la reparación o conciliación, aplicando el principio de oportunidad, aunque ya haya comenzado el proceso, y un verdadero reconocimiento no sólo de los derechos del menor sino también de la



víctima, debe ser el eje central sobre el que gire la Justicia de Menores.

La autora considera resulta necesario alentar, desarrollar y mejorar los métodos alternativos de solución de conflictos ya existentes en el ámbito del Derecho penal de menores, y promover nuevos programas y mecanismos, en la medida en que los actuales son todavía escasos y poco desarrollados. Ello porque se ha comprobado que los niveles de reincidencia de los jóvenes es menor al de aquellos que permanecieron en un procedimiento estrictamente penal.

El Capítulo 7 de la obra colectiva está compueseto por el trabajo *Arbitraje y recientes desarrollos en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad*, en el cual su autor el profesor Miguel Ángel Davara Fernández de Marcos, partiendo de la revisión de la Constitución española, se refiere a los derechos de igualdad y no discriminación que asisten a todas las personas, de manera específica, alude a las personas con discapacidad. En este sentido señala que los discapacitados mantienen, desde un punto de vista jurídico, los mismos derechos, libertades y deberes civiles y políticos constitucionales que el resto de los ciudadanos; sin embargo, en la práctica, su especial condición dificulta el ejercicio real de dichos derechos, por lo que este colectivo precisa de medidas protectoras específicas para garantizar el ejercicio efectivo de sus derechos y responsabilidades.

Se sostiene que a lo largo de la historia, los discapacitados han sido considerados de manera distinta, lo que se ha visto reflejado en un tratamiento jurídico diferenciado. Las personas con discapacidad reciben así, protección en los distintos niveles, tanto en el internacional como en el interno. De esta forma el autor desarrolla la protección otorgada en el ámbito internacional, en el ámbito interno español y a nivel de la Comunidad Autónoma de Madrid.

Así, al realizar un análisis normativo, el autor menciona el arbitraje como medio alternativo de solución de controversias y desarrolla el contenido del Real Decreto 1417/2006, 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. Al respecto, señala que el gran logro de esta norma radica en que con ella, por primera vez las personas con discapacidad dispondrán de un servicio especial de arbitraje para resolver problemas derivados de las quejas y reclamaciones, sin necesidad de acudir a la vía judicial, con todas las ventajas que ello implica.

Finalmente, concluye citando jurisprudencia relacionada con el tema bajo análisis, señalando el progreso que constituye contar con una regulación especializada y alternativa a la judicial para la protección de este grupo de personas.

La tercera parte de *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, versa sobre Arbitraje y Derecho privado, y está integrada por los capítulos 8 a 18.

El Capítulo 8 está representado por el trabajo *El arbitraje en Derecho Societario*, en el que su autora la profesora María del Pilar Perales Viscasillas, aclara diversas interrogantes que aún no han sido discutidas a profundidad a nivel doctrinario, habida cuenta de que someter disputas societarias a arbitraje no ha ganado todavía aceptación plena en la doctrina y jurisprudencia españolas.

La autora analiza la llamada arbitrabilidad objetiva o *rationae materiae*, que hace referencia a que la materia que es objeto de la disputa, sea susceptible de sometimiento a arbitraje, es decir que se trate de una materia de libre disposición conforme a Derecho, poniendo especial énfasis en el hecho de que sí resulta posible que el Derecho Societario sea incluido dentro de este concepto.

Muchas son las interrogantes que se plantean en este trabajo, siendo una de ellas por ejemplo, la relativa a si el Registrador puede denegar la inscripción de una escritura de constitución o los estatutos de una sociedad que contenga una cláusula general de sometimiento a arbitraje de conflictos societarios (tema que es discutido en la doctrina española). Asimismo, aborda lo relativo al *quórum* necesario para modificar los

estatutos, en el sentido de incluir un convenio arbitral, entre otras materias.

Por otro lado, Perales Viscasillas llega a la conclusión de que no resulta esencial que haya un verdadero litigio entre las partes (conflicto jurídico), pues también se podría dar el caso de la existencia de una mera contraposición de intereses (conflicto económico). La autora delimita claramente estos dos matices. El litigio indica, si bien será un elemento natural al arbitraje, no es consustancial a él, por lo que sin dejar de reconocer que ciertamente el arbitraje sustituye a los procesos jurisdiccionales-contenciosos, ello no significa que no pueda alcanzar otras funciones, ni que se deban equiparar totalmente ambas instituciones.

Tema trascendental —señala— es el relativo a la diferencia entre el arbitraje y el arbitrio de terceros en el Derecho Societario, entendido el arbitrio como la mera voluntad de las partes para diferir una actividad negocial a través de un tercero, sin que ello implique —necesariamente—, que está implícita una discrepancia.

Por otra parte, analiza la realidad societaria española, señalando que el predominio de la sociedad cerrada hace que la mayor parte de los litigios afecten únicamente a la sociedad y el socio involucrado o, en su caso, a todos los socios. Se concluye en que es posible en este escenario, un arbitraje de equidad para dirimir controversias societarias. Laudar en equidad —dice Perales Viscasillas— no significa arbitrariedad, sino someter la decisión al leal saber y entender de los árbitros.

Finalmente, en el punto referido a si pueden los órganos societarios designar a los árbitros en el Derecho español, anota que a falta de norma expresa sobre el particular, no se presenta tan clara la respuesta como en el Derecho italiano.

Todos estos temas son descritos y analizados, siempre poniendo especial énfasis en el Derecho Societario.

El Capítulo 9 de la obra consiste en el trabajo titulado *Arbitraje y*

*Derecho de la Competencia*, en el que su autora la profesora Marta Gonzalo Quiroga, indica que a lo largo de la historia, el arbitraje y el Derecho de la Competencia han tenido puntos ciertamente conflictivos.

Señala que en principio, se veía un contrasentido en vincular al arbitraje, basado en la autonomía de la voluntad de las partes, con el Derecho de la competencia, cimentado sobre la imperatividad de las políticas económicas de los Estados. No obstante, expresa que el Derecho de la competencia es esencial para garantizar el correcto funcionamiento empresarial en el comercio interno e internacional, y agrega que por otro lado, el arbitraje constituye el mecanismo de solución de conflictos más utilizado por los empresarios para resolver sus controversias en dicho comercio.

Según Marta Gonzalo, tarde o temprano era inevitable que ambos se encontraran. Refiere que en la última etapa globalizadora, la evolución de la arbitrabilidad en Derecho de la competencia ha sido francamente favorable. Dicha evolución —anota— fue potenciada, en cierta medida, por la teoría del *favor arbitrandum* que prevalece en nuestros días.

Recuerda que el Derecho de la Competencia ha sido uno de los primeros ámbitos materiales en abrirse a la arbitrabilidad de la controversia internacional, y que a partir del emblemático asunto *Mitsubishi* en 1985, se extendió el papel de los árbitros a sectores que hasta entonces les habían sido vedados por su fuerte vinculación con las políticas imperativas de los Estados. Así, se abrieron las compuertas de la arbitrabilidad en materias intervenidas por el orden público y comenzó a caer el muro que separaba las políticas estatales de la institución arbitral.

La autora estudia también las condiciones mínimas necesarias para que un árbitro sea competente sobre una materia que pertenece al Derecho de la Competencia.

Especial análisis merecen las fuentes legislativas en materia de arbitrabilidad del Derecho de la Competencia. En tal sentido, comenta que en la actualidad, únicamente son tres los ordenamientos jurídicos que contienen disposiciones concretas al respecto: el Derecho suizo, el austriaco y el alemán.

Sin perjuicio de los temas ya citados, el ensayo también se ocupa en detalle de la arbitrabilidad y el derecho aplicable en los arbitrajes que atañen al Derecho de la competencia, centrándose en particular, en el Derecho comunitario europeo de la competencia.

Finalmente, y luego de un exhaustivo análisis del arbitraje y el Derecho de la Competencia, la profesora Gonzalo llega a la conclusión de que todo deberá concordar con el deber arbitral de dotar de fuerza vinculante al laudo, el cual no debería contradecir el orden público del Estado o Estados donde éste está llamado a ejecutarse.

El Capítulo 10 de *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho* está compuesto por el trabajo titulado *El Arbitraje y el Derecho de los consumidores y usuarios*, en el que su autor el profesor Javier Guillén Caramés, señala que el tema del arbitraje y el Derecho de los consumidores se presenta como todo un reto para la doctrina contemporánea. En su ensayo pretende delimitar y establecer algunos parámetros que deben ser tomados en cuenta para un buen entendimiento del tema.

En principio, las distintas posibilidades de elección para el consumidor son abordadas a detalle, identificándose tres, a saber: una primera atribuye a órganos administrativos la condición de instituciones arbitrales, de tal forma que pueden intervenir en la resolución de conflictos entre sujetos de Derecho privado. Una segunda, es aquella en la que el legislador encomienda y atribuye a órganos administrativos la función de fijar, a falta de acuerdo entre las partes, la compensación o el precio que un sujeto debe abonar a otro a quien la Ley impone la obligación de contratar con el primero y le faculta a usar un determinado bien o derecho.

Por último, recuerda que se habla del hecho de que cuando el legislador atribuye a las denominadas autoridades reguladoras o Administraciones independientes, la potestad de resolver los conflictos que se planteen entre los diversos operadores, así como entre los operadores y usuarios.

Por otra parte, el autor delimita los rasgos característicos que permiten configurar a esta forma de actividad como un verdadero arbitraje, siendo estos también tres. El primero es la «voluntariedad», elemento fundamental del arbitraje para que éste sea conforme a la Constitución. El segundo es la «exclusión de la vía judicial»: al someter las partes libremente la resolución de la cuestión litigiosa al arbitraje y tener el laudo arbitral la fuerza de cosa juzgada, se está reconociendo de forma expresa la exclusión de la vía judicial. Y el tercero es la «determinación y elección de los árbitros que resuelven la cuestión litigiosa»: la participación en la designación de los árbitros o de los miembros del colegio arbitral puede producirse de diversas formas.

El arbitraje de consumo en sentido estricto, es otro tema abordado por Guillén Caramés desde una perspectiva crítica. Realiza un examen minucioso de las diversas cuestiones conflictivas del sistema arbitral de consumo, tal y como se encuentra regulado en la actualidad. Para ello analiza el régimen jurídico de este sistema arbitral, en el que se entremezclan elementos de Derecho Público con elementos propios de Derecho Privado, con el fin de destacar las principales disfunciones que —a juicio del autor— pueden desprenderse del mismo para formular algunas propuestas de *lege ferenda*, de cara a su posible reforma.

## **EL ARBITRAJE EN LAS DISTINTAS ÁREAS DEL DERECHO**

## **EL ARBITRAJE EN LAS DISTINTAS ÁREAS DEL DERECHO**

propuestas de reforma al sistema arbitral de consumo, a través de la dación de una eventual nueva Ley de Arbitraje de Consumo.

El Capítulo 11 de la obra lleva por título *Arbitraje y resolución extrajudicial de controversias en el Derecho de la Publicidad: Caracterización y eficiencia del autocontrol de la publicidad en España*. En él, su autora la profesora Susana Pérez Escalona, explica que la publicidad facilita la concurrencia necesaria para que el mercado sea eficiente, en la medida en que favorece la toma de decisiones por parte de los consumidores, aumentando la competencia entre las diferentes ofertas. Anota que esto legitima la regulación jurídica de su ilicitud o deslealtad y por tanto, la restricción a la libertad de expresión comercial como restricción de la libertad de empresa.

También analiza la caracterización y los límites del sistema de autodisciplina publicitaria en España, desde esa vertiente de producción de normas por parte de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad y de control de su cumplimiento por parte del Jurado de la Publicidad. Siendo este último, un órgano independiente de control deontológico, cuyos miembros son nombrados por la Asociación. Así, la autora analiza en particular, los límites a la función arbitral y de mediación por parte de la Asociación de Autocontrol y el alcance y extensión subjetiva de las resoluciones y laudos arbitrales del Jurado.

Por otra parte, estudia la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, organismo que fue creado en 1995 y que constituye una asociación voluntaria sin ánimo de lucro, que se rige por la Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación. Refiere Pérez Escalona que esta asociación tiene como objeto contribuir a que la publicidad constituya un instrumento útil en el proceso económico, velando por el respeto a la ética publicitaria y a los derechos de los destinatarios de la publicidad, con exclusión de la defensa de los intereses profesionales.

Explica que en la actualidad, el sistema de autocontrol en España cuenta en general, con un Código de Conducta Publicitaria; y en sus principios básicos de veracidad, legalidad, honestidad y lealtad de las comunicaciones comerciales, un Código Ético de Comercio Electrónico.

co y Publicidad Interactiva, abarca las comunicaciones comerciales y los aspectos contractuales en las transacciones comerciales con consumidores, realizadas a través de Internet y otros medios electrónicos.

Asimismo como ya dijimos, Pérez Escalona hace alusión al Jurado de la Publicidad, órgano compuesto por un Presidente, cinco vicepresidentes y quince vocales de indiscutible imparcialidad, órgano que actúa en Pleno o por Secciones.

Finalmente, concluye en que a pesar de la problemática jurídica que envuelve la configuración de los remedios de solución extrajudicial de controversias en materia de publicidad a través de organismos de autodisciplina publicitaria, desde su puesta en marcha —en 1995— se ha conseguido minimizar, de forma muy notable, el volumen de controversias judiciales en materia de publicidad.

Refiere que se resuelven los reclamos en un tiempo medio de 16 días y se comprende con facilidad la indudable pujanza de la autodisciplina frente al control judicial de la publicidad.

No obstante, la autora piensa que los indudables logros alcanzados por el sistema de resolución extrajudicial de controversias a través del Jurado de la Publicidad, así como los beneficios que reporta el sistema de autodisciplina a sus participantes y a los consumidores en general, deben ponderarse teniendo en cuenta también, los problemas que suscita la configuración de dichos mecanismos.

El Capítulo 12 de *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho* está compuesto por el trabajo titulado *Arbitraje y Derecho de la Propiedad Intelectual: La Comisión Mediadora y Arbitral en la Propiedad Intelectual*, en el que su autor el profesor Domingo Bello Janeiro, analiza a profundidad la relación existente entre el arbitraje y el Derecho de la Propiedad Intelectual, haciendo especial hincapié en la Comisión Mediadora y Arbitral en la Propiedad Intelectual.

El ensayo empieza con el estudio de la naturaleza de dicha Comisión,



órgano colegiado creado en el Ministerio de Cultura, del que depende administrativamente, aunque goza de plena autonomía en su actuación, pues no recibe ni puede recibir instrucciones.

En cuanto a los árbitros, señala Bello que éstos tienen carácter permanente y son designados por el Ministro de Cultura por períodos de tres años prorrogables, debiendo ser todos ellos juristas.

Por otro lado refiere que de acuerdo con su denominación, la Comisión desempeña dos funciones: mediación, en materia de distribución por cable de emisiones de radiodifusión, y arbitraje, en conflictos entre entidades de gestión y asociaciones de usuarios o entidades de radiodifusión.

Estudia cada una de estas funciones y luego pasa a analizar los resultados de la actividad que desarrolla la Comisión.

Aborda también el tema del ambicioso Borrador del Ministerio de Cultura del año 2003, que pretendía una reforma a fondo de la Comisión, intentando evitar que todas sus intervenciones dependieran del previo consentimiento de ambas partes. En concreto, recuerda Bello que se contemplaba la función arbitral, para todos los conflictos en los que fuera parte una entidad de gestión y la mediadora, pero sólo para la distribución por cable, lo que no dejaba de ser curioso.

Refiere que este Borrador no fue bien acogido por las entidades de gestión, precisamente por el mayor activo que se pretendía a la Comisión y la prevención de que ésta supusiera la intervención de la Administración en el sistema de gestión colectiva.

Finalmente, hace referencia al documento de actuaciones futuras en el ámbito de la propiedad intelectual de febrero de 2005, que pretendía también un reforzamiento de las funciones de la Comisión, para hacer de ella un instrumento ágil y eficaz, que permita una explotación pacífica de los derechos, dotando a sus decisiones de mayor efectividad, sin menoscabo de los recursos judiciales que correspondan.

En suma, el autor realiza un exhaustivo análisis de la Comisión Mediadora y Arbitral en la Propiedad Intelectual, reconociendo sus deficiencias y virtudes, así como su prematura aparición a nivel internacional al legislar, en sede arbitral, a esta rama jurídica que, de un tiempo a esta parte ha cobrado y generado gran expectativa.

El Capítulo 13 de la obra colectiva está integrado por el trabajo titulado *El arbitraje en el ámbito marítimo*, en el que su autora la profesora, Bárbara de la Vega Justribó, señala que en la actualidad, los arbitrajes marítimos son universalmente aceptados en todos los ordenamientos jurídicos, por diversos que resulten sus sistemas. Indica que lejos de ser una excepción en el desarrollo de la institución arbitral, desde hace años la materia marítima requiere, quizá más que ninguna otra, de las soluciones arbitrales, sobre todo en la práctica internacional.

Según De la Vega, a pesar de la importancia práctica de esta materia, la doctrina española le ha dedicado escasa atención, siendo pocos los estudios publicados al respecto. En este artículo la autora analiza esta problemática y plantea algunas ideas que cree conveniente desarrollar.

Por otra parte, estudia de manera pormenorizada las materias objeto del arbitraje marítimo, partiendo de la premisa de que el arbitraje puede ser aplicado a las controversias derivadas de diversas fuentes de las obligaciones, y reconociendo principalmente al contrato marítimo y sus diversas modalidades, como son los contratos de explotación del buque, los contratos de arrendamiento de buque, los contratos de remolque marítimo, los contratos de construcción, reparación y compra-venta de buques y su financiación, entre otros.

Asimismo, hace referencia especial a las fuentes del arbitraje marítimo, enfocando su atención en la Ley de Arbitraje española, la cual admite la denominada *lex mercatoria*, que parece conducir a la flexibilización de los requisitos formales y sustanciales inherentes a tales cláusulas de arbitraje y que por el momento, seguirán planteando los mismos problemas de validez y eficacia, según se invoquen frente

a terceros o frente a los sujetos contratantes originarios.

Posteriormente, analiza las reglas de arbitraje marítimo de la Cámara de Comercio Internacional y el Comité Marítimo Internacional, así como los laudos que estos organismos emiten, obviamente dentro del espíritu de las reglas preestablecidas.

Especial atención merece, por parte de la autora, la ciudad de Londres, que es donde más se ha desarrollado el arbitraje marítimo, sin dejar de señalar que existen algunas diferencias importantes entre el arbitraje marítimo celebrado en Londres y el celebrado en Nueva York. Este tema también es abordado en el artículo.

Finalmente De la Vega analiza la labor de interpretación jurisprudencial de los requisitos de validez de las cláusulas de arbitraje marítimo, así como la forma en que se incorpora la cláusula arbitral, su oponibilidad frente a quien no es parte de la relación contractual originaria del transporte y otros temas conexos.

El Capítulo 14 de *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, está compuesto por el trabajo titulado *Arbitraje y Derecho de Familia*. En él su autora, la profesora Isabel Viola Demestre, señala que el Derecho de Familia, si bien está inmerso en el ámbito del Derecho Civil, se encuentra afectado de manera directa por los poderes públicos, a diferencia de lo que ocurre con las otras ramas del Derecho Privado.

Viola analiza la interrogante de si el arbitraje puede ser utilizado por los sujetos para gestionar todas las controversias que surjan como consecuencia de sus relaciones jurídico-familiares. Para ello la autora tiene muy en cuenta la autonomía de la voluntad de las partes, como un requisito fundamental para admitir la posibilidad de acudir al arbitraje. De otro lado, efectúa un previo análisis de las principales instituciones propias de esta parte del Derecho Civil, con la finalidad de determinar si, efectivamente, el arbitraje es o no admisible en ellas, teniendo en cuenta que las normas del Derecho de Familia tienen carácter imperativo.

Por otra parte, expresa que desde una perspectiva más sociológica, la familia ha evolucionado, de un modelo jerarquizado y patriarcal, a un modelo igualitario en el que los miembros de la familia se encuentran en situación más de coordinación que de subordinación (igualdad de derechos y deberes entre los cónyuges), lo que permitiría que la autonomía de la voluntad tuviera mayor incidencia en el ámbito jurídico-familiar.

Se analizan también las normas imperativas que regulan la relación jurídica entre los progenitores e hijos y el orden público familiar, ya que éstos constituyen —fundamentalmente— la base sobre la cual se sedimenta el Derecho de Familia. Por otro lado, se analizan las relaciones entre la pareja, la patria potestad o potestad parental y la filiación, dejando para el final aquellas instituciones previstas para la protección de la persona, como son la tutela y la curatela, entre otras.

Expresa Isabel Viola que los aspectos del matrimonio en relación con la admisión o no del arbitraje, ofrecen un resultado dispar, según se trate de su constitución, extinción, o de las cuestiones patrimoniales.

En suma anota, el Derecho de Familia es un ámbito del Derecho privado en el que los poderes jurídicos que atribuyen a la persona que pertenece a un grupo familiar, tienen carácter instrumental, configurándose como derechos-deberes cuyo ejercicio no es libre, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito patrimonial.

El artículo concluye señalando que en la configuración actual, la intervención del árbitro, como método heterocompositivo de resolución de controversias en el ámbito familiar, se circunscribiría a algunos de los aspectos patrimoniales de las instituciones familiares (liquidación del régimen económico-matrimonial, determinadas pensiones, entre otros). En lo demás, el arbitraje quedaría, por tanto, excluido.

El Capítulo 15 de la obra lleva por título *Arbitraje y Derecho de*

*Sucesiones: El arbitraje testamentario*, y su autora es la profesora María Fátima Yáñez Vivero, quien parte de la idea de que el legislador español ha otorgado escasa importancia al llamado arbitraje sucesorio o testamentario. De esta forma, señala que no es frecuente encontrar en los testamentos cláusulas que otorguen a un tercero la facultad de dirimir —con efectos similares a los de una sentencia— determinados conflictos sucesorios; sin embargo, sí suele suceder que el testador estipule la prohibición de la intervención judicial en los conflictos derivados de su herencia.

Indica que el artículo 10 de la Ley española de arbitraje es la única norma que regula el tema del arbitraje sucesorio y es justamente el análisis de la misma el objeto central de este trabajo.

Partiendo del examen de los antecedentes normativos de esta figura y de la concepción de que ella constituye un supuesto atípico de arbitraje, la autora diferencia esta modalidad de otras figuras afines, para luego realizar un análisis del ámbito subjetivo y objetivo del arbitraje testamentario.

Dentro de la perspectiva subjetiva desarrolla tanto la legitimación activa para desempeñar la función de árbitro, como la situación de los sujetos a los que puede afectar la decisión o laudo arbitral. Por su parte, con respecto al ámbito objetivo, la autora concluye en que existe la necesidad de ampliar el precepto a todas aquellas materias que sean disponibles para el testador. Sin embargo, deja planteado el tema de la problemática que esto sería susceptible de generar, pues podría constituir motivo de anulación de los laudos.

Por otro lado, el texto se nutre con los comentarios respecto del modelo de cláusula testamentaria arbitral que la Cámara de Comercio de Valencia ha publicado —a modo de ejemplo— para los testadores que opten por el arbitraje como método de resolución de conflictos.

Finalmente la autora concluye su trabajo desarrollando la utilidad de la figura bajo análisis. Señala que no hay duda acerca de que el arbitraje

testamentario tiene plena validez jurídica, sin embargo la poca utilidad práctica que se le atribuye responde a motivos tales como la mayor confianza en los jueces, la falta de suficientes árbitros especializados, o la desconfianza en las garantías del procedimiento arbitral en el ámbito sucesorio.

El Capítulo 16 de *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, está compuesto por el trabajo *Arbitraje y Derecho Deportivo*. Su autora la profesora Aránzazu Roldán Martínez, parte de la idea de que puede afirmarse que en España como consecuencia de la intervención del Estado y de las Comunidades Autónomas, el deporte se encuentra intensamente «publicado», pues se le ha declarado como tema de interés público y por tanto, su regulación se concibe como competencia de la Administración pública. Sin embargo, la autora deja constancia de que existe una dualidad constante entre lo público y lo privado, que caracteriza a la regulación de las actividades que giran en torno al deporte, y que se manifiesta en la forma de resolver los conflictos entre los sujetos intervinientes.

Recuerda que en poco menos de medio siglo la resolución de controversias deportivas ha experimentado una rápida evolución que ha generado la consolidación de un Derecho deportivo, sometido a sistemas jurídicos tanto internos como internacionales. En este sentido, señala que el reconocimiento de la competencia de los tribunales ordinarios para entender de las controversias jurídicas surgidas con ocasión de la práctica del deporte, no ha supuesto la desaparición de las fórmulas extrajudiciales de solución de conflictos, sino que por el contrario, éstas experimentan en la actualidad un gran desarrollo.

Indica que hoy en día, en función de la naturaleza de la materia objeto de controversia, se acudirá necesariamente a la denominada «vía administrativa», si tienen carácter público, y a fórmulas de arbitraje privado o a la jurisdicción ordinaria, si tienen naturaleza privada. Pero anota que incluso dentro de la «vía administrativa», se han creado mecanismos de arbitraje que sustituyen al recurso administrativo.

Desde esta perspectiva la autora realiza un análisis de las fórmulas extrajudiciales de solución de conflictos en materia deportiva, en el plano internacional y en el ámbito interno español.

Finalmente de forma específica, se refiere a la regulación del arbitraje en la Ley Estatal del Deporte de España, concluyendo en que las materias que pueden someterse a arbitraje son todas las relativas a la práctica o desarrollo del deporte, a los intereses económicos u otros que surjan de dicha práctica, o a cualquier actividad concerniente a la educación física y al deporte, incluyendo el patrocinio deportivo y los medios de comunicación.

El Capítulo 17 de la obra consiste en el trabajo *Arbitraje y Derecho Laboral: Puntos conflictivos del arbitraje en materia electoral y de la impugnación judicial del laudo (doctrina judicial española)*, en el cual su autora la profesora Marta Arroyo González, analiza la normativa laboral española y señala que el actual Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores ha incorporado el «procedimiento electoral», para la elección de delegados de personal y de miembros del comité de empresas.

Recuerda que esta norma ha sido desarrollada por el Real Decreto 1844/1994, mediante el cual se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa. Refiere que dentro de este marco, se regula el arbitraje obligatorio para canalizar las correspondientes reclamaciones electorales. Por otro lado, indica que la Ley 18/1994 hace lo propio con la normativa de elecciones a los órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas. A partir de esto realiza un análisis del arbitraje en materia electoral y la impugnación judicial del laudo que pone fin a dicho arbitraje.

Con respecto al carácter obligatorio del arbitraje electoral, señala que no se está ante una vía extrajudicial alternativa a la jurisdicción, sino ante un trámite previo de obligado cumplimiento por decisión del legislador, lo que no supone que se convierta en un simple requisito

preprocesal obligado que, al no tener efecto, permita el acceso a la vía jurisdiccional con facultad de examinar y resolver la cuestión planteada, sino más bien se trata de una expresa exclusión de la vía judicial a favor de la fórmula arbitral.

Por otro lado, la autora se refiere también a la posibilidad de que la Ley del Estatuto de los Trabajadores plantea para impugnar, ante los órganos jurisdiccionales del orden social y a través de la modalidad procesal correspondiente, los laudos arbitrales que se dicten.

Al respecto señala que el laudo no es un acto que se considere lesivo, y en función del cual, ejercitando el derecho de acción, pueda plantearse la pretensión frente a quien consideramos autor de la lesión. Se trata más bien, de una resolución dada por un tercero que si es considerada justa, adquiere firmeza y con base en ella, se produce la cosa juzgada; pero que si por el contrario, es considerada equivocada, permite su impugnación ante el órgano jurisdiccional que el legislador haya designado, para que por dicha vía se realice el control sobre la validez e incluso, sobre la justicia o adecuación del laudo.

El Capítulo 18 de *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, está compuesto por el trabajo titulado *Arbitraje y Derecho Inmobiliario: Los procesos arrendaticios, en concreto, los relativos a la resolución del contrato, al desahucio por falta de pago, y la sumisión a tribunales arbitrales*. En él su autora, la profesora Sol González Seoane, analiza el recurso a los tribunales arbitrales en materia de Derecho Inmobiliario y la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos.

Indica que el argumento más poderoso para permitir el arbitraje en el Derecho Inmobiliario se justifica en el carácter social o tuitivo de la nueva normativa urbanística (LAU). Realiza un estudio de la referida ley, para luego abordar el nexo existente entre lo que ésta regula y el arbitraje propiamente dicho.

De esta manera, realiza un análisis pormenorizado de las estipulaciones en perjuicio del arrendatario y del arrendador, así como de las



cuestiones que no serían susceptibles de sometimiento a arbitraje como por ejemplo, las derivadas de derechos concedidos al arrendatario de viviendas, entre otras.

Asimismo, González Seoane aborda el tema referido a los tipos de arrendamiento regulados en dicha ley, los cuales están clasificados según la superficie que posea el predio, así como el uso que se vaya a dar al mismo, todo ello teniendo en cuenta la voluntad de las partes, ya que a falta de dicha voluntad, la citada ley establece al respecto una norma de carácter dispositivo.

Posteriormente y teniendo en cuenta los temas mencionados, pasa a analizar al arbitraje en si, empezando por el estudio de su objeto, el mismo que será siempre una pretensión, entendida como una petición fundada que se dirige a un tercero frente a otra persona, sobre un bien.

Hace a su vez, la distinción en el sentido de que el verdadero derecho subjetivo siempre es disponible, mientras que cuando no existe la disponibilidad es porque no se trata realmente de verdaderos derechos subjetivos, sino que se está ante situaciones jurídicas que no atribuyen derechos.

Señala también, que el que las partes en un contrato de arrendamiento hayan incluido una cláusula que implique un convenio arbitral con sometimiento a arbitraje de los litigios relativos al arrendamiento, no supone la exclusión del «juicio de desahucio». En efecto, se dice que las partes de una relación jurídica pueden haber convenido que las controversias que surjan en el desarrollo de esa relación se sometan a arbitraje, pero ello no supone la imposibilidad de solicitar la tutela sumaria es decir, ese sometimiento al arbitraje no supone que la parte que se considere legitimada no pueda impetrar la tutela jurisdiccional sumaria. Señala la autora que el convenio arbitral lo que impide es acudir a la tutela plenaria de un órgano jurisdiccional del Estado, es decir de un tribunal estatal.

Finalmente, Sol González Seoane señala que no hay en España una

entidad arbitral con apoyo expreso ni del Ministerio de Vivienda ni de la Sociedad Pública de Alquiler. Así, es el arrendador quien propone el contrato y a quien le gusta la idea del arbitraje en defensa de sus intereses. Ésta y no otra es la meta del arbitraje inmobiliario. Sin embargo, la realidad es que la defensa en arbitraje de los derechos del arrendatario es marginal en comparación con el esfuerzo que se realiza para que el arrendador opte por incluir una cláusula de arbitraje en el contrato de alquiler.

La cuarta y última parte de *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho* está dedicada al arbitraje en la sociedad internacional y el entorno jurídico de nuestros días, y se halla integrada por los capítulos 19 a 25.

En el Capítulo 19, el Licenciado Jorge Luis Collantes González en su artículo titulado *Arbitraje y Derecho Internacional Público*, analiza la aparición y auge de instancias arbitrales en el Derecho Internacional, realizando un recorrido por las distintas parcelas de la disciplina y exponiendo las previsiones de arbitraje que se han hecho en los tratados internacionales.

Señala Collantes que el Derecho Internacional es un sistema que regula las relaciones entre los sujetos de la Comunidad Internacional y se constituye como garantía de la independencia de la coexistencia y de la cooperación de los Estados.

Recuerda que históricamente, en el Derecho Internacional Público se reconoce el origen del arbitraje en el Tratado de Jay de 1794; sin embargo, la multilateralidad en escena dio lugar a que los Estados se plantearan una institucionalización del arbitraje y en esta línea, en la Conferencia de la Paz de La Haya de 1899, se adoptó la Convención para el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales, en la cual se reguló el arbitraje.

Recuerda el autor que luego la Corte Internacional de Justicia, mediante su Sentencia de fecha 27 de junio de 2001, sobre el *Asunto LaGrand*, reconoció por primera vez el valor vinculante de las medidas provisionales de arbitrajes, admitiendo que éstas cumplen una fun-

ción de poner a salvo situaciones que de no ser preservadas, podrían incidir negativamente en el proceso y en la resoluciones que se adoptaran. Puesto que a través del tiempo se podrían variar situaciones, objetos o incluso personas, que podrían llegar a hacer que las decisiones constituyan resoluciones meramente líricas.

En lo que a composición de instancias arbitrales se refiere, Collantes González menciona que la aparición y el reconocimiento de nuevos sujetos de Derecho Internacional (tales como las organizaciones internacionales, los particulares, los pueblos y otros actores de la sociedad internacional), han dado lugar a una innovación en la composición de dichas instancias. Ello en la medida en que las partes en los arbitrajes internacionales, ya no sólo serían los Estados sino también los particulares y posiblemente, el ejemplo más elocuente sea el auge de los llamados «arbitrajes mixtos».

Finalmente, el autor sugiere que la aparición y auge de instancias arbitrales internacionales, se conecta directamente con el fenómeno de la proliferación de jurisdicciones internacionales y posiblemente, con la fragmentación del Derecho Internacional, en la medida de que pudiera esta proliferación dar lugar a jurisprudencias impares, contradictorias y coincidentes en el tiempo.

El Capítulo 20 de la obra está compuesto por el trabajo titulado *Arbitraje y Derecho del Comercio Internacional (a propósito de los problemas en el Derecho Internacional Privado)*, en el cual su autora la profesora Lidia Moreno Blesa, parte de la idea de que la globalización de la economía ha propiciado una liberalización de los mercados y un incremento de la conflictividad comercial. Frente a esto, señala que resulta evidente que la protección dispensada por los jueces y magistrados dilata en el tiempo la solución de los problemas, razón por la cual se potencian actualmente las vías alternativas de arreglo de controversias. En concreto, indica que son los sistemas de arbitraje los que resuelven la controversia en unas ocasiones con arreglo a derecho y en otras con arreglo a equidad.

Señala que la alternativa a la vía judicial que el arbitraje supone, se

hace más patente en la esfera internacional. Explica que es en el contexto de los intercambios comerciales transfronterizos, donde el recurso a la solución arbitral se convierte en la opción más elegida por las empresas, debido al momento álgido en el que se encuentra la evolución de la economía y la integración internacional de España.

Así, la autora realiza un análisis de la actual Ley de arbitraje española y señala que el núcleo esencial del arbitraje internacional aparece vinculado con los ordenamientos jurídicos de diferentes Estados, pero el país en el que se desarrolla marca en última instancia, la legislación aplicable. Se trataría entonces —según Moreno Blesa— de dos estructuras jurídicas diferenciadas: por un lado, la compuesta por la relación que mantienen algunos ingredientes del arbitraje con diferentes naciones y que aportan el carácter internacional a la institución y por otro, la determinada por el territorio en el que tiene lugar.

Según expone Lidia Moreno, el desarrollo del arbitraje como mecanismo de resolución de las controversias surgidas en el comercio internacional, fomenta la aparición de arbitrajes auténticamente «anacionales», es decir de arbitrajes que ya no sólo se encontrarían desvinculados del país donde tuvieran lugar, sino que estarían totalmente desconectados de ordenamiento jurídico estatal alguno.

Finalmente, la autora señala que una comprensión más adecuada de la nueva Ley de arbitraje española pasa necesariamente, por apuntar que se inclina de modo categórico por el monismo en su regulación. No obstante, refiere que se ha podido comprobar la existencia de normas específicas para el arbitraje internacional. Así, *stricto sensu*, podría pensarse que la norma realmente se basa en un dualismo, cuando diferencia preceptos aplicables al arbitraje interno de los aplicables al arbitraje internacional.

Sin embargo anota que las consecuencias que de ello se derivan son más bien escasas o insignificantes, ya que la espina dorsal de la regulación de ambos tipos de arbitraje, el interno y el internacional, es la misma dedicando solamente unas cuantas disposiciones al arbi-

traje con elemento extranjero. Según Moreno Blesa se puede inferir, en consecuencia, que la nueva norma de arbitraje no acoge un monismo extremo, pero tampoco se inclina por un tratamiento netamente diferenciado del arbitraje interno respecto del internacional.

El Capítulo 21 de *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, está integrado por el trabajo titulado *El arbitraje y otras formas de resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Comunitario*, en el cual su autora la profesora Cristina Hermida del Llano, señala que el fenómeno globalizador ha generado un progresivo crecimiento de la participación de las empresas en el comercio internacional, favorecido por el fortalecimiento de las políticas neoliberales y por la desregularización de las relaciones económicas internacionales. Pienso que en el ámbito del comercio internacional, la justicia globalizadora se reconduce a la institución del arbitraje hasta el punto de que en nuestros días, globalización y arbitraje parecen ir de la mano en muchos asuntos.

Indica la autora que el verdadero detonante de la globalización del arbitraje internacional se encuentra en el Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Subraya que la importancia de esta Convención se deriva de que los signatarios garantizan la validez de los laudos arbitrales realizados en el extranjero, dentro de su propio ámbito jurisdiccional. Así, Hermida del Llano señala que este convenio se ha convertido en el protagonista indiscutible para conseguir la cohesión de la institución arbitral desde su implantación en el ámbito internacional. Refiere que su gran influencia armonizadora en los distintos sistemas arbitrales de todo el mundo se ha tornado ya incuestionable.

Agrega que en el ámbito comunitario europeo, el arbitraje como método de resolución de controversias alternativo a la justicia estatal, ha ido en aumento. Sin embargo, Hermida hace la salvedad de que en ningún caso debería ser éste un instrumento para evadir disposiciones imperativas de orden público.

Así finalmente, nos recuerda que desde las instancias comunitarias se está animando el uso no sólo del arbitraje sino de otros métodos nuevos de resolución extrajudicial de controversias. En cualquier caso, indica que todos ellos no pueden perder de vista el objetivo para el que fueron creados: garantizar a los ciudadanos europeos un verdadero acceso a la Justicia y al Derecho, que demanda la sociedad de nuestros días.

El Capítulo 22 de la obra colectiva, corresponde al profesor Nicolás Zambrana Tévar, y lleva por título *Arbitraje y Protección de Inversiones*. En él, describe el procedimiento aplicable en el caso del arbitraje de inversiones, tomando como marco legal el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Convenio CIADI).

Parte de la idea de que el inversionista, frente a los riesgos comerciales y políticos que padecen las inversiones exteriores, trata de protegerse de ellos de diversas maneras: compartir los riesgos con inversionistas locales (mejores conocedores del entorno legal y económico), suscripción de seguros u obtención de garantías de entidades o mediante la previsión de mecanismos de resolución de conflictos futuros con el Estado.

Estos conflictos surgen básicamente, según Zambrana, cuando el inversionista entiende que ha sufrido un perjuicio económico en su inversión, causado por la infracción de alguno de sus derechos por parte del Estado al violar éste una norma contenida en su propia legislación, en convenios internacionales, o en acuerdos suscritos con el inversionista.

Explica que de esta manera, creció el convencimiento de que para atraer inversiones se debía crear un marco legal favorable a las mismas, parte del cual serían mecanismos fiables de solución de disputas con los que los inversionistas pudieran defender sus derechos frente a los Estados, organismos públicos y empresas estatales. Esto contribuyó —según el autor— a afianzar el arbitraje como medio habitual de solución de controversias derivadas de incumplimientos de contratos de Estado, siempre que estos acuerdos contuvieran la muy frecuente «cláusula

arbitral» de sometimiento a arbitraje, ya fuera institucional o *ad-hoc*, en cuyo caso no hay ninguna institución que intervenga en el procedimiento arbitral, aparte de los jueces de apoyo, previstos en la ley de arbitraje que fuera aplicable.

Tomando en cuenta lo antes esbozado inicia su estudio en el consentimiento de las partes para acudir al arbitraje, el mismo que se expresa en el llamado convenio arbitral o acuerdo de sumisión. Continúa con los requisitos relativos a las partes del arbitraje, y los requisitos referidos a la controversia objeto del arbitraje, especificando que sólo se pueden someter a este tipo de arbitraje las controversias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión (requisitos *ratione materiae*). Luego, Zambrana explica las particularidades derivadas del procedimiento arbitral del CIADI, el laudo arbitral y su nulidad; para finalizar en el reconocimiento y ejecución de los laudos.

En este sentido señala que en el plano internacional, el Estado receptor es responsable del cumplimiento de un laudo dictado contra una de sus subdivisiones territoriales u organismos, en caso ésta rechace dicho cumplimiento. Pero en los procedimientos de reconocimiento y ejecución, el laudo sólo se puede tratar de ejecutar contra la subdivisión u organismo parte en el arbitraje, no contra el Estado al que pertenezca.

El Capítulo 23 de *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, corresponde a la profesora Carmen Parra Rodríguez, con su artículo titulado *El arbitraje a la luz de las jurisdicciones internacionales: los tribunales arbitrales internacionales*, en el que realiza una exposición ejemplificativa de las características propias de aquellas instituciones, organismos especializados y entidades extrajudiciales de carácter público y privado más significativos, que se dedican a poner en funcionamiento los sistemas de resolución de controversias o ADR (*Alternative Dispute Resolution*) y arbitraje. Ello, dado su ámbito de aplicación especial o de especialización en la sociedad internacional.

Para sistematizar y delimitar la función que cada una de ellas cumple en el ámbito del comercio internacional la autora reproduce de forma

esquemática aquellos mecanismos que son utilizados en el marco de la solución de conflictos, tomando en cuenta la especialización y la materialización que caracteriza al Derecho internacional del siglo XXI.

De esta manera, Carmen Parra toma en cuenta la normativa aplicable para solucionar las controversias, y distingue los arbitrajes según el área de actuación, entre los que se aplican en el ámbito público o privado. La diferenciación en este caso se basa en que en el caso de los primeros, las soluciones se fundamentan en las normas del Derecho Internacional Público, destacando la presencia de la Corte Permanente de Arbitraje; y en el segundo, en el Derecho privado, describiendo la estructura de la Cámara de Comercio Internacional, la Comisión Interamericana de Arbitraje, el Centro Internacional, entre otros.

Asimismo, en razón de la materia arbitral, establece la diferencia entre arbitrajes comerciales y especializados, incluyendo —en este último caso— a las materias relativas a la propiedad intelectual, el ámbito del deporte, la energía o las inversiones, las cuales cuentan con sus propios sistemas de resolución de controversias, si bien de manera subsidiaria o como una opción más para las partes. Así Carmen Parra describe la estructura y organización de algunas instituciones, tales como el Tribunal de la Organización Internacional de la Propiedad Intelectual, el Tribunal Arbitral del Deporte, el Tratado de la Carta de la Energía, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones, entre otros.

Igualmente, tomando como criterio diferenciador a los sujetos, distingue entre organismos gubernamentales (la Corte Permanente de Arbitraje, la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, o el Tratado de la Carta de la Energía, entre otros) y no gubernamentales, ya sea de carácter gremial o profesional, como por ejemplo la Cámara de Comercio Internacional o el Tribunal de Arbitraje de Londres, ambas instituciones nacidas en el área del comercio, o el *Internacional Bar Association*, en el ámbito jurídico que ofrece servicios de arbitraje y mediación para todo aquél que prefiera acudir a este sistema de resolución de conflictos.



Finalmente, la autora concluye señalando que la propia comunidad internacional debería crear mecanismos que velen por el establecimiento de un código de buenas prácticas, así como establecer un listado de información centralizada que permitiera a todos aquellos que quisieran seguir un procedimiento extrajudicial, conocer las instituciones que ofrecen estos servicios y escoger aquellas que mejor se adapten a sus necesidades y a los resultados perseguidos en función de la normativa aplicable, de los sujetos implicados, o del sector afectado.

El Capítulo 24 de la obra está compuesto por el trabajo titulado *El sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*, en el que su autor el profesor Pedro Claros Alegría, señala que el CIADI es una institución afiliada al Banco Mundial, que tiene por objeto facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje.

Refiere que el CIADI es un órgano permanente, lo que lo diferencia de Tribunales Arbitrales o Comisiones constituidas *ad-hoc* con un propósito especial o para solucionar una controversia específica. En este sentido, indica que el CIADI se asemeja en su funcionamiento a cualquier otra institución arbitral de carácter privado o corporativo que administra procedimientos de resolución de disputas. Sin embargo, se distingue claramente de éstas, pues es propiamente una organización internacional, constituida bajo el Derecho Internacional Público.

El autor hace alusión al extraordinario desarrollo del arbitraje CIADI en los últimos años y resalta que ha contribuido al pleno reconocimiento de la subjetividad de individuos y empresas en el Derecho Internacional Público.

Explica que el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, que crea el CIADI, regula dos tipos de procedimientos de resolución de disputas: la conciliación y el arbitraje. Sin embargo, la mayoría de los procedimientos ante el CIADI son de arbitraje y por tal razón, el artículo se

centra en este mecanismo.

De esta forma, el autor efectúa un análisis sobre el estatus actual del Convenio, la proliferación del arbitraje CIADI en los últimos años y los retos que se presentan en el futuro. Indica que al 9 de mayo de 2007, 156 Estados habían firmado el Convenio CIADI, y 144 lo habían ratificado. Se trata por tanto —como anota Claros— de una convención ampliamente aceptada por la Comunidad Internacional.

Pero explica que sin embargo, este desarrollo del arbitraje CIADI está concitando también las críticas de algunos Estados y ciertos sectores de la sociedad, que lo consideran como un instrumento de presión sobre los Estados receptores de inversión y de interferencia en su soberanía. Frente a ello, el autor recomienda que esta institución podría verse aún más reforzada con una separación orgánica y funcional más clara respecto al Banco Mundial.

Finalmente, el autor se refiere a que el sistema arbitral del CIADI ha recibido también críticas por falta de uniformidad en su jurisprudencia arbitral, al abordar cuestiones de interés público. Piensa en ese sentido, que en los próximos procedimientos de anulación, el Centro tendrá la oportunidad de seleccionar a los árbitros que hayan de integrar los Comités *ad-hoc* que conozcan de tales solicitudes de anulación. El autor propone que estos árbitros además de decidir la justicia del caso concreto, deberían poder ofrecer un cuerpo doctrinal más articulado, coherente y uniforme.

El último Capítulo de *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho* está compuesto por el trabajo de la profesora Esther López Barrero, con su artículo titulado *El arbitraje en el marco de la Organización Mundial del Comercio*. En él estudia la actuación del arbitraje en el Sistema de Solución de Diferencias (SSD) de la Organización Mundial del Comercio, descubriendo en qué contextos se emplea, cuál es su verdadero peso y la importancia de este mecanismo dentro de la citada organización. Destaca asimismo, que el arbitraje se emplea más como medio auxiliar del funcionamiento general del sistema, que como mecanismo autónomo de resolución de conflictos.

Dentro del diseño de la estructura del artículo encontramos en su primera parte una revisión rápida del funcionamiento general de la Organización Mundial del Comercio, destacando que ella se encarga de gestionar las normas que regulan los intercambios comerciales entre sus miembros, siempre que tales intercambios se encuentren incluidos en alguno de los acuerdos abarcados por la organización; y que como organización internacional, presenta una estructura compleja y completa.

Seguidamente, López Barrero expone las ideas más resaltantes del arbitraje como procedimiento alternativo al de los grupos especiales, regulado el artículo 25 del Entendimiento de Solución (en adelante ESD), mediante el cual las partes en una controversia pueden recurrir a un arbitraje privado, en lugar de emplear el sistema de grupos especiales. Sin embargo, menciona que el uso de este mecanismo hasta la fecha ha sido bastante escaso. De hecho sólo existe un laudo del artículo 25, y no se ocupa precisamente del fondo de la controversia principal, sino que se empleó en la fase de aplicación.

Luego expone los fundamentos de los arbitrajes de los artículos 21 y 22 del ESD señalando que, a diferencia de lo que ocurría con el arbitraje del artículo 25 del ESD, no se trata de sistemas alternativos a otros mecanismos de solución de conflictos, ni son voluntarios, sino que de darse las situaciones que activan los artículos en los que se regulan, esos arbitrajes se inician de forma automática.

Por último, López Barrero aborda algunos aspectos de la situación del arbitraje en el contexto de la Ronda del Desarrollo o Ronda Doha, señalando que una de las novedades que se están negociando y que afectan al arbitraje, es la que se refiere a la posibilidad —que plantean algunos miembros— de que los árbitros reciban comunicaciones confidenciales, según lo establecido en el artículo 18 del ESD; norma que sólo se aplicaba a los grupos especiales y al Órgano de Apelación.

Para culminar estas palabras introductorias, debemos expresar que agradecemos y valoramos muchísimo la enorme riqueza de los trabajos que conforman *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, así como la generosidad que han tenido sus autores para con el Director de la obra, Licenciado Jorge Luis Collantes González y para con la *Biblioteca* de nuestro Estudio, por haber escrito y por habernos remitido sus ensayos.

También debo agradecer a Palestra Editores, por el apoyo brindado, así como a la Universidad Abat Oliba de Barcelona, por la entusiasta acogida brindada al proyecto; y a F.M. Servicios Gráficos S.A., en la persona de su Directora, la señorita Frida Murillo Chávez, por los diecisiete años que venimos trabajando juntos.

Mi gratitud asimismo, para todos los integrantes de mi Estudio (abogados, asistentes, practicantes y personal administrativo), por el permanente apoyo que recibo de ellos, a efectos de consolidar nuestra *Biblioteca de Arbitraje*.

Lima, octubre del 2007

Mario Castillo Freyre\*  
*Director de la Biblioteca de Arbitraje*

\* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio en el Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima. [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)

## AGRADECIMIENTOS

En este libro se dan cita dos antiguos profesores míos, varios amigos de otras experiencias jurídicas y nuevos compañeros a quienes invité y conocí por sugerencia de otros invitados. Sin duda que todos ellos y ellas son distinguidos juristas y notables académicos. Pero sobre todo, en estos volúmenes se dan cita también agradables conversadores, personas llenas de anécdotas, hombres y mujeres políglotas, padres y madres de familia... que han hecho una contribución desinteresada en la parcela jurídica sobre la que escriben, haciendo posible que un libro inédito escrito desde mi querida España sea publicado en mi entrañable Perú.

En este contexto, es necesario agradecer publicamente la confianza, el tiempo y entusiasmo de los compañeros autores en esta iniciativa académica. Sin su confianza en que podríamos sacar la obra adelante, sin el tiempo dedicado a sus trabajos y sin el entusiasmo que han tenido en esta obra, la idea de este libro nunca se hubiera materializado.

Asimismo, he de agradecer al profesor Mario Castillo Freyre, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, por su buen parecer para incluir estos dos tomos en la *Serie Biblioteca de Arbitraje* y, también, a la Universidad Abad Oliba por facilitar la ceremonia de presentación de esta tarea colectiva en Barcelona albergando el evento en su claustro.

Lic. Jorge Luis Collantes González.  
*Director de la obra colectiva.*  
*Licenciado en Derecho por la Universidad*  
*Internacional de Cataluña.*  
*Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.*



## PARTE I. LA LEGITIMIDAD DEL ARBITRAJE





## CAPÍTULO 1

### EL ARBITRAJE Y SU LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL

Ramón Escaler Bascompte



# Capítulo 1

## EL ARBITRAJE Y SU LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL

*Ramón Escaler Bascompte*

I. Ubicación del arbitraje entre los medios de solución de litigios en un Estado de Derecho.— II. El principio de exclusividad del Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional (artículo 117.3 Constitución Española).— III. La Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre: constitucionalidad de los requisitos básicos para su aplicación. IV.— ¿Cuál es la interpretación constitucional comúnmente admitida para la viabilidad del arbitraje? V.— La progresiva tendencia a desjudicializar como solución a los problemas de la justicia ordinaria.— VI. ¿La Sentencia del Tribunal Constitucional 352/2006, de 14 de diciembre, supone un primer paso hacia los arbitrajes obligatorios?— VII. ¿Cabe dar un ulterior paso y admitir abiertamente la constitucionalidad de los arbitrajes obligatorios?— VIII. Conclusiones extrapolables a cualquier ordenamiento jurídico.

### **I. UBICACIÓN DEL ARBITRAJE ENTRE LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE LITIGIOS EN UN ESTADO DE DERECHO**

Un Estado de Derecho,<sup>1</sup> que es aquél que por definición exige el respecto de unas normas de convivencia mínimas entre los sujetos que forman parte de él, exige para su pervivencia la previsión de un sistema de solución de litigios. En otras palabras, ante la posibilidad de que se infrinjan las reglas que rigen el funcionamiento del Estado surge la

---

<sup>1</sup> Artículo 1.1 Constitución Española: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

necesidad de articular un modelo de reparación de conflictos que garantice el respeto de las mismas.

La aportación que tradicionalmente han hecho los Estados de Derecho en cuanto a los modelos de arreglo de litigios ha sido una procesalización del sistema. A grandes rasgos ello implica que ante cualquier tipo de conflicto que se genere el legislador ha predeterminado en cual de los distintos Juzgados y Tribunales que ofrece la Administración de Justicia del Estado habrá que ir a buscar la solución, hallando la respuesta una vez se hayan seguido los cauces procedimentales que regulan las leyes procesales previstas para los distintos tipos de juicio.

Dicha posición que abogó por conducir la resolución de los problemas a la justicia estatal probablemente tenía su razón de ser en épocas no muy lejanas en que las sociedades civiles no estaban muy bien estructuradas. También interesaba para potenciar la autonomía del Derecho Procesal respecto de las demás ramas del Derecho. Ahora bien, el afán de procesalizar todo tipo de asuntos ha provocado una situación de colapso de la justicia estatal que ha hecho replantear el modelo de justicia tradicional. En este sentido, una vez ya nadie duda de la autonomía del Derecho Procesal con relación a las otras ramas del Derecho, desde esta disciplina reguladora de los modelos de solución de litigios se pueden abrir progresivamente paso las distintas vías alternativas a la justicia estatal. Y ello no tanto por descargar de asuntos a la justicia ordinaria sino como una muestra de fortalecimiento de la posición del ciudadano en la sociedad civil actual en que basándose en una manifestación de voluntad del mismo pueda elegir libremente los cauces por los cuáles pretende solucionar un litigio.

Si los litigantes están de acuerdo en sustraer los asuntos de la justicia estatal en ámbitos disponibles, no debe haber impedimento desde el punto de vista de un Estado de Derecho siempre y cuando se respeten también en los sistemas extrajudiciales aquellos valores mínimos fijados en el modelo de organización de la convivencia establecido en la Constitución.<sup>2</sup>

Cuestión distinta es los requisitos exigibles para manifestar adecuadamente dicha voluntariedad y su compatibilidad con las previsiones constitucionales. La jurisprudencia constitucional española ha tenido la oportunidad de manifestarse en diversas ocasiones, oscilando sensiblemente en función del momento en que se producen.

## **II. EL PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD DEL PODER JUDICIAL EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL (ARTÍCULO 117.3 CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA)**

Como se verá en el epígrafe IV al analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad del arbitraje, el principal escollo que hay que salvar para sostener su legitimidad constitucional es la previsión del artículo 117.3 de la Constitución Española que establece el principio de exclusividad del Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional. Más adelante se abordará con detalle la argumentación sostenida en las resoluciones al respecto, pero en este apartado interesa examinar cuál es el contenido básico del mencionado precepto.

Enmarcado en el Título VI de la Constitución Española dedicado al Poder Judicial, señala la norma en cuestión que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.

Este principio de exclusividad no debe entenderse en el sentido que la justicia ordinaria goce de un monopolio absoluto en cuanto a la función de administrar justicia. De hecho la propia Constitución, en su artículo 125, establece excepciones cuando señala la posibilidad que los ciudadanos participen en la administración de justicia mediante la

---

<sup>2</sup> Sobre los distintos modelos de solución de litigios puede consultarse RAMOS MÉNDEZ, F. «El sistema procesal español». En *Atelier*, 2005, pp. 27 y ss.

institución del Jurado.

De ahí que, aunque no se prevea expresamente en la Constitución, no debe haber inconveniente en que los litigantes decidan solucionar los litigios acudiendo a fórmulas extrajudiciales siempre y cuando lo hayan decidido voluntariamente, esto es, lo que no resultaría constitucional sería que a algún litigante le quedase vedada la justicia estatal en contra de su voluntad. Ello implica que la justicia estatal debe de estar potencialmente abierta a asumir todo tipo de asuntos, lo que no implica que necesariamente deba resolverlos todos ellos sin excepción, puesto que cuando las partes en conflicto acuerden acudir a una vía alternativa ésta deberá gozar de un carácter preferente basándose en la preeminencia de la autonomía de la voluntad en ámbitos del ordenamiento plenamente disponibles.

En otro orden de consideraciones, el principio de exclusividad también aparece matizado desde un punto de vista negativo en el apartado 4 del artículo 117 de la Constitución, al indicar que los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente le sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho. Ello es una manifestación de la separación de poderes, en el sentido que no podrán inmiscuirse en tareas propias de los poderes legislativos ni ejecutivos, al igual que estos últimos no pueden entrometerse en el desarrollo de la función jurisdiccional que deberán ejercer con absoluta independencia los órganos judiciales.

### **III. LA LEY DE ARBITRAJE 60/2003, DE 23 DE DICIEMBRE: CONSTITUCIONALIDAD DE LOS REQUISITOS BÁSICOS PARA SU APLICACIÓN**

En fecha 23 de diciembre de 2003 se aprueba la Ley de Arbitraje 60/2003, vigente en España, sustituyendo a la Ley de Arbitraje de 1988. El motivo de la derogación de la Ley de 1988, norma relativamente joven en términos jurídicos, no radica en ningún tipo de duda sobre su legitimidad constitucional. Tampoco la doctrina había detectado importantes lagunas en la misma, antes al contrario, se consideraba una

norma técnicamente bien desarrollada que favoreció bastante al auge de los arbitrajes. La principal razón de ser del cambio hay que buscarlo en la Exposición de Motivos de la norma en vigor que explica la oportunidad de adecuar la regulación española en materia de arbitraje a lo dispuesto en Ley Modelo elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por su asamblea general en su resolución 40/72 de 11-12-85, teniendo en cuenta las exigencias de uniformidad del derecho procesal arbitral y las prácticas del arbitraje comercial internacional. Nótese que pese a ser de fecha anterior a la Ley de Arbitraje de 1988 en su momento no se tuvo en cuenta, y pocos años después se ha entendido necesario amoldar la Ley de Arbitraje española a la Ley Modelo con la finalidad de hacer más atractivos los arbitrajes en España, con todos los beneficios económicos que ello comporta.

Como su antecesora, desde el punto de vista de su legitimidad constitucional tampoco ha ofrecido ninguna duda aparente en cuanto a los requisitos básicos para la aplicación del arbitraje recogidos en la misma.

En este sentido, el elemento clave que legitima constitucionalmente la posibilidad de sustraer asuntos a la justicia estatal para llevarlos a los cauces arbitrales, esto es, el acuerdo de voluntades de los litigantes, está previsto en el artículo 9 de la Ley de Arbitraje que señala los requisitos de forma y contenido del convenio arbitral. Así, tras indicar que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o un acuerdo independiente, indica que deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

El ámbito sobre el que puede manifestarse dicho acuerdo hay que buscarlo en el artículo 2 de la Ley de Arbitraje que indica que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho. De la lectura conjunta de estos dos preceptos se extraen aquellos elementos mínimos exigibles para aplicar

un arbitraje: la voluntariedad de someter a arbitraje problemas jurídicos que surjan en relación con materias de libre disposición. La posibilidad de que el convenio regule muchas otras cuestiones como las relativas a los árbitros, procedimiento arbitral etc, queda abierta y en su caso, resulta preferente, pero por defecto están previstas soluciones para cualquier laguna del convenio en la Ley de Arbitraje. Dicho de otro modo, basta con este acuerdo mínimo de someter a arbitraje los problemas que se susciten respecto a una determinada relación jurídica en un ámbito disponible para que el convenio arbitral cause el efecto señalado en el artículo 11 de la Ley de Arbitraje que permite a cualquiera de las partes impedir que los tribunales ordinarios conozcan del asunto denunciándolo mediante declinatoria.

Por lo que se refiere a la determinación de las materias que resultan disponibles ya se ha indicado que habrá que estar a lo dispuesto en el ordenamiento para cada caso. Cabe matizar que la cuestión no es sencilla porque con el paso del tiempo, algunas materias que tradicionalmente se consideraban indisponibles, en un afán de potenciar el arbitraje, como consecuencia de esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales han devenido disponibles. Es lo que ha sucedido por ejemplo en ámbitos regulados por normas imperativas que tradicionalmente quedaban vedados al arbitraje y que hoy en día se admite que puedan solucionarse por los cauces arbitrales, siempre y cuando los árbitros respeten las normas imperativas.<sup>3</sup>

No debe confundirse la necesidad de atender al ordenamiento para dilucidar la disponibilidad de materias con aquellos sectores del ordenamiento para los cuales se ha previsto expresamente la oportunidad de solucionar los conflictos acudiendo a arbitrajes. Es lo que ha sucedido en materias corporativas,<sup>4</sup> de arrendamientos,<sup>5</sup> de seguros privados,<sup>6</sup> de transportes terrestres,<sup>7</sup> de consumo,<sup>8</sup> de propiedades especia-

---

<sup>3</sup> Sirva de ejemplo la STS de 18 de abril de 1998 (A.2984), en cuanto a la posibilidad de impugnación de acuerdos sociales, comentada por VICENT CHULIÀ, F. «Arbitraje e impugnación de acuerdos sociales. Acto final, Anuario de Justicia Alternativa», 2001, n.º 1, pp. 89 y ss.



les...<sup>9</sup> Han dado lugar a los conocidos como arbitrajes sectoriales que serán tratados debidamente en distintos capítulos de esta obra de forma individualizada, pero cabe indicar que sus previsiones resultan del todo superfluas desde el punto de vista de la Ley de Arbitraje. En otras palabras, al tratarse todas ellas de materias plenamente disponibles, bastaría con la genérica previsión del artículo 2 de la Ley de Arbitraje para acudir a esta vía extrajudicial en cada uno de estos ámbitos. La razón de ser de su particular regulación hay que buscarla en que tratándose de campos en los cuáles el legislador estima muy oportuno hacer uso del arbitraje, en aras a incentivar su utilización lo recoge de forma expresa en normas sectoriales.

Cuestión distinta son las dudas sobre la forma de manifestar la voluntariedad al arbitraje que se han originado precisamente en torno a la regulación que se ha hecho en el ámbito de uno de estos arbitrajes sectoriales: el de transportes. A partir del mismo, se han formulado las distintas resoluciones del Tribunal Constitucional argumentando sobre la constitucionalidad del arbitraje. Se verá que incluso aquí la jurisprudencia constitucional ha ido flexibilizando el requisito.

#### IV. ¿CUÁL ES LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL COMÚNMENTE ADMITIDA PARA LA VIABILIDAD DEL ARBITRAJE Y, POR ENDE, DE CUALQUIER MEDIO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE LITIGIOS?

---

<sup>4</sup> Artículo 107 de la Ley 16/1992 de Cooperativas de Cataluña, de 10 de febrero, desarrollada por el Reglamento de Arbitraje del Consejo Superior de Cooperación, Real Decreto 177/1993, de 13 de julio; o el artículo 15 de la Ley 7/1997 de Asociaciones Catalanas.

<sup>5</sup> Artículo 34 de la Ley 49/2003, de Arrendamientos Rústicos, de 26 de noviembre.

<sup>6</sup> Artículo 61 de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de lo seguros privados, de 8 de noviembre.

<sup>7</sup> Artículo 38 de la Ley 16/1987, de Transportes Terrestres, de 31 de julio.

<sup>8</sup> Artículo 31 de la Ley 16/1984, General de la Defensa de Consumidores y Usuarios, desarrollada por el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo.

<sup>9</sup> El Libro III de la Ley 1/1996 de Propiedad Intelectual, de 12 de abril, regula la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual.

El conflicto en cuanto a la posibilidad de la desjudicialización obligatoria de determinadas materias se ha planteado con toda su virulencia en materia de arbitraje. Esta fórmula extrajudicial se caracteriza porque las partes en conflicto quedan sometidas a la decisión vinculante de un tercero, mientras que en las demás, como la conciliación, mediación; su éxito está condicionado siempre en último término a que las partes alcancen un acuerdo. Para estas últimas, dado que acudir a las mismas no garantiza una solución al litigio, en garantía de una tutela efectiva inevitablemente tiene que quedar abierta alguna vía de respuesta definitiva, ya sea por los cauces la justicia ordinaria o, en su caso, arbitral.

No sucede lo mismo con respecto al arbitraje dado que en aquellos casos en que deba acudir al mismo el ya comentado artículo 11 de la Ley de Arbitraje permite a las partes formular declinatoria ante los tribunales de justicia para que dejen de conocer en favor de la vía arbitral, con el añadido que la solución plasmada en el laudo arbitral tendrá idéntica fuerza vinculante que las resoluciones judiciales, señalando el artículo 43 de la Ley de Arbitraje que al adquirir firmeza produce el efecto de cosa juzgada. De ahí que la previsión de un arbitraje preceptivo implique automáticamente la exclusión de la justicia estatal como cauce para resolver el asunto, lo que choca de frente con el principio de exclusividad del Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional señalado en el artículo 117.3 Constitución Española.

Sentados estos parámetros, no es de extrañar que cualquier atisbo de regulación de un arbitraje obligatorio rápidamente haya llegado al Tribunal Constitucional.

El detonante que dio lugar a la doctrina constitucional sobre el tema fue el párrafo 1º del artículo 38.2 de la Ley 16/1987, de Ordenación de Transportes Terrestres, en el que se indicaba la obligación de arreglar las controversias suscitadas en el sector, que no superaran los 3000

euros, acudiendo a la vía arbitral.

Las dudas en cuanto a la constitucionalidad de dicha previsión motivaron la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 174/1995, de 23 de noviembre,<sup>10</sup> en la cual se declaró su inconstitucionalidad básicamente con el siguiente argumento: la única manera de compatibilizar el principio de exclusividad del poder judicial con los sistemas alternativos como el arbitraje es que, en todo caso, los litigantes puedan elegir libremente entre acudir a una u otra vía, esto es, el citado principio garantiza que la justicia estatal debe quedar abierta para la asunción de todo tipo de litigios y solamente, en caso de que las partes en conflicto, voluntariamente, en materias de libre disposición, acuerden sustraer el asunto de la vía estatal, cabrá acudir a fórmulas extrajudiciales como el arbitraje. En definitiva, se declaran inconstitucionales los arbitrajes obligatorios, puesto que en ellos las partes no pueden acudir la justicia estatal lo que quiebra el principio de exclusividad mencionado.<sup>11</sup>

Nótese que el elemento determinante para sustraer los asuntos de la justicia estatal descansa en la voluntariedad de las partes, doctrina que resulta de

---

<sup>10</sup> Un comentario de la misma adhiriéndose a los fundamentos de la resolución se halla en MARTÍNEZ GARCÍA, E. «La inconstitucionalidad del artículo 38.2 pfo.1 de la Ley de Transportes Terrestres; en torno a la STC 174/1995». En *Actualidad Civil*, n.º 28, semana 7 a 13 de julio, pp. 623 y ss. En la misma línea, la STC 75/1996, de 30 de abril, aborda un caso coincidente.

<sup>11</sup> A pesar de esta doctrina consolidada conviene no olvidar alguna resolución aislada como la STC 11/1981, de 8 de abril, que en relación con la constitucionalidad del Real Decreto 17/1977 que configuraba el derecho de huelga del artículo 28.2 CE, en su fundamento jurídico 19º, declaró constitucional: «...la facultad que se le reconoce al Gobierno de instituir un arbitraje obligatorio como vía de terminación de la huelga. No por ser obligatorio deja de ser verdadero arbitraje siempre que se garanticen las condiciones de imparcialidad del árbitro y es medio idóneo de solución posible en tan excepcionales casos como los que el precepto describe». Los argumentos se basaban en proteger intereses constitucionalmente reconocidos como evitar perjuicios a la economía nacional. ¿Por qué no, entonces, para evitar los menoscabos que supone el lento funcionamiento de la justicia estatal a la tutela efectiva, abrir a otros campos los arbitrajes obligatorios?

aplicación a cualquier tipo de instrumento extrajudicial, amén del arbitraje.<sup>12</sup> Este precisamente es el principal obstáculo que hay que soslayar para abrir las puertas a la desjudicialización obligatoria.

## V. LA PROGRESIVA TENDENCIA A DESJUDICIALIZAR COMO SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS DE LA JUSTICIA ORDINARIA

La posibilidad de solucionar conflictos acudiendo a vías alternativas a la justicia estatal se ha venido suscitando cada vez en mayor medida en las últimas décadas.<sup>13</sup> Ello debido básicamente, a la desconfianza que ha ido generando en los usuarios de la administración de justicia el lento y costoso devenir de los procesos judiciales. Ciertamente, no se trata de un problema exclusivo de la justicia española puesto que en la mayor parte de países desarrollados se ha llegado a una situación parecida, ya sigan el modelo de sistema jurídico anglosajón o el continental europeo. No obstante, lo que sí resulta diferente es la resistencia de los distintos ordenamientos jurídicos a admitir la desjudicialización de determinadas materias.

---

<sup>12</sup> No debe confundirse dicha situación de sustracción de materias de la justicia estatal con la previsión de obligatoriedad de dichas instituciones, en determinados ámbitos, como requisito previo al acceso a la justicia estatal, dado que el acceso a la misma no queda en ningún caso vedada. Sería el ejemplo de la conciliación obligatoria de los artículos 63-68 de la Ley de Procedimiento Laboral. La particularidad del sector laboral ha justificado la pervivencia con cierto éxito de dicha institución, pero la práctica habitual cuando se ha obligado en otros sectores como en el civil ha sido de una ineficacia casi absoluta, limitándose los sujetos en conflicto a cumplir con el trámite obteniendo un certificado del intento, lo que provocaba simplemente una mayor demora en el acceso a la justicia. De ahí que con acierto la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, suprimiera la obligatoriedad de la conciliación previa, dejándola como opcional, línea que se mantiene en Proyecto de Jurisdicción Voluntaria que está en trámite parlamentario, en el que se regula dicha institución.

<sup>13</sup> Puede consultarse sobre el tema las siguientes monografías: BARONA VILAR, S. «Solución extrajurisdiccional de conflictos». Valencia: Tirant lo blanch, 1999, 309 pp.; HINOJOSA SEGOVIA, R. «Sistemas de solución extrajurisdiccional de conflictos», 2006, Centro de Estudios Ramón Areces, 216 pp.

Probablemente debido a una mayor cultura de la negociación, los países anglosajones están un paso por delante en cuanto a la utilización de medios alternativos. De ahí que no sea de extrañar que sea en esos países donde se reconozca más abiertamente la obligatoriedad de acudir a medios alternativos en determinados ámbitos, como sucede por ejemplo con la *mandatory mediation* en Estados Unidos, previa al sometimiento judicial en materia de familia.<sup>14</sup>

Alguna bondad del empleo de estos sistemas alternativos habrán escuchado los legisladores de los países de derecho continental cuando se han decidido a potenciar un mayor uso de estas vías alternativas para desatascar a las justicias estatales.<sup>15</sup> Una de las muestras más claras de ello se halla en el ámbito del derecho de familia, en el que se ha fomentado claramente la opción de acudir a la mediación,<sup>16</sup> pero con una condición relevante, solamente puede acudirse a la misma si las partes en conflicto se someten voluntariamente.

Precisamente en esta necesidad de acuerdo radica el denominador común que abre la puerta a los distintos instrumentos extrajudiciales en los países que comparten nuestro sistema jurídico. Llegados a este punto cabe hacerse la siguiente reflexión: dado que nadie se ha rasgado las vestiduras por sustraer determinadas materias de la justicia estatal en los países anglosajones, quizás haya llegado el momento de plantearse dicha posibilidad abiertamente en nuestro entorno jurídico si ello puede ayudar a descongestionar a nuestros tribunales de justicia.

---

<sup>14</sup> PUJADAS TORTOSA, V. «Los ADR en Estados Unidos: aspectos destacables de su regulación jurídica». En *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2003, pp. 71 y ss.

<sup>15</sup> Así por ejemplo, en el ámbito de la Unión Europea, véase el Libro Verde de la Comisión sobre las Modalidades Alternativas de resolución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil (COM (2002) 196 - C5 - 0284/2002 - 2002/2144 (COS)).

<sup>16</sup> Una manifestación de esta tendencia se halla en la Ley 1/2001 de 15 de marzo de 2001???, de Mediación Familiar de Cataluña.

## **VI. ¿LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 352/2006, DE 14 DE DICIEMBRE, SUPONE UN PRIMER PASO HACIA LOS ARBITRAJES OBLIGATORIOS?**

La STC 174/1995, citada más arriba, al declarar la inconstitucionalidad del párrafo 1º del artículo 38.2 de la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres, provocó su reforma en la Ley 13/1996 de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, previendo que:

se presumirá que existe el referido acuerdo de sometimiento al arbitraje de las Juntas siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas y ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debería haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratado.<sup>17</sup>

Ello supone que el legislador otorga al silencio de los operadores en el sector el valor de consentimiento al arbitraje, de tal modo que si las partes en conflicto no se manifiestan contrarias a la solución por los cauces de la vía arbitral antes de que se inicie la actividad en que se puede dar la controversia, se entiende que existe el acuerdo de voluntades que da plena eficacia al convenio arbitral con todos los efectos que ellos comporta en cuanto a excepcionar la justicia estatal.

Pues bien, pese al desmesurado volumen de trabajo de los tribunales ordinarios, estos todavía se muestran excesivamente reticentes a abandonar el conocimiento de los asuntos en favor de la vía arbitral,<sup>18</sup> lo que se demuestra en la cuestión de constitucionalidad que la Sec-

---

<sup>17</sup> Aunque no altere a la fundamentación de la STC 352/2006, cabe añadir que la Ley 29/2003 de 8 de octubre de 2003, de mejora de las condiciones de competencia y seguridad en el mercado de transporte por carretera, ha ampliado de 3000 a 6000 la cuantía prevista en el artículo 38 de la Ley de Transportes Terrestres objeto de la cuestión de inconstitucionalidad.

<sup>18</sup> Al respecto, RAMOS MÉNDEZ, F. «Medidas alternativas a la resolución de conflictos por la vía judicial en el ámbito civil patrimonial». Justicia, 1994-4, pp. 807 y ss.,

ción Décimo Quinta de la Audiencia de Barcelona planteó con respecto a la versión reformada del vigente artículo 38 de la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres.

Dados los antecedentes de la jurisprudencia constitucional, que no dejaba resquicio alguno aparente a la necesaria voluntariedad expresa de las partes para sustraer a los asuntos de la justicia estatal, no hubiera extrañado que la respuesta del Tribunal Constitucional a la cuestión planteada hubiera sido una defensa a ultranza de la exigencia de una declaración de voluntad explícita para evitar a la justicia estatal, pero el Tribunal se ha decidido a dar un paso más en aras a fomentar la utilización del arbitraje. Ha admitido la constitucionalidad de la previsión, con el razonamiento que la entiende proporcionada al estar prevista para un sector muy concreto y controversias de escasa cuantía, pero lo realmente relevante es que el escollo del requisito de voluntariedad, que da origen al convenio arbitral, se flexibiliza hasta tal punto que se supone *ope legis*.<sup>19</sup> Ello no implica un quiebro de la voluntad, porque las partes pueden unilateralmente, en todo momento, antes de que

---

*idem*, en *Arbitraje y litigios transfronterizos en un foro global*. Atelier, 2005, pp. 141 y ss., se manifiesta en contra de la prevención que muestran los órganos judiciales para desprenderse de asuntos a favor de los sistemas extrajudiciales, abogando por una colaboración de los mismos en aras a una mayor utilización de las vías alternativas.

<sup>19</sup> En este sentido se declara en el fundamento jurídico 4 de la citada resolución: «a) El precepto en su nuevo texto sigue respondiendo a la «plausible finalidad de fomentar el arbitraje como medio idóneo para, descargando a los órganos judiciales del trabajo que sobre ellos pesa, obtener una mayor agilidad a la solución de las controversias de menor cuantía» (F. 3). b) Igualmente la redacción aquí cuestionada permite también afirmar: «nada hay que objetar, desde el punto de vista constitucional, al hecho de que la LOTT (RCL 1987, 1764) haya atenuado las formalidades exigibles para realizar el convenio arbitral hasta el punto de haber sustituido la exigencia de dicho convenio por una presunción *ope legis* de su existencia cuando la controversia es de escasa cuantía» (F. 3). Con este punto de partida, hemos de concluir que la consecuencia jurídica cuestionada ¿sometimiento al arbitraje?, en cuanto puede ser excluida por la declaración de una sola de las partes, cuya formulación, además, puede producirse incluso después de la

surja el conflicto dejar sin efecto el presumido convenio arbitral y reservarse el acceso a la justicia ordinaria.<sup>20</sup>

No es que se esté en desacuerdo con la resolución del Tribunal Constitucional, al contrario, si acaso se podría achacar que haya dado este paso adelante sin querer alzar mucha polvareda. Probablemente debido al colapso de la justicia estatal, se reconoce en la citada sentencia que hay que flexibilizar el acceso a las fórmulas alternativas en aras a una descongestión de la justicia estatal que acabe beneficiando a la tutela efec-

---

celebración del contrato, no resulta desproporcionada. De una parte, porque no merece tal calificación la vinculación por el silencio resultante de una disposición normativa referida a una actividad muy concreta (contratos de transporte terrestre) y en relación únicamente con las controversias de menor entidad económica. De otra, porque los contratantes no vienen obligados a formular aquella declaración en el momento mismo del perfeccionamiento o de la formalización del contrato sino que el *dies ad quem* para la expresión de su voluntad contraria a la intervención de las Juntas Arbitrales se pospone hasta el momento «en que se inicie o debería haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratada» que es cuando ha de ponderarse especialmente la seguridad de las partes en la relación negocial, aquí en un aspecto tan relevante como es el mecanismo de resolución heterónoma de conflictos».

<sup>20</sup> Al respecto véase lo que se dispone en el fundamento jurídico 3.º: «Sobre esta base, ha de señalarse, como subraya el Abogado del Estado, que el «legislador de la Ley 13/1996 (RCL 1996, 3182), al reformar el artículo 38.1 LOTT (RCL 1987, 1764), no hace más que seguir esta indicación que le da la Sentencia» 174/1995 (RTC 1995, 174). A la vista de la *ratio decidendi* de ésta, el texto del precepto aquí cuestionado se expresa en unos términos dirigidos precisamente a alejarse de la redacción anterior, atendiendo a los criterios de la STC 174/1995: a) La norma entonces declarada inconstitucional «al exigir un pacto expreso para evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial, estaba supeditando el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra» y este «tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella» quebrantaba «la esencia misma de la tutela judicial», vulnerando así las exigencias del artículo 24.1 CE (RCL 1978, 2836) en relación con el artículo 117.3 CE. b) En cambio, la redacción del precepto aquí cuestionado permite evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial, ejercitando pretensiones frente a la otra parte, por la mera declaración unilateral del interesado, sin necesidad de pacto y de consentimiento de la otra parte».



tiva de los litigantes. Si ello es así, dicha posibilidad no debe limitarse a un sector muy específico del ordenamiento, como los transportes terrestres, ni, incluso en el mismo, solamente a asuntos de escasa cuantía.

En otras palabras, ¿por qué si resulta válido para los litigios de menos de 6000 euros en materia de transportes terrestres no lo puede ser para cualquier asunto en ese sector? ¿Y por qué no se puede extender a cualquier otro ámbito disponible del ordenamiento en el cual las partes accedan libremente, siempre y cuando estén debidamente informadas de ello? La Ley de Arbitraje admite perfectamente esta interpretación flexible de conformidad con la STC 352/2006, de 14 de diciembre.

Las puertas a una mayor utilización del arbitraje han quedado abiertas, la única duda que resta es si la citada resolución se queda limitada a los extremos expuestos o si en la misma subyace la idea de que sea un paso previo al reconocimiento de la constitucionalidad de los arbitrajes obligatorios.

## VII. ¿CABE DAR UN ULTERIOR PASO Y ADMITIR ABIERTAMENTE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARBITRAJES OBLIGATORIOS?

Posiblemente por las particulares circunstancias de la historia reciente de España, en los primeros años de vigencia de la Constitución, resultara razonable no acudir a interpretaciones arriesgadas de la misma que alejaran al país de la realidad existente en su entorno jurídico. Y ello significaba no ser muy propenso a una desjudicialización de los asuntos que pudiera debilitar al Poder Judicial de una democracia todavía joven. Ahora bien, una vez consolidado plenamente el Estado de Derecho, y con el mismo argumento de hacer una lectura constitucional acorde a la realidad existente en cada momento, no pasa nada en revisar algunas afirmaciones hasta ahora incuestionadas.

Es lo que sucede con la posibilidad de regular obligatoriamente sistemas alternativos a la justicia estatal. Basta con analizar la situación de la justicia ordinaria para darse cuenta de que no puede asumir todos los

asuntos que le llegan. Sobre la base del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 Constitución Española<sup>21</sup> en relación con el principio de exclusividad del artículo 117.3 Constitución, el Tribunal Constitucional ha sostenido a ultranza la imposibilidad de acudir a arbitrajes obligatorios, aunque ello sea a costa de sobrecargar con todo tipo de asuntos a la justicia estatal, lo que ha provocado una situación de bloqueo de la misma que justamente provoca el efecto contrario al derecho a la tutela efectiva que se pretende defender. Dicho de otro modo, ¡qué mejor tutela efectiva se puede encontrar que una respuesta rápida a un asunto, agilidad que ha devenido prácticamente ilusoria en la justicia estatal!

De ahí que precisamente en aras a una mejor tutela de los sujetos afectados por un litigio, si la celeridad de respuesta hay que buscarla en sistemas extrajudiciales no tendría que haber inconveniente en acudir abiertamente a los mismos, claro está, sin salirse de los parámetros de constitucionalidad.

Dicho posicionamiento llevado a sus últimas consecuencias posiblemente obligue a revisar la doctrina constitucional que ha venido interpretando al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como un derecho al conocimiento de los asuntos por un tribunal integrante del Poder Judicial.

Probablemente, la clave radique en asimilar por completo las funciones jurisdiccionales que asumen los árbitros con la ofrecida por la justicia ordinaria. La cuestión no es nueva, en ella radica el debate en torno a la naturaleza del arbitraje. No se pretende aquí volver sobre las distintas posiciones doctrinales al respecto, pero sí que interesa tomar como punto de referencia aquella sostenida por la mayor parte de la doctrina abogando por la naturaleza jurisdiccional del arbitraje.<sup>22</sup> Si

---

<sup>21</sup> Artículo 24.1 Constitución Española: «Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

a ello se le añade que el propio Tribunal Constitucional ha reconocido al arbitraje la función de equivalente o sustitutivo a la jurisdiccional del Estado,<sup>23</sup> la distancia que permitiera englobar a los arbitrajes en la

---

<sup>22</sup> A grandes rasgos las teorías se han dividido entre: a) las denominadas contractualistas o privatistas, que ponen el acento en el acuerdo de voluntades que da origen al convenio arbitral, como manifestación de autonomía de la voluntad equiparable a lo que sucede en cualquier contrato; b) las jurisdiccionalistas o procesalistas que asimilan las funciones de los árbitros a los del órgano judicial sobretodo basándose en los paralelismos en cuanto a los efectos que producen los laudos arbitrales con respecto a las sentencias jurisdiccionales; c) las intermedias o sincréticas, que mezclan las dos anteriores. Entre los partidarios de las contractualistas cabría destacar a GUASP DELGADO, J. *El arbitraje en el derecho español*. Barcelona: Bosch, 1956, pp. 17 y ss.; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. «En torno a la internacionalización del Arbitraje de Derecho Privado: dificultades a superar». En *Estudios Procesales*. Madrid: Tecnos, 1965, pp. 106 y ss.; HERCE QUEMADA, V. *Derecho Procesal Civil*. Artes Graf. y Ediciones, 1979, tomo II, p. 212; FAIRÉN GUILLÉN, V. *Doctrina general del Derecho Procesal. (Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales)*. Barcelona: Bosch, 1990, p. 20. En cuanto a los jurisdiccionalistas, CARRERAS LLANSANA, J. «Las fronteras del Juez», «Contribución al estudio del arbitraje», «Estudio comparativo de la ley española de arbitraje». En *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Bosch, 1962, pp. 111 y ss., 433 y ss., 455 y ss., respectivamente; FENECH NAVARRO, M. «El arbitraje en el derecho español». En *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Bosch, 1962, pp. 415 y ss.; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ L. «Una nueva regulación del arbitraje». En *Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal*, Revista de Derecho Privado, 1964, pp. 448 y ss.; SERRA DOMÍNGUEZ, M. «Naturaleza jurídica del arbitraje». En *Estudios de Derecho Procesal*. Ariel, 1969, pp. 571 y ss.; RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho y proceso*. Barcelona: Bosch, 1979, pp. 297 y ss., VÁZQUEZ SOTELO, J.L. «De los recursos contra laudos arbitrales». En *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 34/1984 de 6 de agosto* (COORD. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.). Madrid: Tecnos, 1985, pp. 949 y ss.; MONTERO AROCA, J. (DIR.). *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*. Civitas, 1990, p. 23; FONT SERRA, E. *La nueva configuración del arbitraje en el Derecho Español*. Justicia, 1989, n.º 2, pp. 344; CABALLOL ANGELATS, LL. *El tratamiento procesal del arbitraje*. Barcelona: Bosch, 1997, p. 19; GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Civil: parte especial*. Colex, 2003, p. 389. Por lo que se refiere a las intermedias, MUÑOZ SABATÉ, LL. *Jurisprudencia arbitral comentada*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 19; ROCA MARTÍNEZ, J.M. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 167; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, p. 579; ARMENTA DEU, T. *Lecciones de Derecho*

tutela judicial del artículo 24 Constitución quizás no sea tan grande.<sup>24</sup> De hecho, si las resoluciones que se obtienen en ambos casos tienen la misma fuerza vinculante,<sup>25</sup> por qué no se puede prever que se deba acudir a formulas extrajudiciales si éstas pueden ofrecer una respuesta

---

*Procesal Civil*. Marcial Pons, 2004, 622 p. 610; MERINO MERCHÁN, J.F., CHILLÓN MEDINA, J.M., *Tratado de Derecho Arbitral*. Navarra: Aranzadi, 2006, pp. 80 y ss. Entre estos últimos cabría añadir los autores que mantienen una naturaleza procesal, pero sin decantarse por las posiciones jurisdiccionales o contractualistas como ALMAGRO NOSETE, J. «La ejecución del laudo arbitral». *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, n.º 0, 1988, pp. 18 y ss., *idem*, *Jurisdicción y arbitraje*. Barcelona: Tribunal Arbitral de Barcelona, Boletín n.º 2, p. 51; GÓMEZ COLOMER, J.L. *Derecho Jurisdiccional*. Valencia: Tirant lo blanch, 2003, tomo II, p. 826; LORCA NAVARRETE, A.M. *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre de 2003*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, p. 23.

<sup>23</sup> La STC 174/1995 de 23 de noviembre, en su fundamento jurídico 3.º, añade «[...] tal y como ya hemos reiterado en varias ocasiones, el arbitraje se considera «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) [...]» citando las STC 15/1989 de 26 de enero, fundamento jurídico 9.º, y la STC 62/1991 de 22 de marzo, fundamento jurídico 5.º. De igual modo: STC 288/1993 de 4 de octubre, ATC 326/1993 de 26 de octubre.

<sup>24</sup> En esta línea ya argumentó en su momento el Abogado del Estado en la STC 174/1995 de 23 de noviembre, recogiendo su postura en el fundamento jurídico 1.º: tras recordar la reiterada jurisprudencia que reconoce la compatibilidad de la institución arbitral con la Constitución (SSTC 43/1988 de 16 de marzo; 233/1988 de 2 de diciembre; 15/1989 de 26 de enero; 62/1991 de 22 de marzo; y AATC 382/1985 de 5 de junio; 954/1987 de 22 de julio; y 701/1988 de 6 de junio) concluyó que «El sentido de esta doctrina constitucional sólo puede ser que los árbitros también prestan tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos». No obstante, el Tribunal Constitucional, entendió incompatibles los arbitrajes obligatorios con el artículo 24 CE, declarando en su fundamento jurídico 3.º: «[...] El derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el artículo 24 CE se refiere a una potestad del Estado atribuida al poder judicial consistente en la prestación de la actividad jurisdiccional por Jueces y Tribunales, es decir, como señala el ATC 701/1988 de 6 de junio, por los órganos jurisdiccionales del Estado integrados en el Poder Judicial».

<sup>25</sup> El artículo 43 La señala expresamente que el laudo firme produce los mismos efectos de cosa juzgada que los artículos 207 y 222 LEC prevén para las sentencias firmes.

más rápida. Lógicamente, ello debiera ser respetando unos protocolos de calidad idénticos, esto es, respetando la Constitución y en especial, las garantías procesales previstas en ella.

De hecho, la asimilación entre los sistemas procesales judiciales y extrajudiciales, no resulta nada descabellado cuando se ha planteado en ocasiones la oportunidad de que los árbitros formulen cuestiones de inconstitucionalidad. En repetidas ocasiones el Tribunal Constitucional ha denegado la opción acudiendo a unos parámetros similares a los que le han llevado a justificar la imposibilidad de arbitrajes obligatorios, esto es que el artículo 163 Constitución<sup>26</sup> solamente legitima a los órganos judiciales.<sup>27</sup>

Ahora bien, habrá que reconocer que las circunstancias son muy distintas ahora que en el momento de elaboración de la Constitución Española. En 1978 las preocupaciones de los constituyentes no radicaban en la utilización de unos sistemas extrajudiciales que todavía se

---

<sup>26</sup> Artículo 163 Constitución Española: Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.

<sup>27</sup> Véase el ATC 259/1993, de 20 de julio, que a su vez se remite a la doctrina de la STC 43/1988, de 16 de marzo. Pese a ello la doctrina se muestra dividida. A favor en caso arbitrajes de derecho: PÉREZ GORDÓ, A. «La inconstitucionalidad de las leyes en el arbitraje». En *Estudios de derecho Procesal*, Pórtico, 1981, pp. 455 y ss., *idem*, *Prejudicialidad Penal y Constitucional en el Proceso Civil*. Barcelona: Bosch, 1982, pp. 136 y ss.; MARÍN PAGEO, E. *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*. Civitas, 1990, pp. 168 y ss.; MERINO MERCHÁN, J.F., CHILLÓN MEDINA J.M. *Tratado.... cit.*, p. 799. En contra, ALMAGRO NOSETE, J. *La justicia constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, pp. 216 y ss.; ROCA MARTÍNEZ, J.M., *Arbitraje...*, *cit.*, p. 167. En esta misma dirección, FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M. *El procedimiento de la Cuestión de Inconstitucionalidad*, Cedecs, 2003, p. 235, siguiendo a GARCÍA ROCA, J. «El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el juez ordinario». En *Revista de las Cortes Generales*, n.º 27, 1992, pp. 132 y ss., propone que la solución más coherente es que los árbitros se abstengan de conocer para que las partes acudan a la jurisdicción ordinaria.

hallaban en una fase casi embrionaria de utilización puesto que los problemas de la justicia estatal se centraban en garantizar un eficaz funcionamiento de la misma con la debida independencia y respeto a la Constitución. Lo que ha sucedido es que paralelamente a la consolidación del sistema constitucional, la justicia estatal se ha ido desbordando por el elevado volumen de asuntos lo que ha conducido a la situación actual de colapso de la misma, que convierte en ilusoria una tutela efectiva rápida en los tribunales, lo que ha generado una proliferación de los sistemas extrajudiciales y un progresivo aumento en su utilización. Llegados a este punto no parece nada desmesurado revisar la doctrina constitucional restrictiva hacia los sistemas extrajudiciales, si ello debe servir para agilizar la solución de litigios.<sup>28</sup>

Como se ha indicado en el punto anterior, la STC 352/2006 pudiera ser un punto de inflexión que acogiera dichos razonamientos. En ella se ha visto se hace un esfuerzo para una mayor utilización del arbitraje, flexibilizando los requisitos y formas para prestar el consentimiento que resulta la base del convenio arbitral. El paso entre ello y el reconocimiento de los arbitrajes obligatorios quizás no sea tan grande.

Tómese como ejemplo el mismo supuesto que da origen a esa sentencia. Dado que uno de los argumentos que se utilizan en ella es que, debido a la especificidad del sector, los contratantes que operan en el mismo ya conocen el sometimiento del sistema arbitral, al que pueden

---

<sup>28</sup> De forma análoga, el mismo problema se ha planteado en el ámbito de la Unión Europea con relación a la cuestión prejudicial comunitaria del artículo 177 TCE, declarando el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la sentencia del caso *Nordsee* de 23 de abril de 1982, que los arbitrajes no tienen naturaleza jurisdiccional por lo que no se puede formular la cuestión. En este sentido, VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M. *La cuestión prejudicial en el derecho comunitario europeo*. Madrid: Tecnos, 1994, pp. 76 y ss.; JIMENO BULNES, M. *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*. Barcelona: Bosch, 1996, pp. 197 y ss. Dado que los distintos Estados de la Unión Europea se hallan en mayor o menor medida en una situación parecida de desbordamiento de la justicia estatal, no sería de extrañar que la doctrina se suavice en aras a fomentar los sistemas alternativos, en una línea parecida a la que apuntan resoluciones de tribunales internos como la STC 352/2006.

renunciar con manifestación expresa, ¿por qué no se puede ir un poco más allá y suprimir la posibilidad de renuncia al arbitraje convirtiéndolo en obligatorio, entendiendo que los contratantes del sector ya lo conocen cuando voluntariamente se someten al mismo? Lógicamente ello debiera resultar operativo solamente en ámbitos en los cuales un sujeto acceda libremente y se tenga el debido conocimiento del sistema de solución de litigios extrajudicial. Con ello se conseguiría descargar a la justicia estatal de muchos sectores del ordenamiento, tan específicos como el de Transportes Terrestres. De hecho, en la práctica comercial, pese a lo que establezca la Ley Arbitraje y la doctrina jurisprudencial, no resulta nada inhabitual que para entablar ciertas relaciones jurídicas con determinados sujetos la posibilidad de negociar la cláusula arbitral devenga un mero formalismo, esto es, en muchas ocasiones o se acepta el sometimiento a arbitraje o no hay negocio jurídico. Y si ello se produce en un ámbito en el cual operen libremente los contratantes nada hay que objetar. Es más, en ocasiones se trata de arbitrajes institucionales de contrastada calidad que otorgan un mayor prestigio al sector. Dada la realidad existente, ¿por qué no reconocerlo legislativamente y regular abiertamente los arbitrajes obligatorios?

En consecuencia, aún sin forzar a una nueva lectura constitucional que asimile por completo los sistemas extrajudiciales y judiciales, estirando del mismo argumento utilizado por la STC 352/2006, podría entenderse que la voluntariedad del sometimiento a arbitraje se manifestara en el momento en que un determinado sujeto libremente decide entablar relaciones jurídicas en un ámbito del ordenamiento para el cual estuviera prevista la necesidad de solucionar los conflictos acudiendo al arbitraje. Si esto es así, de conformidad con la Constitución y la Ley de Arbitraje pueden desjudicializarse sin mayor inconveniente ciertos sectores jurídicos.

En cualquier caso lo que no se puede negar es que la Constitución se debe respetar en todo sistema de solución de litigios, judicial o extrajudicial. Es más, en el supuesto se admita una mayor asimilación entre ambos sistemas, con mayor razón debiera decaer la interpreta-

ción literal de la Constitución que impide plantear cuestiones de inconstitucionalidad cuanto menos en los arbitrajes de derecho.<sup>29</sup>

### VIII. CONCLUSIONES EXTRAPOLABLES A CUALQUIER ORDENAMIENTO JURÍDICO

Las premisas constitucionales que han servido de base en este trabajo para justificar las afirmaciones en torno a la constitucionalidad del arbitraje resultan predicables prácticamente en su totalidad de cualquier ordenamiento jurídico de países que cumplen los caracteres de Estado de Derecho.

Ello es así debido a que están basados en principios de justicia reconocidos universalmente como son la exclusividad en el ejercicio de la función jurisdiccional de los órganos integrantes de los Poderes Judiciales y el derecho a la tutela judicial efectiva de los justiciables.

No obstante, también se ha apuntado que conviene no desatender la situación coyuntural de cada país a la hora de potenciar los sistemas extrajudiciales. En este sentido, si bien es cierto que en mayor o menor medida es un problema común en los distintos países la congestión de asuntos en la justicia estatal, lo provoca que cada vez resulte más complicado hallar una verdadera tutela efectiva en la misma y haga plantearse la necesidad de buscarla en fórmulas extrajudiciales, hay que andarse con mucha cautela en abrir las puertas a las vías alternativas cuando éstas no aseguren unos protocolos de garantías procesales mínimas paralelos a los que ofrece la justicia ordinaria.

De ahí que haya que atender al grado de consolidación en cada país de los medios alternativos como el arbitraje para valorar la flexibilidad que puede darse a las lecturas constitucionales que los legitimen.

Se ha visto que en España inicialmente el Tribunal Constitucional abogó

---

<sup>29</sup> La Ley de Arbitraje en su artículo 34 facilita la opción al prever que, salvo pacto en contrario, los arbitrajes serán conforme a derecho y no a equidad, a diferencia de lo previsto en el artículo 4 de la Ley de Arbitraje de 1988.



por una defensa a ultranza del principio de exclusividad de los Tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional, admitiendo solamente la vía arbitral cuando las partes de forma expresa manifestaban acordaban acudir a ella. La autonomía de la voluntad de las partes que fundamentaba el arbitraje se compatibilizaba perfectamente con el mencionado principio de exclusividad, denegando con rotundidad los arbitrajes obligatorios.

No obstante, en los últimos tiempos, probablemente atendiendo a la necesidad de mejorar la tutela efectiva que ofrece la colapsada justicia ordinaria, se ha decidido flexibilizar desde un punto de vista de legitimidad constitucional la fórmula para manifestar la voluntariedad de sometimiento a arbitraje. Dicha posición no tiene ningún inconveniente en sustentarse desde el momento en que el arbitraje en España se puede decir que ya ha adquirido una mayoría de edad, hasta el punto que determinados tribunales arbitrales institucionalizados, como el Tribunal Arbitral de Barcelona, gozan de un enorme prestigio. Con ello se quiere decir que para flexibilizar los requisitos que legitiman la constitucionalidad del arbitraje como se ha hecho en España, habrá que atender a la confianza que despierten el funcionamiento de los arbitrajes en cada uno de los países. En el momento en que los operadores jurídicos de un país no tengan dudas sobre la corrección con la que se resuelven los asuntos por los cauces arbitrales, de forma análoga en cuanto al respeto de las garantías procesales mínimas fundamentales que operan en la justicia ordinaria, no debe haber inconveniente en dar un paso adelante hacia incluso el reconocimiento de los arbitrajes obligatorios como recientemente ha hecho la STC 352/2006.

En la STC 352/2006, se ha reconocido implícitamente que la celeridad de respuesta que exige una tutela efectiva hay que buscarla en fórmulas extrajudiciales y se ha decidido a fomentarlas abiertamente flexibilizando algunos de los requisitos que hasta el momento se habían exigido para compatibilizarlas con la Constitución.

La citada STC 352/2006 admite la constitucionalidad de aquellos arbitrajes en que el consentimiento de las partes a someterse a ellos se presupone por ley, si cualquiera de ellas pueda renunciar

unilateralmente a la fórmula antes de que se manifieste el conflicto. Sobre estos parámetros, siempre y cuando los potenciales litigantes sean conocedores de la posibilidad de manifestar la renuncia, la previsión puede extenderse a cualquier sector del ordenamiento, con unas características parecidas al de Transportes Terrestres que ha motivado la resolución, y con independencia de la importancia del asunto.

Dicha doctrina constitucional llevada a sus últimos extremos, no debiera impedir que el legislador imponga arbitrajes obligatorios en determinados sectores del ordenamiento a los cuales los litigantes se sometan libremente, entendiendo que prestan el consentimiento al arbitraje en el momento en que deciden desarrollar relaciones jurídicas ese ámbito. De este modo, se podría descargar de un buen número de asuntos a la justicia estatal.

Cuanto mayor sea la asimilación entre la justicia estatal y extrajudicial, dado que en ambos casos deben cumplir con los protocolos constitucionales mínimos, debiera revisarse el diferente tratamiento constitucional que se le ha dado a los sistemas, admitiendo por ejemplo que en los arbitrajes de derecho se pueda plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, oportunidad hasta el momento reservada en exclusiva a los tribunales ordinarios.

## BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. «En torno a la internacionalización del Arbitraje de Derecho Privado: dificultades a superar». En *Estudios Procesales*. Madrid: Tecnos, 1965, 779 pp.

ALMAGRO NOSETE, J. «La ejecución del laudo arbitral». En *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, n.º 0, 1988, pp. 18 y ss.

ALMAGRO NOSETE, J. «Jurisdicción y arbitraje». En *Tribunal Arbitral de Barcelona*, Boletín n.º 2, pp. 51 y ss.

ALMAGRO NOSETE, J. *La justicia constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, 730 pp.

ARMENTA DEU, T. *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Marcial Pons, 2004, 622 pp.

BARONA VILAR, S. *Solución extrajurisdiccional de conflictos*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, 309 pp.

CABALLOL ANGELATS, LL. *El tratamiento procesal del arbitraje*. Barcelona: Bosch, 1997, 175 pp.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (con DE LA OLIVA SANTOS A., VEGAS TORRES J.). *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, 596 pp.

FAIRÉN GUILLÉN, V. *Doctrina general del Derecho Procesal. (Hacia una*

*Teoría y Ley Procesal Generales*). Barcelona: Bosch, 1990, 604 pp.

FENECH NAVARRO, M. «El arbitraje en el derecho español». En *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Bosch, 1962, pp. 415 y ss.

FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M. *El procedimiento de la Cuestión de Inconstitucionalidad*. Cedecs, 2003, 633 pp.

FONT SERRA, E. «La nueva configuración del arbitraje en el Derecho Español». En *Justicia*, 1989, n.º 2, pp. 344 y ss.

GARCÍA ROCA, J. «El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el juez ordinario». En *Revista de las Cortes Generales*, n.º 27, 1992, pp. 132 y ss.

GIMENO SENDRA, V. (con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., MORENO CATENA, V.). *Derecho Procesal Civil: parte especial*. Colex, 2003, 411 pp.

GÓMEZ COLOMER, J.L. (con MONTERO AROCA, J., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.). *Derecho Jurisdiccional*. Valencia: Tirant lo blanch, 2003, tomo II, 878 pp.

GUASP DELGADO, J. L. *El arbitraje en el derecho español*. Barcelona: Bosch, 1956, 170 pp.

HERCE QUEMADA, V. *Derecho Procesal Civil*. T. Artes Graf. y Ediciones, 1979, tomo II, 450 pp.

HINOJOSA SEGOVIA, R. *Sistemas de solución extrajurisdiccional de conflictos*. Centro de Estudios Ramón Areces, 2006, 216 pp.

JIMENO BULNES, M. *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Bosch,

1996, 663 pp.

LORCA NAVARRETE, A. M. *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 560 pp.

MARTÍNEZ GARCÍA, E. *La inconstitucionalidad del artículo 38.2 pfo.1 de la Ley de Transportes Terrestres; en torno a la STC 174/1995*, Actualidad Civil, n.º 28, semana 7 a 13 de julio, pp. 623 y ss.

MARTÍNEZ GARCÍA, E. *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*. Valencia: Tirant lo blanch, 2002, 293 pp.

MARÍN PAGEO, E. *La cuestion de inconstitucionalidad en el proceso civil*, Civitas, 1990, 400 pp.

MERINO MERCHÁN, J. F. CHILLÓN MEDINA J. M. *Tratado de Derecho Arbitral*. Navarra: Aranzadi, 2006, 1852 pp.

MONTERO AROCA, J. (DIR.) *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Civitas, 1990, 402 pp.

MUÑOZ SABATÉ, LL. *Jurisprudencia arbitral comentada*. Barcelona: Bosch, 1992, 620 pp.

PÉREZ GORDÓ, A. «La inconstitucionalidad de las leyes en el arbitraje». En *Estudios de derecho Procesal*. Pórtico, 1981, 485 pp.

PÉREZ GORDÓ, A. *Prejudicialidad Penal y Constitucional en el Proceso Civil*. Barcelona: Bosch, 1982, 309 pp.

PUJADAS TORTOSA, V. «Los ADR en Estados Unidos: aspectos destacables

de la su regulación jurídica». En *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2003, pp. 71 y ss.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ L. «Una nueva regulación del arbitraje». En *Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal*, Revista de Derecho Privado, 1964, 917 pp.

RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho y proceso*. Barcelona: Bosch, 1979, 326 pp.

RAMOS MÉNDEZ, F. *Medidas alternativas a la resolución de conflictos por la vía judicial en el ámbito civil patrimonial*. Justicia, 1994-4, pp. 807 y ss.

RAMOS MÉNDEZ, F. *Arbitraje y litigios transfronterizos en un foro global*, Atelier, 2005, pp. 141 y ss.

RAMOS MÉNDEZ, F. *El sistema procesal español*. Atelier, 2005, 406 pp.

ROCA MARTÍNEZ, J. M. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: Bosch, 1992, 257 pp.

SERRA DOMÍNGUEZ, M. «Naturaleza jurídica del arbitraje». En *Estudios de Derecho Procesal*. Ariel, 1969, 805 pp.

VÁZQUEZ SOTELO, J. L. «De los recursos contra laudos arbitrales». En *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 34/1984 de 6 de agosto* (COORD. CORTÉS DOMÍNGUEZ V.). Madrid: Tecnos, 1985, pp. 947 y ss.

VICENT CHULIÁ, F. «Arbitraje e impugnación de acuerdos sociales. Acto final». En *Anuario de Justicia Alternativa*, 2001, n.º 1, pp. 89 y ss.

VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M. *La cuestión prejudicial en el derecho comunitario europeo*. Madrid: Tecnos, 1994, 165 pp.

## CAPÍTULO 2

LA PRETENSIÓN DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL Y LA  
POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES ESTATALES ANTE ELLA EN LA  
LEY 60/20003 DE 26 DICIEMBRE DE 2003

Julián-Pedro González Velasco





## Capítulo 2

### LA PRETENSIÓN DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL Y LA POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES ESTATALES ANTE ELLA EN LA LEY 60/20003 DE 26 DICIEMBRE DE 2003

*Julián-Pedro González Velasco*

I. Los árbitros y los tribunales estatales.— II. La pretensión de anulación se constituye en el elemento de conexión entre árbitro y tribunal estatal.— III. Naturaleza jurídica de la pretensión de anulación.— IV. Situación y naturaleza del laudo arbitral impugnado.— V. Función de los tribunales estatales ante la pretensión de anulación.

#### I. LOS ÁRBITROS Y LOS TRIBUNALES ESTATALES

La Constitución Española y la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>1</sup> atribuyen la potestad jurisdiccional del Estado a juzgados y tribunales, en los que radica la facultad exclusiva de juzgar y ejecutar.

A pesar de los estudios hechos sobre el arbitraje, continúa siendo una materia casi huérfana de tratamiento en la doctrina procesalista, a pesar de considerarse, como veremos, como *equivalente jurisdiccional* por el Tribunal Constitucional, y por ello, digno de un estudio similar al dado a la otra forma heterocompositiva de resolver cuestiones.

La potestad de los árbitros sobre determinadas materias, las de libre disposición para las partes conforme a Derecho, según se dice en el

---

<sup>1</sup> Con carácter general, aludiré a ella como LOPI.

artículo 2 de la vigente ley de Arbitraje, Ley 60/2003, de 23 de diciembre,<sup>2</sup> encuentra, precisamente, su fundamento en la libertad y autonomía de la voluntad de los particulares, materializada en el convenio arbitral, delimitador de la potestad decisoria del árbitro.

Todo arbitraje se fundamenta en la voluntad de las partes en conflicto, existente o futuro, de tal manera que la cláusula arbitral será el punto neurálgico del arbitraje, y no sólo su razón de ser, sino también, el fundamento constitucional como institución sustitutiva de la función jurisdiccional ejercida por los tribunales estatales, sin que ello implique una suplantación de éstos por los árbitros, según doctrina del Tribunal Constitucional, cuando configura el arbitraje como «un equivalente jurisdiccional», mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que ante los órganos jurisdiccionales del Estado, es decir, una decisión con efectos de cosa juzgada.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> En lo sucesivo, la alusión a un artículo sin referencia a norma alguna deberá entenderse hecha a la Ley de Arbitraje, Ley 60/2003, de 23 de diciembre, para evitar la reiterada utilización del nombre completo o de las simples siglas. En el supuesto de considerarlo necesario aludiré a esta ley como LA.

<sup>3</sup> *Vid* la sentencia del Tribunal Constitucional 288/1993. En la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 28 de Julio de 1995 se dijo que *los laudo arbitrales firmes sólo son susceptibles de ejecución judicial por los trámites del procedimiento de ejecución de sentencias, tanto si se tiene en cuenta lo preceptuado en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 22 de Diciembre de 1953, [...], como si se atiende a lo establecido en los artículos 52 y 53 de la vigente Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 [...] dentro de cuyo procedimiento ejecutorio podrán plantearse todos los incidentes que legalmente sean procedentes hasta alcanzar la verdadera intelección de lo resuelto por el árbitro en el laudo arbitral firme que se trata de ejecutar, pero lo que en ningún caso puede ser procesalmente permisible es que trate de plantearse, a través de un procedimiento declarativo ordinario, la cuestión, verdaderamente insólita, atinente a la interpretación del repetido laudo, pues ello equivale, real y prácticamente, a que por esa vía indirecta, a plantear de nuevo ante el órgano jurisdiccional, con evidente infracción del principio de santidad de la cosa juzgada, la misma cuestión litigiosa que ya había sido resuelta por el expresado laudo arbitral firme, al que libre y voluntariamente se habían sometido las partes.*

En palabras de nuestro Tribunal Constitucional en sentencias 62/91 y 228/93 el arbitraje consiste en someter a un tercero la decisión de un conflicto intersubjetivo sobre cuestiones de su libre disposición. Esto es, se concibe como un equivalente jurisdiccional, una alternativa a la función judicial con el que las partes pueden obtener los mismos objetivos que ante los tribunales estatales, mediante la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto, que someten a la consideración del árbitro, con todos los efectos de la cosa juzgada. En la sentencia 176/96, cuya doctrina se reitera por el mismo Tribunal Constitucional en sentencia 5/2005, el arbitraje se concibe como: «un medio heterogéneo de arreglo de controversias fundado en la libertad y autonomía de la voluntad de los sujetos privados que eligen el árbitro y limitan y fijan los términos sobre los que aquél ha de pronunciarse».

Alternativa jurisdiccional, presidida por consideraciones esenciales y de especial relevancia para la elaboración del presente trabajo.

Por un lado, que el hecho de someterse las partes voluntariamente al arbitraje no puede implicar menoscabo alguno del derecho a la tutela efectiva que la Constitución reconoce a todos, según la sentencia del Tribunal Constitucional 43/1988, y por otro, que elegida esta vía a la que se someten, es en ella donde deben las partes encontrar la decisión que resuelva la cuestión litigiosa, sin que el acceso a los tribunales estatales pueda utilizarse como medio de revisión de lo resuelto, al limitarse su función al control externo sobre la observancia de los trámites y formalidades diseñados para garantizar el efectivo derecho a la tutela jurisdiccional, sin posibilidad, tampoco, de someter de nuevo y fuera de este proceso de anulación el conflicto ante los tribunales estatales, según se puede leer en las sentencias de dicho Tribunal Constitucional 99/1985, 50/1990, 149/1995, 176/1996.

Es cierto que la posibilidad de impugnar el laudo arbitral fue desechada en tiempos lejanos. Si bien la decisión del «arbitrator» podría recurrirse en Roma ante un magistrado, si se demostraba mala fe de

aquél, error manifiesto o grave injusticia, en los supuestos de laudo arbitral, del arbitraje compromisario,<sup>4</sup> sólo cabía su impugnación ante el magistrado en los casos de mala *fides* del *arbiter*, a través de la fórmula de la *exceptio doli*. En este sentido en un texto de Paulo, contenido en D. 4.8.32.14 *in fine*,<sup>5</sup> se afirmaba que el emperador Antonino Caracala, ante la consulta de un tribunal en un caso de esta naturaleza, respondió por rescripto que aun cuando no pudiera apelarse contra la sentencia de un árbitro, cabía en determinados casos oponer a la sentencia arbitral la excepción de dolo malo, por lo que por medio de esta excepción se podía descubrir una cierta especie de control, a través del cual se consideraba lícito revocar la sentencia de un árbitro.

En el momento actual ese control es posible, y a su alcance quiero dedicar estas páginas.

En consecuencia, se puede decir que los tribunales estatales desempeñan una función importante en relación a la que los árbitros desarrollan en todo arbitraje: en primer lugar, mediante el apoyo; y en

---

<sup>4</sup> El arbitraje compromisario, también denominado *merum arbitrium*, tenía en Derecho Romano un marcado carácter contractual. Consistía en el pacto o compromiso, y de ahí el nombre, de someter la resolución de un conflicto *inter partes* a la decisión de un árbitro, el cual se comprometía a dar su opinión sobre el asunto. A dicho pacto se añadían estipulaciones recíprocas, generalmente con cláusula penal, en virtud de las cuales los intervinientes podían exigirse el contenido de la estipulación o el cumplimiento de la cláusula penal, para el caso de no colaboración con el árbitro en el desarrollo de su actuación, o de no acatamiento de la sentencia o laudo arbitral. Es la regulación de este tipo de arbitraje compromisario, contenido básicamente en D. 4.8. «*Sobre los casos de responsabilidad asumida. Que los que asumieron un arbitraje dicten sentencia*», el que en mayor medida ha influido en el arbitraje de Derecho moderno.

<sup>5</sup> Paulus 13 ad ed. *Cum quidam arbiter ex aliis causis inimicus manifeste apparuisset, testationibus etiam conventus, ne sententiam diceret, nihilo minus nullo cogente dicere perseverasset, libello cuiusdam id querentis imperator antoninus subscripsit posse eum uti doli mali exceptione. et idem, cum a iudice consuleretur, apud quem poena petebatur, rescripsit, etiamsi appellari non potest, doli mali exceptionem in poenae petitione obstaturam. per hanc ergo exceptionem quaedam appellandi species est, cum liceat retractare de sententia arbitri.*

segundo lugar, en el proceso de ejecución del laudo arbitral,<sup>6</sup> y finalmente, a través del control previsto en los artículos 40 y siguientes.

## II. LA PRETENSIÓN DE ANULACIÓN SE CONSTITUYE EN EL ELEMENTO DE CONEXIÓN ENTRE ÁRBITRO Y TRIBUNAL ESTATAL

En el Ordenamiento español se han sucedido diversas, no muchas, leyes sobre arbitraje,<sup>7</sup> y si en la Ley de 5 de diciembre de 1988, en el título VII, artículos 45 y siguientes, se reguló por primera vez, el llamado «recurso» de anulación del laudo, en la vigente ley 60/2003, de 23 de diciembre de 2003, y en concreto en su artículo 40, con más depurada terminología, se estableció la posibilidad de ejercer la denominada «acción», aunque mejor hubiera debido decir, pretensión, de anulación del laudo.

Precisamente, el «recurso» (realmente, proceso), al que se refirieron los artículos 45 y siguientes de la Ley de Arbitraje de 1988 estaba diseñado para resolver la pretensión de anulación del laudo arbitral, y vino a sustituir a los recursos de casación y nulidad que, frente a las decisiones arbitrales, se preveían en la Sección Novena del Título XXI del Libro II LEC<sup>1881</sup> (artículos 1729 a 1736), y que fueron derogados con la entrada en vigor de la Ley 36/1988.

---

<sup>6</sup> La potestad del árbitro no alcanza el “ejecutar”, pues se necesita para ello el auxilio de los tribunales estatales, según se establece en los artículos 52 y siguientes de la ley de Arbitraje, como también se necesitará ese auxilio cuando la voluntad de las partes resulte insuficiente para llevar a buen fin el proceso, tema al que en este lugar no puedo dedicarle examen alguno, bastando esta simple alusión.

<sup>7</sup> La Ley de arbitraje de 1953, en sus artículos 28 y 30 reguló el sistema de impugnación del laudo a través de recursos.

Artículo 28. «Contra el fallo que dicten los árbitros en un arbitraje de derecho, procederá sólo el recurso de casación, por infracción de Ley o quebrantamiento de forma ante la Sala primera del Tribunal Supremo».

Artículo 30. «Contra el fallo que dicten los árbitros en un arbitraje de equidad, sólo cabrá recurso de nulidad ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, por los motivos y según el procedimiento que se establece en el artículo 1691, número 3º y en los artículos 1774 a 1780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Estaba, y sigue estando,<sup>8</sup> la aludida pretensión, y su correspondiente proceso, pensada como instrumento puente entre el sistema arbitral y los tribunales estatales, de tal forma que el Estado a través de éstos, y siempre a instancia de parte interesada, pudiera controlar la observancia de los principios y garantías procesales durante la actividad arbitral, aunque no de forma libre y amplia, sino en virtud de motivos tasados.

De esta forma, el propio proceso, y en su día, la decisión del tribunal estatal, se convierten en garantes del derecho a la tutela efectiva de los ciudadanos y por ello, como con reiteración ha tenido oportunidad de afirmar la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo,<sup>9</sup> no parece razonable admitir que las partes puedan renunciar a la posible impugnación del laudo,<sup>10</sup> como tampoco pueden renunciar a la exigencia del cumplimiento de los principios y garantías procesales.

A tenor de lo dicho por esa Sala de lo Civil en sentencia de 9 de Octubre de 1989, el uso del arbitraje, para resolver cuestiones que sean susceptibles de ser arbitradas, no supone renuncia a la tutela jurisdiccional efectiva a cargo de los tribunales estatales, pues el *ordenamiento jurí-*

---

<sup>8</sup> Ésta es la razón por la que a lo largo del presente trabajo utilizo sentencias de los distintos tribunales dictadas con anterioridad al año 2003, así como la bibliografía anterior a este año, sin perjuicio de traer a colación las novedades posteriores, cuando no se trate de simple reiteración de conceptos, afirmaciones o ideas.

<sup>9</sup> Pueden consultarse, a modo de ejemplo, las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1945, 1 de marzo de 1962, 10 de marzo de 1986, etc.

<sup>10</sup> No existe discrepancia doctrinal alguna respecto del carácter irrenunciable que caracteriza al recurso de anulación, y, así se pueden ver los trabajos, entre otros, de CABANILLAS SÁNCHEZ, A. «*De la anulación del laudo*», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., Madrid: Edit. Tecnos, 1991, p. 735; HINOJOSA SEGOVIA, R. *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales*. Madrid: Edit. EDERSA, 1991, p. 82; REGLERO CAMPOS, L.F. *El Arbitraje (el convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988)*. Madrid: Edit. Montecorvo, 1991, p. 269; CORDÓN MORENO, F. *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*. Pamplona: Edit. Aranzadi, 1995, pp. 121 y 122; ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P. *La anulación del laudo arbitral. El proceso arbitral y su impugnación*. Granada: Edit. Comares, 1996, pp. 64 y 65; LLANA VICENTE, M. de la: «El recurso de anulación contra laudo arbitral». En *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LIII, n.º 1859, 1999, p. 3882.

*dico español concede a los particulares la posibilidad de optar para la solución de sus problemas socio-jurídicos entre el cauce o vía jurisdiccional y el extrajudicial (artículos 1809 y ss., y especialmente a estos efectos el 1814 del CC); ... el artículo 24.1 CE, se limita a señalar el derecho que todo ciudadano tiene a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, mas no impide la igualmente constitucional facultad de optar para dicha tutela al cauce extrajudicial —arbitraje en este caso— como aquí han hecho.*

Es cierto que el artículo 11.1 de la Ley de Arbitraje dice textualmente que el:

Artículo 11.1. -«Convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria».

Sin embargo, dicho artículo no debe interpretarse como impedimento a acudir a los tribunales estatales en defensa de los principios y garantías procesales y constitucionales, sino como eliminación de la función jurisdiccional de los tribunales estatales para resolver la controversia concreta entre las partes, pues éstas han optado, libre y voluntariamente, por su resolución por el árbitro, y a través de un cauce procesal distinto al ordinario.

No debe olvidarse que los motivos o causas de la anulación contemplados en el actual artículo 41, similar al antiguo artículo 45 de la LA de 1988, constituyen el límite del control, al regular los motivos de anulación del laudo por los tribunales estatales.

La comparación es inevitable:

ARTÍCULO 45 DE LA LEY 36/1988 DE 5 DE  
DICIEMBRE, DE ARBITRAJE

El laudo sólo podrá anularse en los siguientes casos:

1. Cuando el convenio arbitral fuese nulo.
2. Cuando en el nombramiento de los árbitros y en el desarrollo de la actuación arbitral no se hayan observado las

ARTÍCULO 41 DE LA LEY 36/1988 DE 5 DE  
DICIEMBRE, DE ARBITRAJE

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

- a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido.
- b) Que no ha sido debidamente noti-

- formalidades y principios esenciales establecidos en la Ley.
3. Cuando el laudo se hubiere dictado fuera de plazo.
  4. Cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubiesen sido, no pueden ser objeto de arbitraje. En estos casos la anulación afectará sólo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de arbitraje, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan indisolublemente unidos a la cuestión principal.
  5. Cuando el laudo fuese contrario al orden público
- ficada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.
  - d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley.
  - e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.
  - f) Que el laudo es contrario al orden público.

A pesar de sus diferencias, un simple examen de los dos textos exige tener en cuenta lo establecido por las Audiencias Provinciales en relación a las causas de la pretensión de nulidad en la LA de 1988.

### III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRETENSIÓN DE ANULACIÓN

El problema, pues, está en la naturaleza de esa pretensión de anulación, y de la función que han de desarrollar los tribunales estatales, pues no han faltado posiciones doctrinales que han contemplado la posibilidad de control por estos tribunales estatales de lo resuelto por el árbitro, unas veces como un verdadero recurso,<sup>11</sup> otras como medio

---

<sup>11</sup> Lo tipifican como recurso BARONA VILAR, S. en «El recurso de anulación del laudo arbitral». En *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. V, 1988-1989, p. 117; ORTIZ NAVACERRADA, S. en «La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje: Aspectos Procesales». En *Actualidad Civil*, vol. I, 1989, n.º. 42, p. 151.



de impugnación especial,<sup>12</sup> existiendo autores que han asumido posiciones eclécticas.<sup>13</sup>

Dentro de los que han hablado de recurso,<sup>14</sup> no obstante, le han dado un marcado carácter extraordinario, ya que sólo sería admisible alegar los motivos concretamente establecidos por la ley, y en todo caso, no se permitiría, ni se permite, al tribunal estatal realizar un examen del fondo de la cuestión sometida a arbitraje, como si se tratase de una segunda instancia, en la que pudiera discutirse de nuevo el fondo de la cuestión controverti-

---

<sup>12</sup> ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN entiende que es un medio de impugnación y en concreto, ante una acción de impugnación, por contraposición a lo que constituye un medio de gravamen, en «La anulación del laudo arbitral». *Op. cit.*, p. 27. LORCA NAVARRETE afirma que no existe técnicamente instancia procesal de recurso sino demanda de anulación del laudo que sólo puede tramitarse por el proceso que la Ley de Arbitraje tipifica como «recurso de anulación», en *Manual de Derecho de Arbitraje*. Madrid: Edit. Dykinson, 1997, p. 1152. También le niegan la calificación de recurso: PORCELLAR GIMÉNEZ, E. «El Recurso de Anulación en la Ley 36/1988, de Arbitraje». En *Tribunales de Justicia*, n.º. 3, 1999, p. 222. HINOJOSA SEGOVIA afirmó que se trataba de una acción autónoma de impugnación, es un auténtico proceso, dijo, y no puede ser incluido en la categoría de los recursos, en *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales*. *Op. cit.*, p. 67. Por su parte, DE LA LLANA VICENTE lo configura como «acción impugnativa autónoma». En *El recurso de anulación contra laudo arbitral*. *Op. cit.*, p. 3880.

<sup>13</sup> Otros prefieren adoptar una posición más ecléctica: MULLERAT, R. sostiene que se trata de un recurso de apelación por motivos de nulidad, en «La anulación del laudo arbitral». En *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XI, 1995, p. 116. Para CABANILLAS SÁNCHEZ, A. estamos en presencia de un medio de impugnación judicial con características especiales, y así lo dijo en *De la anulación del laudo*. *Op. cit.*, p. 739.

<sup>14</sup> La Audiencia Provincial de Sevilla de 6 de junio de 1992 llegó a decir que «es evidente que no estamos en presencia de un proceso judicial ordinario en primera instancia, sino ante un recurso frente a un laudo arbitral». La Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia de 20 de enero de 2006, y recordando su sentencia de 29 de abril de 2005, dijo que «el carácter de este recurso que no es un recurso de apelación de plena «cognitio» que permite revisar en segunda instancia lo decidido por los árbitros». En estos mismos términos la sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Granada de 13 de junio de 2006.

da, examinarse la actividad probatoria, valorarse, para finalmente, resolver sobre ella, de nuevo, sino que, al contrario, su objeto habría de quedar limitado al análisis de los concretos motivos alegados por las partes que, siempre serían de carácter procesal, y deberían estar amparados por alguna de las causas establecidas en la ley, como puso de relieve la doctrina,<sup>15</sup> y se afirmó por los tribunales.<sup>16</sup>

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se había pronunciado sobre esta cuestión, al interpretar la Ley de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953, aunque ha de hacerse notar que, debido a las diferentes causas anulatorias que podían esgrimirse, dependiendo de si el arbitraje era de derecho o equidad, se distinguía:

- a) En el arbitraje de equidad, es decir, cuando el árbitro debía resolver según equidad, el entonces denominado recurso de nulidad, que fren-

---

<sup>15</sup> En este sentido, BARONA VILAR en «*El recurso de anulación del laudo arbitral*», op. cit., págs. 117 y 120, y en «*De la anulación del laudo*», en *Comentario Breve a la Ley de Arbitraje*, dirigido por MONTERO AROCA, J. Madrid: Edit. Cívitas, 1990, p. 231; MARTÍN OSTOS, J. «El recurso de anulación contra el laudo arbitral». En *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*. San Sebastián: Edit. Instituto Vasco de Derecho Procesal, 1989, p. 75; CABANILLAS SÁNCHEZ en *De la Anulación del Laudo*. Op. cit., p. 708; HINOJOSA SEGOVIA en *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales*. Op. cit., p. 100; REGLERO CAMPOS en *El Arbitraje (el convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988)*. Op. cit., p. 235; CORDÓN MORENO en *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*. Op. cit., p. 125; MULLERAT en «La anulación del laudo arbitral». Op. cit., p. 116.

<sup>16</sup> También nuestros tribunales, y entre otras muchas, se pueden examinar sentencias de las Audiencias Provinciales como las de la Sección 1ª de La Coruña de 30 de marzo de 1992, Sección 18ª de Madrid de 10 de noviembre de 1992, Sección 4ª de Asturias de 9 de marzo de 1993, Sección 5ª de Asturias de 28 de abril de 1994, Sección 5ª de Zaragoza de 16 de septiembre de 1996, Sección 4ª de La Coruña de 20 de abril de 1998, Sección 4ª de Vizcaya de 18 de junio de 1998, Sección 20ª de Madrid de 24 de septiembre de 1998, Sección 4ª de Asturias de 18 de enero de 1999, Sección 3ª de Pontevedra de 21 de mayo de 1999, Sección 2ª de Lérida de 3 de septiembre de 1999, Sección 2ª de Gerona de 9 de marzo de 2000, La Rioja de 14 de abril de 2000, Zamora de 8 de febrero de 2001.

te al laudo se plantease, podía basarse en las causas previstas en el artículo 1733 LEC de 1881, muy similares a las del artículo 45 de Ley de Arbitraje de 1988, y, por ello, a las del actual artículo 41, si bien no se aludía al orden público, definiéndose aquél como: «juicio externo por cuanto el tribunal estatal era sólo tribunal de la forma del proceso o de sus garantías procesales, sin que en ningún caso pudiera pronunciarse sobre el fondo de la controversia, sustraída al conocimiento de los tribunales estatales, precisamente, por el efecto propio del compromiso».<sup>17</sup>

- b) Por el contrario, cuando el árbitro debía resolver conforme a derecho, la Sala Primera del Tribunal Supremo sostuvo que si se impugnaba el laudo por los motivos previstos en los apartados 4º y 5º del artículo 1692 LEC de 1881 (apreciación de la prueba e infracción de norma sustantiva y doctrina jurisprudencial), ello obligaba, en caso de estimación, a resolver la cuestión de fondo controvertida, como consecuencia de la aplicación del artículo 1715.3 del mismo texto procesal.<sup>18</sup>

La Ley de Arbitraje de 1988, y la limitación que estableció en su artículo 45 en los motivos que daban acceso a los tribunales estatales, provocó la desaparición de la distinción entre arbitraje de derecho y equidad, a estos efectos.

---

<sup>17</sup> La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo vino asumiendo esta tesis antes y después de la ley de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953, como se puede apreciar en las sentencias de 17 de abril de 1943, por un lado, y, por otro, las de 12 de febrero de 1957, 13 de mayo de 1960, 21 de enero de 1961, 19 de junio de 1961, 27 de abril de 1962, 13 de junio de 1967, 14 de julio de 1971, 16 y 20 de febrero de 1982, 9 de octubre de 1984, 14 de noviembre de 1984, 17 y 28 de septiembre de 1985, 14 de julio de 1986, 13 de octubre de 1986, 12 de junio de 1987, 17 de marzo de 1988, 28 de noviembre de 1988, 2 de marzo de 1989, 20 de marzo de 1990, 7 de junio de 1990, 10 de abril de 1991.

El Tribunal Constitucional en sentencia 43/1988, de 16 de marzo, hace parecidas afirmaciones.

<sup>18</sup> Pueden consultarse en este sentido las sentencias de esa Sala de 16 de enero de 1975, 3 de octubre de 1980, 25 de noviembre de 1983, 27 de junio de 1985, 26 de noviembre de 1987, 28 de abril de 1988.

Consecuencia de la puesta en vigor de la ley de 1988 fue la desaparición de los recursos de nulidad y casación en los términos vistos, y la aparición del «recurso» de anulación, que con la ley vigente de 2003 se denomina «acción» de anulación.

La naturaleza de recurso, que con la ley de 1988 parecía poder tener, dada su denominación, «recurso»,<sup>19</sup> no fue, en general mantenida por nuestros tribunales, y desapareció, definitivamente, en la ley actual, en razón a la expresión utilizada, «acción», si bien, ya había sido desechada por esos tribunales estatales al afirmar su peculiar naturaleza, muy distinta de la de los recursos contemplados para las resoluciones de los tribunales estatales, como queda patente en los propios términos por ellas utilizados.

a) En unos casos, se hablaba de «demanda de nulidad». Así se realiza en sentencias como las de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 11 de febrero de 1992, 11 de junio y 12 de diciembre de 1993, Sección 8ª de Valencia de 21 de enero de 1993.

b) En la sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de septiembre de 1992 se aludió a «Proceso en primera instancia».

---

<sup>19</sup> Existen sentencias de Audiencias Provinciales, no obstante, que no son claras en su configuración.

- a) En unas, se aludió a la «instancia» cuando se hace referencia al proceso arbitral, y así se puede ver en la sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 4 de abril de 2000, o se calificó a ese proceso arbitral como «primera instancia», como ocurrió en la de 18 de enero de 1999 de la Sección 4ª de la de Asturias.
- b) En otras, se utilizó el término recurso, sin plantearse duda alguna al respecto, como ocurrió en la sentencia del Tribunal Constitucional 288/1993, o en las de la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de octubre de 1995, Sección 5ª de la de Zaragoza de 16 de septiembre de 1996, Sección 8ª de Valencia de 13 de enero de 1998, Sección 15ª de Barcelona de 1 de septiembre de 1999.
- c) También hay sentencias en las que se alude a la petición de anulación, y a la actividad procesal consiguiente, como «segunda instancia». Así se pueden leer las sentencias de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Lérida de 3 de septiembre de 1999, Sección 2ª de Burgos de 8 de octubre de 1999.

- c) En otras sentencias, las Audiencias Provinciales respectivas mantuvieron una tesis mucho más clara, negando expresamente el carácter de recurso al proceso de anulación del laudo, dado que, si mediante él no se podía sustituir la decisión arbitral, y, por ello, se trataba, más bien, de un «remedio extraordinario» para dejarlo sin efecto, como afirmó la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Baleares en la sentencia de 17 de enero de 1995 o la Sección 2ª de la de Guipúzcoa de 27 de enero de 2000.

La Sección 19 de la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia de 20 de enero de 2006 afirmó que:

No se trata, pues, de un recurso en sentido propio, sino de una acción rescisoria fundada en motivos tasados (*numerus clausus*) y orientada única y exclusivamente a obtener un pronunciamiento constitutivo: la creación de una situación nueva ya que a partir de la anulación un laudo que es firme, válido y ejecutivo desde que se dicta deja de serlo.

- d) En otras, se razona la no consideración como recurso a la petición de anulación del laudo, y así, en la sentencia de 16 de septiembre de 1998 de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Asturias se dijo que no podía considerarse como tal, de un lado por la inexistencia de una «relación jurídica procesal» previa;<sup>20</sup> y por otro, la ausencia de un acto procesal contra el que se interpone el supuesto recurso, ya que el laudo antes de adquirir firmeza,<sup>21</sup> no es más que un acto de naturaleza «extrajudicial», extraño a los tribunales estatales.
- e) Se habla expresamente de «proceso de anulación» en sentencias como las de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante de 17 de marzo de 2005, Audiencia Provincial de Valladolid de 9 de

---

<sup>20</sup> Terminología, ciertamente, curiosa. *Vid* a este respecto lo escrito por mí en «El llamado litisconsorcio voluntario no hay litisconsorcio», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, octubre-diciembre 1982, n.º IV, *passim*.

<sup>21</sup> Como exponente de lo afirmado por diversas Audiencias Provinciales, es de recoger lo dicho por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Cádiz en el auto de 5 de abril de 2006: *La disposición final primera de la Ley de Arbitraje de 23 de diciembre 2003 modifica el sistema de ejecución del laudo y una primera*

febrero de 2006, de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 21 de septiembre de 2006.

Ha sido la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo la que ha reiterado esta naturaleza de la actividad procesal necesaria para las alegaciones de las partes y el enjuiciamiento de la impugnación del laudo arbitral en el auto de 21 de febrero de 2006, resumiendo su postura ante el tema, al afirmar que:

Como asimismo se señala en el Preámbulo de la vigente Ley de Arbitraje, se contempla un cauce procedimental que satisface las exigencias de rapidez y de mejor defensa, articulando el mecanismo de control a través de una única instancia procesal, que se sujeta a las reglas del juicio verbal, y cuya competencia se atribuye a las Audiencias Provinciales. Esta mínima intervención jurisdiccional [...] en el proceso

---

*innovación es en cuanto al título ejecutivo (artículo 517.2.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), disponiendo que sólo tendrán aparejada ejecución los laudos o resoluciones arbitrales. Desaparece con esta redacción el término relativo a la firmeza, con lo que se viene a posibilitar la ejecución forzosa del laudo aún cuando sea objeto de impugnación, atribuyéndole fuerza ejecutiva directa en todos los casos, por lo que hay que concluir que no tiene sentido esperar la firmeza del laudo cuando el ordenamiento procesal civil permite ampliamente la ejecución provisional de las sentencias. Esto por otra parte es congruente con el artículo 45 de la propia Ley de Arbitraje que permite la ejecución del laudo aún cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación, si bien en este caso el ejecutado podrá solicitar al tribunal competente la suspensión de la ejecución, siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la demora en la ejecución del laudo. A este respecto, la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 de Arbitraje dice que «La ley opta por atribuir fuerza ejecutiva al laudo aunque sea objeto de impugnación. Ningún sentido tendría que la ejecutividad del laudo dependiera de su firmeza en un ordenamiento que permite ampliamente la ejecución provisional de sentencias. La ejecutividad del laudo no firme se ve matizada por la facultad del ejecutado de obtener la suspensión de la ejecución mediante la prestación de caución para responder de lo debido, más las costas y los daños y perjuicios derivados de la demora en la ejecución. Se trata de una regulación que trata de ponderar los intereses de ejecutante y ejecutado». Por todo ello, procede la revocación del auto recurrido, debiendo continuar sus trámites el procedimiento, habiendo lugar a dictar despacho de ejecución.*

sobre anulación de un laudo arbitral ...[ha] entendido el legislador que [realizándose] a través de una única instancia y con una sola fase procesal se satisface suficientemente la necesidad de control jurisdiccional de la resolución arbitral, [y que] las resoluciones que, como las dictadas en los juicios verbales sobre anulación de laudos arbitrales, han sido dictadas en una única instancia, en la cual la intervención de las Audiencias Provinciales no se contrae a la revisión de lo resuelto en una anterior instancia, sino al examen primero y único de la pretensión anulatoria, por lo que no se trata de una segunda instancia judicial. Esta conclusión... ha sido plasmada en numerosos Autos [...] (vide AATS 28-12-2001, 5-2-2002, 14-5-2002, 25-2-2003, 30-9-2003, 9-3-2004, 23-3-2004, 6-7-2004), [...], y debe mantenerse [...] en los procesos anulatorios sustanciados con arreglo a lo dispuesto en la Ley 60/2003.

#### IV. SITUACIÓN Y NATURALEZA DEL LAUDO ARBITRAL IMPUGNADO

Gran parte de las dudas que sobre el tema han surgido, y seguirán apareciendo, se deben a la falta de precisión a la hora de afrontar el tema.

¿Es firme el laudo definitivo cuando se dicta, o sólo lo es cuando se dan las circunstancias previstas en el artículo 217 de la LEC?<sup>22</sup> ¿Frente al laudo dictado, e impugnado, se puede pedir y tramitar ejecución definitiva, o se trata de un supuesto de ejecución provisional?, o en palabras más técnicas, ¿el laudo impugnado es un título ejecutivo definiti-

---

<sup>22</sup> Artículo 207. Resoluciones definitivas. Resoluciones firmes. Cosa juzgada formal.

1. Son resoluciones definitivas las que ponen fin a la primera instancia y las que decidan los recursos interpuestos frente a ellas.
2. Son resoluciones firmes aquéllas contra las que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado.
3. Las resoluciones firmes pasan en autoridad de cosa juzgada y el tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ellas.
4. Transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada, debiendo el tribunal del proceso en que recaiga estar en todo caso a lo dispuesto en ella.

vo o lo es provisional, cuándo es posible ejercitar o mantener la pretensión de anulación?

La respuesta a estas interrogantes no es fácil, por ello, las distintas tesis mantenidas en los tribunales y en la doctrina.

La anterior Ley de Arbitraje de 1988 no permitía la ejecución mientras pudiera interponerse, o hasta que hubiera sido resuelto, si se había interpuesto, el denominado «recurso» de anulación del laudo.

El artículo 50,1 LA de 1988 disponía que, en caso de que se solicitara la anulación del laudo:

Artículo 50,1.-«La parte a quien interese podrá solicitar del Juez de Primera Instancia, que fuere competente para la ejecución, las medidas cautelares conducentes a asegurar la plena efectividad de aquél una vez alcance firmeza».

La actual LEC no contempla expresamente la posibilidad de ejecutar provisionalmente el laudo en los artículos 524 y siguientes de la LEC.

La actual Ley de Arbitraje permite la ejecución del laudo sin esperar a que transcurra el plazo del ejercicio de la pretensión de anulación del laudo e, incluso, asume la posibilidad de hacerlo una vez formulada dicha pretensión, pues, como se dice en el apartado IX de la Exposición de Motivos, ningún:

Sentido tendría que la ejecutividad del laudo dependiera de su firmeza en un ordenamiento que permite ampliamente la ejecución provisional de sentencias. La ejecutividad del laudo no firme se ve matizada por la facultad del ejecutado de obtener la suspensión de la ejecución mediante la prestación de caución para responder de lo debido, más las costas y los daños y perjuicios derivados de la demora en la ejecución. Se trata de una regulación que trata de ponderar los intereses de ejecutante y ejecutado.

Y por ello da redacción a ese pensamiento, en el artículo 45, relativo a la «suspensión, sobreseimiento y reanudación de la ejecución en caso



de ejercicio de la acción de anulación del laudo», y en el número primero de la Disposición Final de la nueva Ley de Arbitraje se modifica el artículo 517.2.2 LEC, estableciendo, sin más, que serán ejecutables:

Artículo 517.2.2. - «Los laudos o resoluciones arbitrales, obviando toda referencia a los laudos o resoluciones arbitrales firmes».

No es de aplicación el régimen previsto en los artículos 524 y siguientes de la LEC respecto a la ejecución de las sentencias recurribles o recurridas, salvo en aquellos aspectos en que haya una remisión específica del propio artículo 45, cuando alude a los artículos 529,3, 533 y 534 de la LEC, sin olvidar la remisión general a la LEC que se hace en el artículo 44.

El establecimiento de un régimen propio para la ejecución del laudo, que no denomina ni provisional ni definitivo, posiblemente deba buscarse en la naturaleza del proceso de anulación del laudo ante los tribunales estatales, que en la LA 1988 lo calificaba de recurso, y así se puede ver en los artículos 46, 47, 48, 50, 51 y 55, estableciendo un plazo breve de diez días para solicitar la nulidad, mientras en la actual se habla de «acción» de anulación, y establece un plazo de dos meses para su ejercicio.

Se trata de una especial ejecución «definitiva» pero susceptible de quedar sin efecto, a través de un posterior proceso revisor independiente, al estilo de lo que ocurre con la revisión y la rescisión, a través en este caso, del proceso de audiencia del litigante rebelde, por más que el legislador, en su confusión de ideas, en el artículo 45 se remita a los artículos 533 y 534, relativos a la llamada ejecución provisional, en vez de hacerlo al 566, todos ellos de la LEC, si bien habrá que atribuir esa confusión a una cuestión, que aunque terminológica, tiene gran profundidad, cual es la relativa al objeto de la provisionalidad, la ejecución en sí o el título ejecutivo, pues según mi opinión, lo que es provisional en esta ejecución es el título y no la ejecución en sí, pues, en contra de lo que puede parecer de los términos utilizados por el legislador, por la jurisprudencia y por la doctrina en general, lo que puede o no ser provisional es el título, pero no la ejecución, los actos realizados durante el proceso para la ejecución, tema sobre el que no puedo detenerme.

La ejecución del laudo se inspira en el artículo 566 de la LEC, en el que se reconoce la posibilidad de solicitar la ejecución de las sentencias, aunque exista plazo y posibilidad de interponer demandas de revisión (artículos 509 y ss. LEC) o de rescisión (artículos 501 y ss.) de sentencias firmes, si bien, en el supuesto de que se interponga, el ejecutado puede solicitar la suspensión de la ejecución, y el tribunal la acordará «si las circunstancias lo aconsejan», y siempre que se preste caución por el valor de lo litigado, así como los daños y perjuicios que pudieran irrogarse por la inexecución de la sentencia, y previa audiencia del Ministerio Fiscal.

Como se ve, entre el artículo 45.1 de la LA de 2003 y el 566 de la LEC existen grandes similitudes, aunque también algunas diferencias. Por el contrario, entre el artículo 45 citado y los artículos de la Sección 2ª del Título II del Libro III, titulada de la revocación o confirmación de la sentencia provisionalmente ejecutada existen grandes diferencias y alguna similitud, gracias a la remisión hecha por la LA a la LEC.

Las dudas del legislador se ponen de relieve, también, en el artículo 43 de la LA al establecer que el:

Artículo 43. - «Laudo firme produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes».

Si realmente lo que el legislador contempla en el artículo 45 es un laudo no firme, un título provisional de ejecución, estaríamos ante una discriminación injustificada respecto de las sentencias, pues para éstas, en el caso de ser recurridas, la ejecutabilidad es la norma, sin prevenciones ni cautelas, salvo en supuestos específicos, relacionados con la dificultad de restaurar la situación anterior a la ejecución, a que se refieren los artículos 528 a 530 de la LEC.

Si fuera así, estaríamos ante una implícita desconfianza en el arbitraje.

Si fuera así, y se considerara al laudo emitido por el tribunal arbitral como no firme hasta transcurrido el plazo para su impugnación, y durante la tramitación de ésta, al favorecido por el laudo sólo le cabría instar medidas cautelares para asegurar su efectividad, y la ejecución

propiamente dicha tendría que esperar a la sustanciación de ese proceso ante la Audiencia Provincial, con lo que las ventajas pretendidas acudiendo al arbitraje quedarían frustradas al dictarse el laudo, pues, mientras la sentencia es ejecutable de inmediato, salvando el plazo de espera previsto en el artículo 548 de la LEC, el laudo habría de esperar al pronunciamiento de la Audiencia Provincial.

Es de destacar, que con la ley en la mano, la tesis de Fernández-Ballesteros,<sup>23</sup> según la cual la referencia legal a los laudos «firmes» constituye un pleonismo, porque todo laudo, por definición, es firme (no son recursos, sino meras acciones rescisorias, el denominado recurso de anulación y el de revisión), sería, ciertamente aceptable, y congruente con la realidad de las cosas, una vez que el legislador ha eliminado la posibilidad del recurso, y no ha mencionado la posibilidad de la «ejecución provisional» del laudo arbitral en la regulación de la ejecución provisional (artículos 524 a 537), pero estaría en contraste con las reiteradas menciones que, en cambio, se encuentran en sede de ejecución definitiva (artículos 542, 545.2, 556, 557, 559.1.3.).

La Sección 19 de la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia de 20 de enero de 2006 afirmó que no «se trata, pues, de un recurso en sentido propio, sino de una acción rescisoria fundada en motivos tasados (numerus clausus) y orientada única y exclusivamente a obtener un pronunciamiento constitutivo: la creación de una situación nueva ya que a partir de la anulación un laudo que es firme, válido y ejecutivo desde que se dicta deja de serlo».

## V. FUNCIÓN DE LOS TRIBUNALES ESTATALES ANTE LA PRETENSIÓN DE ANULACIÓN

No se trata, por tanto, de un recurso, ni, en concreto, de una segunda instancia en la que pueda discutirse de nuevo el fondo de la cuestión controvertida, sino que, al contrario, su objeto queda limitado al análi-

---

<sup>23</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M.A. en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, II*, de AA.VV. Madrid, pp. 2455 y ss.

sis de una pretensión de anulación, basada en una causa de pedir muy concreta, centrada en los motivos contemplados, antes, en el artículo 45 de la LA de 1988, y, hoy, en el artículo 41 de la LA de 2003, como se puso de relieve en muchas sentencias de Audiencias Provinciales, como la de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de La Coruña de 30 de marzo de 1992, Sección 18ª de Madrid de 10 de noviembre de 1992, Sección 4ª de Asturias de 9 de marzo de 1993, Sección 5ª de Asturias de 28 de abril de 1994, Sección 5ª de Zaragoza de 16 de septiembre de 1996, Sección 4ª de La Coruña de 20 de abril de 1998, Sección 4ª de Vizcaya de 18 de junio de 1998, Sección 20ª de Madrid de 24 de septiembre de 1998, Sección 4ª de Asturias de 18 de enero de 1999, Sección 3ª de Pontevedra de 21 de mayo de 1999, Sección 2ª de Lérida de 3 de septiembre de 1999, Sección 2ª de Gerona de 9 de marzo de 2000, La Rioja de 14 de abril de 2000.

La Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 16 junio de 2006 afirmó que:

La acción de impugnación no es una segunda instancia sino una acción autónoma de impugnación, situada en el ámbito de las pretensiones declarativas con efectos constitutivos de anulación, por motivos tasados de irregularidad formal y de interpretación estricta, y sin que los Jueces y Tribunales podamos entrar a valorar la prueba, ni revisar el fondo del asunto; la revisión de las actuaciones arbitrales es siempre superficial y limitada.

Está vedado a los tribunales estatales el examen del fondo, como recordó la sentencia de la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de marzo de 2006, al decir que:

Según la jurisprudencia constitucional, en el artículo 45 (LA 1988; actual artículo 41) se contemplan las causas de anulación judicial del laudo, las cuales, en atención a la naturaleza propia del instituto del arbitraje, necesariamente deben limitarse a los supuestos de contravención grave del propio contrato de arbitraje (aps. 1º a 4º artículo 45, hoy artículo 41.1) o de las garantías esenciales de procedimiento que a todos asegura el artículo 24 CE (artículo 45.5), sin extenderse a los

supuestos de infracción del Derecho material aplicable al caso (ATC Sala 1ª de 18 julio 1994); y ello porque, de lo contrario, la finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada, ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo. Ciertamente que, con el actual sistema de fiscalización judicial, es posible la atribución de efectos idénticos a la cosa juzgada a laudos dictados en arbitraje de Derecho que, sin embargo, adolezcan de incorrecciones materiales. Con todo, ha de oponerse a lo anterior que queda garantizada, en todo caso, la corrección del laudo desde la perspectiva del derecho constitucional sustantivo, habida cuenta de que es posible, por vía de la causa de anulación «ex» artículo 45.5 L 36/1988, conceptuar incorrecciones de esa naturaleza como contrarias al orden público (ATC 116/1992, f.j. 3º). [...] la acción de anulación, en razón de su naturaleza jurídica, básicamente incide sólo sobre la anulación del laudo por errores «in procedendo», de modo que la cuestión de fondo o, mejor, su motivación sólo será atacada indirectamente en función de una posible anulación de contenido, en todo caso garantista, o en función de la inobservancia de las garantías de la instancia arbitral (ATC Sala 2ª de 17 junio 1991), puesto que la impugnación por violación de las reglas de Derecho, sólo es consentida a través de la propia inobservancia de los requisitos, que, en la emisión del laudo, deben observar los árbitros, en cuanto al respeto al orden público y a los puntos no sometidos a decisión arbitral; por sostenido que, cuando se solicite la anulación del laudo, no se ha de pretender corregir las deficiencias en la decisión de los árbitros, ni interferir en el proceso de elaboración, creando dificultades al móvil de paz que preside el arbitraje, y desnaturalizándolo de sus características esenciales de sencillez y confianza en el mismo, pues lo contrario significaría un total examen del fondo del asunto, que la naturaleza del recurso no consiente. Por su parte, la Exposición de Motivos de la LA 2003 indica, que «se sigue partiendo de la base de que los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general (conviene subrayar el inciso), una revisión del fondo de la decisión de los árbitros».

Por ello, pudo decir la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia en la sentencia de 28 de marzo de 2006 que por ser las alegaciones

formuladas referente a la cuestión de fondo, objeto del laudo: «resultan ajenas a este juicio revisorio, que es el propio de un juicio externo, o de control de la observancia en el procedimiento arbitral de las garantías formales, sin que pueda abarcar dicho control a la valoración probatoria del árbitro, o a las demás cuestiones sobre infracción de la presunción de buena fe o sobre la teoría jurídica de las obligaciones con cláusula penal».

En la sentencia de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante de 17 de marzo de 2005 se dijo, a estos efectos que era necesario recordar cuál es la finalidad de este proceso de anulación expresada en el apartado VIII de la propia Exposición de Motivos de la Ley donde se hace constar: «Lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo. Se sigue partiendo de la base de que los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros».

Quería decir con ello la Sala que, al resolver sobre la pretensión de anulación, no asumía el pleno conocimiento de los aspectos fácticos y jurídicos de la controversia resuelta por los árbitros, a modo de revisión completa de esa resolución, sino que, limitando su cognición al motivo de anulación alegado en la demanda, habría de decidir si la posible infracción cometida debería llevar aparejada o no la sanción de la nulidad del laudo.

Así pues, queda fuera de su enjuiciamiento y decisión el examen de las cuestiones de hecho y de Derecho que las partes plantearon al tribunal arbitral, como insistentemente se ha venido afirmando en las sentencias de las Audiencias Provinciales, y así lo hicieron la Sección 3ª de Madrid de 22 de septiembre de 1992, Sección 18ª de Madrid de 10 de noviembre de 1992, Sección 4ª de Asturias de 9 de marzo de 1993, Sección 5ª de Asturias de 28 de abril de 1994, Sección 10ª de Madrid de 17 de octubre de 1995, Sección 6ª de Valencia de 13 de enero de 1996, Sección 2ª de Navarra de 20 de enero de 1997, Sección 6ª de Málaga de 19 de abril de 1997, de Guadalajara de 15 de mayo de 1997, Sección 8ª

de Valencia de 13 de enero de 1998, Sección 4ª de La Coruña de 20 de abril de 1998, Sección 4ª de Vizcaya de 18 de junio de 1998, Sección 4ª de Málaga de 23 de septiembre de 1998, Sección 8ª de Valencia de 9 de noviembre de 1998, Sección 4ª de Asturias de 18 de enero de 1999, Sección 4ª de Murcia de 17 de abril de 1999, Palencia de 10 de junio de 1999, Sección 2ª de Lérida de 3 de septiembre de 1999, Sección 2ª de Burgos de 17 y 20 de septiembre de 1999, Sección 3ª de Burgos de 27 de septiembre de 1999, Sección 2ª de Burgos de 7 de octubre de 1999, Sección 2ª de Córdoba de 22 de diciembre de 1999, Sección 2ª de Guipúzcoa de 27 de enero de 2000, Sección 2ª de Gerona de 9 de marzo de 2000, Sección 3ª de Granada de 4 de abril de 2000, La Rioja de 14 de abril de 2000, Sección 14ª de Madrid de 18 de abril de 2000 y de 9 y 26 de mayo de 2000, Sección 2ª de Orense de 10 de enero de 2001, etc.

Está vedado al tribunal estatal analizar el fondo controvertido y, por supuesto, dictar una nueva resolución resolviendo la cuestión discutida,<sup>24</sup> prohibición que se mantiene con la actual ley, pues cuando se solicita la anulación del laudo no se debe perseguir la corrección de las posibles deficiencias en que pueda incurrir la decisión de los árbitros, ni interferir en el proceso de elaboración de esta última, pues de esa forma se podría caer en la tentación de pretender un total examen del fondo del objeto debatido, no sólo en cuanto a la norma sino, también, en relación a los hechos, que la naturaleza del proceso no consiente.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Posibilidad que, sin embargo, se prevé en otras legislaciones. Así, el artículo 1485 del *Nouveau Code de Procédure Civile* francés, el artículo 27 de la Ley de Arbitraje de 29 de agosto de 1986 portuguesa, el artículo 1703 del *Code Judiciaire* belga, el artículo 758 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina.

<sup>25</sup> De forma muy clara lo ha afirmado el Tribunal Constitucional en sentencias como las 43/1988, 288/1993, 231/1994, 174/1995, 176/1996, o en los autos 179/1991, 259/1993, etc.

También las Audiencias Provinciales en sus sentencias como las de Barcelona de 10 de marzo de 1992, Sección 3ª de Madrid de 22 de septiembre de 1992, Sección 18ª de Madrid de 10 de noviembre de 1992, Sección 4ª de Asturias de 9 de marzo de 1993, Sección 5ª de Asturias de 28 de abril de 1994, Sección 10ª de Madrid de 17 de octubre de 1995, Sección 6ª de Valencia de 13 de enero de 1996, Sección 2ª de Navarra de 20 de enero de 1997, Sección 6ª de Málaga de 19 de abril de 1997,

En consecuencia, en la actualidad, el proceso de anulación se configura como un instrumento con el fin de realizar un simple y mero juicio externo, limitado al control de las garantías formales, sin que puedan los tribunales estatales entrar a analizar ni los hechos ni la norma, en resumidas cuentas, del fondo controvertido y resuelto por el tribunal arbitral, «ya lo hiciera acertada o incorrectamente, cuestión en la que, como es obvio, este tribunal [el estatal] no puede entrar a conocer dada la voluntaria renuncia de las partes a la jurisdicción ordinaria mediante el sometimiento de la cuestión litigiosa existente entre ellas a la decisión arbitral. ....porque entraríamos en el terreno de la revisión del material probatorio y consecuentemente en el conocimiento sobre el fondo del litigio que, como hemos señalado, esta vedado a este tribunal», según afirmó la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 5 de febrero de 2004.

Es pues, doctrina consolidada de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que el cometido revisor de los tribunales estatales sólo alcanza a emitir un juicio externo acerca de la observancia de las formalidades esenciales y sometimiento de los árbitros a los límites de lo convenido, dejando sin efecto en este punto, lo que constituya exceso en el laudo, pero sin entrar en el fondo de la controversia, justamente por el efecto propio del contrato de compromiso en el que las partes, por voluntad

---

Guadalajara de 15 de mayo de 1997, Sección 8ª de Valencia de 13 de enero de 1998, Sección 4ª de La Coruña de 20 de abril de 1998, Sección 4ª de Vizcaya de 18 de junio de 1998, Sección 4ª de Málaga de 23 de septiembre de 1998, Sección 8ª de Valencia de 9 de noviembre de 1998, Sección 4ª de Asturias de 18 de enero de 1999, Sección 4ª de Murcia de 17 de abril de 1999, Palencia de 10 de junio de 1999, Sección 2ª de Lérida de 3 de septiembre de 1999, Sección 2ª de Burgos de 17 de septiembre de 1999, Sección 2ª de Burgos de 20 de septiembre de 1999, Sección 3ª de Burgos de 27 de septiembre de 1999, Sección 2ª de Burgos de 7 de octubre de 1999, Sección 2ª de Córdoba de 22 de diciembre de 1999, Sección 2ª de Guipúzcoa de 27 de enero de 2000, Sección 2ª de Gerona de 9 de marzo de 2000, Sección 3ª de Granada de 4 de abril de 2000, La Rioja de 14 de abril de 2000, Sección 14ª de Madrid de 18 de abril de 2000, Sección 14ª de Madrid de 9 de mayo y de 26 de mayo de 2000, Sección 2ª de Orense de 10 de enero de 2001, Zamora de 8 de febrero de 2001, etc.



concorde, han renunciado expresamente a someter sus divergencias a los tribunales estatales, atribuyendo la resolución de las mismas al tribunal arbitral al que han de atenerse, debiendo asumir sus decisiones.

En el auto de 21 de febrero de 2006, resumiendo su postura ante el tema, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo afirmó:

Artículo 95.6. - «La especial función de la institución arbitral y el efecto negativo del convenio arbitral, que veta por principio la intervención de los órganos jurisdiccionales para articular un sistema de solución de conflictos extrajudicial, dentro del cual la actuación de los Tribunales se circunscribe a actuaciones de apoyo o de control expresamente previstas por la Ley reguladora de la institución (cfr. artículo 7). Es consustancial al arbitraje, por lo tanto, la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y en favor de la autonomía de la voluntad de las partes, intervención mínima que, tratándose de actuaciones de control, se resume en el de la legalidad del acuerdo de arbitraje, de la arbitrabilidad -entendida en términos de disponibilidad, como precisa la exposición de Motivos de la Ley 60/2003- de la materia sobre la que ha versado, y de la regularidad del procedimiento de arbitraje. Para ello, tal y como asimismo se señala en el Preámbulo de la vigente Ley de Arbitraje, se contempla un cauce procedimental que satisface las exigencias de rapidez y de mejor defensa, articulando el mecanismo de control a través de una única instancia procesal, que se sujeta a las reglas del juicio verbal, y cuya competencia se atribuye a las Audiencias Provinciales. [...] habiendo entendido el legislador que a través de una única instancia y con una sola fase procesal se satisface suficientemente la necesidad de control jurisdiccional de la resolución arbitral, que, evidentemente, no alcanza al fondo de la controversia, sino únicamente a los presupuestos del arbitraje y su desarrollo. ...[y que las sentencias dictadas sobre] laudos arbitrales, han sido dictadas en una única instancia, en la cual la intervención de las Audiencias Provinciales no se contrae a la revisión de lo resuelto en una anterior instancia, sino al examen primero y único de la pretensión anulatoria, por lo que no se trata de una segunda instancia judicial. Esta conclusión, [...], ha sido plasmada en numerosos Autos (vide AATS 28-12-2001, 5-2-2002, 14-5-2002, 25-2-2003, 30-9-2003, 9-3-2004, 23-3-2004, 6-7-2004,...y debe mantenerse [...] en los procesos anulatorios

sustanciados con arreglo a lo dispuesto en la Ley 60/2003. Cabría añadir a lo expuesto, como argumento de refuerzo, que actualmente el reconocimiento en España de una decisión extranjera recaída en un proceso de anulación de un laudo foráneo, ya sea de forma incidental y automática, en la aplicación combinada del artículo V.1-a) del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, y del artículo IX del Convenio de Ginebra de 21 de abril de 1961 sobre arbitraje comercial internacional, al examinar el motivo de oposición al exequatur consistente en la anulación del laudo arbitral, bien directamente en un procedimiento «ad hoc», se sujeta también a las reglas de la única instancia y de la irrecurribilidad de la resolución que atribuye la eficacia a la sentencia extranjera (artículo 956 de la LECiv/1881, cuya vigencia se mantiene por virtud de la Disposición Derogatoria Única, excepción tercera, de la LECiv 1/2000)».

El de arbitraje, tiene dicho el citado Tribunal Constitucional en auto 259/1993 es «un proceso especial, ajeno a la jurisdicción ordinaria» con simplicidad de formas procesales.

La pretensión de anulación de los artículos 40 y siguientes de la Ley de Arbitraje trata de dejar sin efecto lo que pueda constituir extralimitación, pero no corregir las deficiencias en la decisión de los árbitros, ni interferir en el proceso de su elaboración, desnaturalizando su sencillez y confianza, y su alcance se refiere tan sólo a la forma del proceso, o de las meras garantías formales, pero no se puede pronunciar sobre el fondo.

El tribunal, en este proceso sobre la anulación de laudo, se limita a corregir deficiencias u omisiones, sin posibilidad de discutir el mayor o menor fundamento o acierto de lo resuelto por el tribunal arbitral.

Las causas del artículo 41, en número de seis, se refieren, la segunda y la cuarta a reglas estrictamente procesales, y la primera y tercera a la falta de cumplimiento de los principios dispositivos y

de congruencia, siendo la quinta y la sexta, causas establecidas para la garantía del orden público, en sus diversas facetas.

Todas ellas, referidas a causas externas, formales, procesales, y sin tocar para nada, ni las normas sustantivas, ni las cuestiones de fondo de los hechos sometidos al arbitraje.

Lo contrario sería despojar al arbitraje de sus características.

Si no se admitieran las facultades de los árbitros para decidir con entera libertad de criterio y fundamentos, el arbitraje sería, simplemente, un enjuiciamiento previo al posible de los tribunales estatales, y esto no es lo que ha querido hacer el legislador.

No pueden por tanto, servir como fundamento de la pretensión de anulación, las estimaciones de las partes relativas a la justicia del laudo, a las deficiencias del fallo o al modo más o menos acertado de resolver la cuestión y de valorar el contenido de la prueba practicada.

El tribunal que conoce de la supuesta nulidad del laudo es sólo tribunal de la forma de lo actuado y resuelto en el proceso arbitral, o de sus mínimas garantías formales, no pudiéndose pronunciar sobre el fondo, ya deniegue la pretensión de anulación, ya la estime, anulando el laudo arbitral que incurra en algún vicio, dejándolo sin efecto en su totalidad, o bien sólo en parte, en los supuestos a los que se refiere el artículo 41.3 de Ley de Arbitraje, pero no en su decisión de la cuestión objeto del debate.

Es pues, la del tribunal estatal, una sentencia que mantendrá como válido y eficaz el laudo, pero no lo confirmará en su fundamentación o acierto, o lo anulará, total o parcialmente, y su decisión deberá, pues, centrarse en anular o dejar sin efecto lo que constituya exceso en el laudo, pero sin corregir sus deficiencias u omisiones, pues no existe posibilidad de que, durante el proceso, se discuta el mayor o menor fundamento y acierto de lo resuelto por el árbitro, como

se dijo en las sentencias del Tribunal Constitucional 43/1988, 288/1993, 231/1994, 174/1995, 176/1996, y también, en los autos 179/1991 y 259/1993.<sup>26</sup>

No obstante, en ciertas ocasiones es difícil deslindar lo que constituye un somero estudio de la cuestión debatida, necesario para resolver sobre la nulidad del laudo, de lo que es un análisis en profundidad de la decisión de fondo adoptada por el árbitro.

Ante estas limitaciones, puede plantearse la cuestión de si suponen infracción del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, contemplada en el artículo 24 CE, si bien, la respuesta ha de ser negativa ya que, como tiene declarado el Tribunal Constitucional, el derecho al recurso, y, más aún, si se trata de un proceso nuevo, como en el presente caso, a otro proceso, ante distinto tribunal, sobre la misma cuestión, es un derecho de configuración legal, que sólo garantiza el acceso a los recursos legalmente establecidos, sin que en materia civil o mercantil o laboral, aunque sí se dé en materia penal, exista la obligación constitucional de habilitarlos, o de mantener recursos existentes,<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> También la doctrina científica coincide en este punto: BARONA VILAR, S. *El recurso de anulación del laudo arbitral*, *Op. cit.*, p. 118; ORTIZ NAVACERRADA, S. *La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje: Aspectos Procesales*, *Op. cit.*, p. 164; HINOJOSA SEGOVIA, R., *El Recurso de Anulación Contra los Laudos Arbitrales*, *op. cit.*, p. 584; REGLERO CAMPOS, L. F., *El Arbitraje (el convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988)*, *Op. cit.*, p. 267; LORCA NAVARRETE, Antonio María, *Derecho de Arbitraje Español*, con SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. Madrid: Edit. Dykinson, 1994, pp. 498 y 499, también en *Manual de Derecho de Arbitraje*, *Op. cit.*, p. 1132; CORDÓN MORENO, F. *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, *Op. cit.*, pp. 123-125; MULLERAT, R. «La anulación del laudo arbitral». *Op. cit.*, pp. 116 y 117; ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P. «La anulación del laudo arbitral». *Op. cit.*, p. 417; PORCELLAR GIMÉNEZ, E. *El recurso de anulación en la Ley 36/1988, de Arbitraje*, *Op. cit.*, p. 230; CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: Edit. Bosch, 2000, p. 60.

<sup>27</sup> Entre otras muchas, las sentencias del Tribunal Constitucional 63/2000 y 111/2000.

afirmaciones plenamente aplicables, por otra parte, al campo del arbitraje privado.<sup>28</sup>

Es más, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no exige al Estado el establecimiento de nuevos procesos, sobre la misma cuestión, cuando no permite recursos, y mantiene instituciones como la firmeza, y ampara la cosa juzgada como columna central de la función jurisdiccional.

El legislador ha considerado suficiente la pretensión de anulación. No estaba obligado por el texto del artículo 24 de la Constitución, pero al hacerlo ha reconocido en los interesados, como ya se advertía en la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de 1988 que el convenio arbitral no implicaba renuncia de las partes a su derecho fundamental a obtener la tutela jurisdiccional, derecho consagrado en el citado artículo 24 de la Constitución,<sup>29</sup> y prueba de ello es la posibilidad del proceso de anulación.

El carácter extraordinario del proceso de anulación se manifiesta claramente en las previsiones que realiza el artículo 41 de Ley de Arbitraje, y al exigir en el artículo 42.1 que el escrito de demanda deberá presentarse conforme a lo establecido en el artículo 399, es decir, en concreto, expresando la *causa petendi*, por más que obvie la exigencia del artículo 46.3 de Ley de Arbitraje de 1988 de expresar los fundamentos:

Artículo 46.3. - «Que sirvan para apoyar el motivo o motivos de anulación invocados, en cuanto esa falta de expresión del concreto motivo en que se fundaba la demanda podía ser suplido por el tribunal estatal, sin que dicha irregularidad supusiese, necesariamente, la inadmisión, en primer lugar, o la desestimación en el momento de dictar sentencia».<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Ver en este sentido, el auto del Tribunal Constitucional 116/1992.

<sup>29</sup> Como recordó el Tribunal Constitucional en sentencias 62/1991, 174/1995, 176/1996, y también, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en las de 23 de marzo de 1945, 1 de marzo de 1962 de 9 de octubre de 1989.

<sup>30</sup> Es fácil encontrar resoluciones en las que no parece darse relevancia a la falta de determinación del concreto motivo en el que se basa el recurso, y así se puede ver las sentencias de las Audiencias Provinciales como las de la Sección 4ª de Vizcaya

Las cuestiones que pueden ser objeto de estudio en el proceso se limitarán a las plasmadas en los diferentes motivos expuestos en el escrito de demanda, sin que puedan las partes variar o alterar aquéllos, pues en caso contrario, se originaría a la parte contraria una verdadera indefensión, dado que no podría desvirtuar los alegatos de la parte contraria ni, en su caso, proponer prueba, incurriendo el tribunal estatal en incongruencia si la tuviera en cuenta la variación o alteración, al violar el principio de audiencia o contradicción, y provocando una clara situación de indefensión.<sup>31</sup>

Lógicamente, y como consecuencia directa de su naturaleza extraordinaria, si la causa de pedir la anulación no encuentra encaje en los apartados del artículo 41 de Ley de Arbitraje se procederá a la desestimación del recurso, como pusieron de relieve las Audiencias Provinciales en sentencias como las de la Sección 11ª de la de Madrid de 28 de enero de 1992, Sección 1ª de La Coruña de 30 de marzo de 1992, Sección 18ª de Madrid de 10 de noviembre de 1992, Sección 4ª de Alicante de 23 de noviembre de 2000.

---

de 19 de octubre de 1999, Sección 4ª de Alicante de 23 de noviembre de 2000, o, simplemente, se resuelve la irregularidad advirtiéndole a la parte la necesidad de amparar las alegaciones esgrimidas en alguno de los supuestos legales, sin que dicha advertencia conlleve consecuencia negativa alguna, y así se puede leer en las sentencias de la Audiencia Provincial Sección 3ª de Córdoba de 3 de mayo de 1999, o, finalmente, incluso, la Audiencia se limita a poner de manifiesto al recurrente el error cometido al encuadrar su denuncia en un apartado incorrecto, sin que se acompañe con sanción alguna, y así se puede leer en la sentencia de la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de febrero de 1998, Sección 15ª de Barcelona de 3 de marzo de 2000, Sección 4ª de Alicante de 23 de noviembre de 2000.

<sup>31</sup> En este sentido, la sentencia de la Sección 8ª de Valencia de 21 de enero de 1993, Sección 2ª de Zaragoza de 23 de octubre de 1996, Sección 21ª de Madrid de 4 de abril de 2000.

PARTE II.

ARBITRAJE Y DERECHO PÚBLICO





## CAPÍTULO 3

### ARBITRAJE Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Julio V. González García



## Capítulo 3

### ARBITRAJE Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

*Julio V. González García*

I. Planteamiento.— II. La administración como árbitro. Marco constitucional: justiciabilidad como requisito para la admisión del arbitraje.— II.1. La emergencia de una nueva actividad administrativa: La actividad arbitral.— II.2. Exigencias constitucionales para su materialización.— III. Principios reguladores de la actividad administrativa arbitral.— III.1. Principio de neutralidad.— III.2. Derechos de defensa y principio de igualdad.— III.3 Modelos organizativos.— III.4. Efectos de la decisión administrativa.— IV. Las administraciones públicas como parte en un arbitraje.— IV.1. Planteamiento general.— IV.2. El artículo 107.2 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.— V. Elementos para el arbitraje administrativo.— V.1. La cuestión de las materias susceptibles de arbitraje.— V.2. Requisitos en cuanto a los árbitros.— V.3. Requisitos formales.— V.4. Requisitos en cuanto al marco de resolución: arbitraje en derecho.— VI. Arbitrajes internacionales y administraciones públicas.

#### I. PLANTEAMIENTO

Cuando nos planteamos las relaciones entre el arbitraje y el Derecho administrativo estamos avanzando en un sendero lleno de incógnitas, en la medida en que la propia naturaleza de las Administraciones públicas y las condiciones para que se produzca un control judicial efectivo de éstas plantean interrogantes difíciles de subsanar. No obstante, hemos de tener presente también, que en el contexto actual el recurso a los mecanismos arbitrales es una constante como consecuencia de las transformaciones que la globalización económica está imponiendo en el funcionamiento administrativo. De hecho, se puede indicar que

el papel de los arbitrajes son cada vez más importantes es consecuencia no sólo de los problemas de la justicia ordinaria sino del Derecho global, que permite estar sometido a reglas comunes con independencia del territorio afectado.<sup>1</sup> El arbitraje en este sentido, constituye una forma privilegiada, en la medida en que contribuye a determinar previamente el derecho aplicable y sobre todo, rompe las cadencias temporales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Esta realidad, que es insoslayable, nos obliga a que las consecuencias que obtengamos sean necesariamente matizadas, aún asumiendo la necesidad que están teniendo los entes públicos de avanzar en fórmulas arbitrales, sobre todo en las relaciones económicas internacionales y como instrumento para ganar competitividad. Y como he señalado en diversas ocasiones<sup>2</sup>, éste de la competitividad es uno de los elementos del fenómeno global que más está transformando a las Administraciones públicas, lo que nos va a conducir a que en ocasiones el foro de resolución de controversias o, incluso, el derecho aplicable al mismo, es objeto de negociación en el instrumento que nos conduzca a la participación del árbitro. No podemos olvidar, en este sentido, que el Derecho es un factor económico más y, de hecho, es el elemento básico que pueden poner encima de la mesa las Administraciones públicas para participar en el proceso global, obviamente defendiendo los intereses generales que tengan encomendados.

El problema es que tradicionalmente ha habido una desconfianza ante la utilización de fórmulas arbitrales en el marco de la actuación de las Administraciones Públicas. Se podría recordar que la Ley de Contabilidad y Hacienda Pública de 1 de julio de 1911 exigía la apro-

---

<sup>1</sup> En este sentido, CASSESE, S., «El espacio jurídico global», en la *Revista de Administración Pública*, n.º 157 (enero-abril 2002), p. 24.

<sup>2</sup> Así, puede verse en dos artículos míos sobre esta cuestión: «Globalización económica y Derecho público interno: entre uniformidad jurídica y competencia de ordenamientos», en *Pacis Artes, Obra Homenaje al Prof. Julio González Campos*, Madrid (2005), pp. 1993 y ss., así como «Globalización económica, entes públicos y Derecho administrativo: presupuestos de una relación», en la *Revista de Administración Pública*, n.º 164 (enero-abril 2004), pp. 7 y ss.

bación de una ley para someter a árbitros las contiendas que se suscitaban sobre los derechos de la Hacienda (artículo 6). Hoy sin duda, el planteamiento no es similar, pero no por ello las cosas han cambiado radicalmente ya que en el propio texto constitucional hay una reserva hacia los Tribunales de justicia para el control de la Administración, tal como se contempla en el artículo 106:

Artículo 106.- «Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican».

Reserva constitucional que ha de entenderse en la actualidad incluso como totalmente justificada y que las razones que se podrían alegar en favor de mecanismos arbitrales no tienen un valor superior a las que justifican que sean órganos enmarcados en el Poder Judicial los que controlen la actividad administrativa. Razones de transparencia administrativa, pérdida de salvaguardia del interés público, e incluso para terceros son los que están detrás de esta negativa a la utilización del arbitraje para la Administración.

En todo caso, como podremos ver a lo largo de las páginas que siguen, el ámbito del arbitraje en relación con el Derecho administrativo no se vincula a una única realidad. Por el contrario, nos hemos de plantear al menos tres tipos de situaciones e los que tiene hay algún margen de actividad para los procedimientos arbitrales: por un lado, los casos en los que los entes públicos adoptan el papel de árbitro en un conflicto entre particulares, lo cual no es nada infrecuente en el ámbito de las relaciones económicas. En segundo lugar, hay que estudiar si resulta factible que la Administración participe en procedimientos arbitrales siendo parte del proceso, lo cual no deja de plantear interrogantes derivados de la posición institucional de la Administración y del tipo de potestades que ejerce. Y por último, el proceso de globalización nos conduce directamente a los procedimientos internacionales en los que participa el Estado y que afecta a la seguridad de las inversiones. Como se puede ver, incluso conceptualmente hay elementos que diferencian al arbitraje en el Derecho administrativo del tradicional para los particulares.

## II. LA ADMINISTRACIÓN COMO ÁRBITRO. MARCO CONSTITUCIONAL: VOLUNTARIEDAD COMO REQUISITO PARA LA ADMISIÓN DEL ARBITRAJE

### II.1. *La emergencia de una nueva actividad administrativa: la actividad arbitral*

Las nuevas funciones que ha venido asumiendo el Estado en los últimos tiempos, derivados del proceso de globalización pero no sólo de él, ha determinado la aparición de una nueva actividad administrativa arbitral que complementa las tres que resultan tradicionales desde su formulación por Jordano de Pozas. En efecto, se trata de la actividad arbitral que se ha manifestado sobre todo en las relaciones económicas, en donde por influjo de las teorías neoliberales se ha reducido lamentablemente la participación directa de los entes públicos para pasar a cumplir funciones regulatorias, dentro de las cuales se ha de encuadrar la actividad como árbitro en conflictos entre particulares, afectando tanto a las relaciones prestador de servicios-consumidor como en conflictos entre las empresas, como ocurre con los arbitrajes en materia de interconexión en telecomunicaciones.

En todo caso, más allá de las razones que han motivado la reducción del papel del Estado, la emergencia de la potestad arbitral está perfectamente justificada en razón del servicio objetivo a los intereses generales. Como ha señalado acertadamente Parada: «la necesidad funcional de incidir, por elementales razones de eficacia, sobre derechos privados en los múltiples sectores de la intervención pública, donde, además de la finalidad de garantizar la justa resolución de un conflicto, se presenta un interés público concurrente en el seguimiento y resultados de la aplicación generalizada de la norma».<sup>3</sup> De hecho, como señaló Pérez Moreno, la presencia de la Administración «ha creado un clima de «prestigio», de firmeza y consolidación en torno a sus resoluciones, de forma

---

<sup>3</sup> PARADA VÁZQUEZ, R. *Derecho administrativo I, Parte General*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas (2004), p. 531.

que, cara a los conflictos de intereses entre particulares, aquélla se convierte en una eficaz instancia arbitral o dirimente»<sup>4</sup>.

Esta actividad arbitral se ha desenvuelto en sectores tradicionales. Pero en mi opinión, es en las actividades económicas donde ha encontrado su campo más emergente y en donde encuentra su sentido más propio, dado que no se trata, habitualmente, de meros problemas entre particulares sino que éstos tienen trascendencia para el interés general: pensemos por ejemplo, en el caso de la interconexión en materia de telecomunicaciones, en donde el artículo 14 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, obliga a participar a la CMT en la medida en que el acceso a las redes de telecomunicaciones y la interconexión es un requisito ineludible para que se puedan cumplir con los objetivos generales que se marca la Ley. De hecho, la aparición, por influjo estadounidense y en aras de una supuesta objetividad administrativa fuera de influencias políticas, de las agencias administrativas independiente, ha venido de la mano del reconocimiento expreso de potestades arbitrales. Los casos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones —donde está expresamente reconocida la potestad arbitral en el artículo 48.3 a)—<sup>5</sup> o de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que dirige conflictos en los que participan sociedades y accionistas, o de la Comisión Nacional de la Energía,<sup>6</sup> por citar sólo algunos de ellos. El problema que se suscita es cómo se puede proporcionar carácter obligatorio a procedimientos que son denominados arbitrales pero en los que no con-

---

<sup>4</sup> PÉREZ MORENO, A. «Procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje como alternativa a la vía administrativa de recurso», dentro de la obra colectiva *Nuevas perspectivas del Régimen Local (estudios en homenaje al profesor José M<sup>a</sup> Boquera Oliver)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002 —consultado en la base de datos electrónica TOLDOCS, n.º documento 75785—.

<sup>5</sup> Se trata, además, tanto de supuestos de arbitraje obligatorio como arbitraje voluntario. El precepto incluye como función de la CMT «arbitrar en los conflictos que puedan surgir entre los operadores del sector de las comunicaciones electrónicas, así como en aquellos otros casos que puedan establecerse por vía reglamentaria, cuando los interesados lo acuerden».

<sup>6</sup> La CNE tiene encomendada la función de «actuar como órgano arbitral en los conflictos que se sujeten que realicen actividades en el sector eléctrico o de

curre el elemento de la voluntariedad, consustancial a la institución arbitral. Este dato nos conduce a examinar las exigencias constitucionales para que el establecimiento de una figura arbitral resulte factible.

## *II.2. Exigencias constitucionales para su materialización*

El reconocimiento de la potestad arbitral por parte de las Administraciones públicas ha planteado, en el ordenamiento español, problemas de constitucionalidad que afectan, en mi opinión, no a la existencia de la figura sino al cómo lo ha configurado el ordenamiento jurídico, ya que puede entrar en colisión con otros derechos constitucionales. Téngase en cuenta que, cuando se habla de la actividad arbitral de la Administración hemos de atribuir la potestad sin que, con ello, nos encontremos ante cortapisas para el ejercicio del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución, sin que resulte suficiente, a los efectos de la subsanación de la violación de dicho precepto el que el arbitraje sea realizado por las Administraciones públicas, tal como lo

---

hidrocarburos». A diferencia de la CMT, en este caso se trata de un arbitraje «de carácter voluntario que se ejercerá de acuerdo con la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, y con la norma reglamentaria aprobada por el Gobierno que se dicte sobre el correspondiente procedimiento arbitral» –D.A. 11ª.Tercero. Uno. Décima, de la Ley 54/1998 de 7 de octubre de 1998, del sector de los Hidrocarburos–.

- <sup>7</sup> Resulta pertinente recordar que, como señaló la STC 174/95, en donde se sanciona la inconstitucionalidad de una modalidad arbitral establecida en la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, «el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el artículo 24 CE se refiere a una potestad del Estado atribuida al poder judicial consistente en la prestación de la actividad jurisdiccional por Jueces y Tribunales, es decir, como señala el ATC 701/1988, «por los órganos jurisdiccionales del Estado integrados en el Poder Judicial». Esta actividad prestacional en que consiste el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, permite al legislador, como hemos declarado reiteradamente, su configuración y la determinación de los requisitos para acceder a ella, pero también hemos dicho que esa facultad legislativa no puede incidir en el contenido esencial de ese derecho, «imponiendo para su ejercicio —como declaramos en la STC 185/1987— obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que lo dificulten, sin que tal dificultad esté en algún modo justificada por el servicio a un fin constitucionalmente lícito».



ha señalado la propia jurisprudencia constitucional.<sup>7</sup> De hecho, se ha señalado que cuando se impone con carácter obligatorio un procedimiento al que se le denomina como arbitral pero que resulta obligatorio, lo que en el fondo se está haciendo es estableciendo una jurisdicción especial, tal como indicó el Tribunal Constitucional en relación con el Tribunal Arbitral de Censos.<sup>8</sup>

De entrada, nada hay que objetar, desde un punto de vista constitucional al hecho de que se hayan reducido las exigencias jurídico-formales para someterse a procedimientos arbitrales, pudiéndose incluso permitir que este mecanismo de resolución de conflictos esté asumido implícitamente por las partes, siempre y cuando este hecho esté contemplado en una norma con rango legal y siempre que se reconozca al particular la posibilidad de no recurrir a este mecanismo y acudir a los Tribu-

---

<sup>8</sup> En la STC 56/1990, de 20 de marzo, se afirmó lo siguiente: «Los Tribunales Arbitrales de Censos, pese a su denominación, se configuran en la citada Ley de 31 de diciembre de 1945 como auténticos órganos jurisdiccionales. En efecto, su artículo 46 atribuía a los Tribunales que crea en cada una de las provincias catalanas el conocimiento «con carácter exclusivo» de los asuntos que se planteasen en los respectivos territorios con ocasión de las divisiones y redenciones de censos, determinación de pensiones, valoración de prestaciones, estimación de fincas a los efectos de redención, fijación de laudemios y su distribución, y, en general, de cuantas cuestiones fueran objeto de la propia Ley o hicieran referencia a su aplicación. Es decir, establecía la obligación de las partes, en los casos taxativamente determinados por la Ley, de acudir a los Tribunales Arbitrales de Censos, cuya intervención, por tanto, no respondía a un acto voluntario de sumisión o sometimiento a su decisión, inherente al método específico de heterocomposición dispositiva del conflicto en que consiste la institución arbitral, sino a reglas propiamente atribuidas de la competencia objetiva y territorial. En suma, en términos de la STC 43/1988 (fundamento jurídico 4.º), no se trataba del reconocimiento legal a que por obra del principio de autonomía de la voluntad de los particulares pudiera optarse por la jurisdicción de unos árbitros, renunciando a la jurisdicción estatal, sino de la creación de unos órganos del Estado que ejercían una jurisdicción especial (STS de 4 de noviembre de 1970), a quien, pese a la expresada calificación legal, les correspondía dictar y ejecutar sentencia; proviniendo su singularidad de su composición (artículos 47 y 48), ámbito material y territorial de su competencia (artículo 46), desenvolvimiento procesal (artículo 49) en el que supletoriamente regía la Ley de Enjuiciamiento Civil)».

nales de Justicia.<sup>9</sup> Así puede ocurrir por ejemplo, en los casos en los que nos encontramos ante caos en los cuales la cuantía es lo suficientemente baja para que no resulte adecuado acudir a los tribunales de justicia, tal y como ocurre en los casos de ciertos arbitrajes de transporte.

La jurisprudencia constitucional en donde se han analizado cuestiones de arbitraje realizado por las Administraciones públicas han incidido sobre el aspecto de la voluntariedad del arbitraje. Fue esta razón la que hizo anular en la STC 192/81, las potestades arbitrales en relación con ceses del derecho de huelga en los casos de conflictos colectivos o en la STC 174/95 fue esta la razón que llevó a anular el arbitraje obligatorio en materia de transportes. En este punto, tal como se reconoció en la última de las resoluciones citadas, ni siquiera el pacto expreso con la otra parte en conflicto para no recurrir al procedimiento arbitral. Casa mal con la esencia del arbitraje y está fatalmente divorciado del derecho a la tutela judicial efectiva.<sup>10</sup>

Precisamente por ello, la consecuencia sobre la constitucionalidad o no de las figuras arbitrales depende también de las posibilidades de impugnación de la decisión administrativa. Como ha señalado Parada,

---

<sup>9</sup> El Tribunal Constitucional lo ha afirmado con total nitidez en su STC 352/2006 de 14 de diciembre de 2006, en la que afirmó: «Con este punto de partida, hemos de concluir que la consecuencia jurídica cuestionada —sometimiento al arbitraje—, en cuanto puede ser excluida por la declaración de una sola de las partes, cuya formulación, además, puede producirse incluso después de la celebración del contrato, no resulta desproporcionada. De una parte, porque no merece tal calificación la vinculación por el silencio resultante de una disposición normativa referida a una actividad muy concreta (contratos de transporte terrestre) y en relación únicamente con las controversias de menor entidad económica. De otra, porque los contratantes no vienen obligados a formular aquella declaración en el momento mismo del perfeccionamiento o de la formalización del contrato sino que el dies ad quem para la expresión de su voluntad contraria a la intervención de las Juntas Arbitrales se pospone hasta el momento «en que se inicie o debería haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratada» que es cuando ha de ponderarse especialmente la seguridad de las partes en la relación negocial, aquí en un aspecto tan relevante como es el mecanismo de resolución heterónoma de conflictos».

<sup>10</sup> Concretamente, en dicha resolución se afirma lo siguiente: «La autonomía de la voluntad de las partes —de todas las partes— constituye la esencia y el

resultaría admisible «siempre y cuando la decisión arbitral pueda ser posteriormente impugnada ante un órgano jurisdiccional; un órgano que puede pertenecer al orden jurisdiccional civil pero que tampoco existe inconveniente de principio para que lo sea del contencioso-administrativo, que es hoy una jurisdicción tan ordinaria como la civil».<sup>11</sup> Como se puede apreciar, este salto que hace que la decisión arbitral sea controlada judicialmente no es sino una consecuencia de que el arbitraje que desarrollan las Administraciones públicas se mueve en unos parámetros que resultan diferentes a los que se desarrollan el arbitraje privado. Y ello porque en el ejercicio de la actividad arbitral tiene siempre una conexión con el servicio a los intereses generales, lo que no ocurre con el arbitraje privado. En todo caso, esta necesidad de recurso judicial posterior es el elemento que más va a diferenciar los arbitrajes que realiza la Administración de aquellos otros sometidos a la normativa privada.

### III. PRINCIPIOS REGULADORES DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ARBITRAL

El marco constitucional para admitir la presencia de arbitrajes administrativos en las relaciones entre particulares deriva, como se ha visto, del dato de la voluntariedad o para ser más exactos, que la decisión administrativa no resulte incontrolable judicialmente, de su justiciabilidad en definitiva, en el sentido de que no suponga una limitación del ejerci-

---

fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto, resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje de la Junta que es lo que hace en el párrafo primero del artículo 38.2. La primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella. Esto es exactamente lo que hace el artículo 38.2, párrafo primero, de la L.O.T.T., que, al exigir un pacto expreso para evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial, está supeditando el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra, lo que, por las razones que han quedado expuestas, resulta contrario al artículo 24. 1 de la Constitución».

<sup>11</sup> PARADA VÁZQUEZ, J.R. *Derecho administrativo*, vol I, p. 534.

cio del derecho a la tutela judicial efectiva. Conviene, en este momento, dar un paso más y completar el estudio de estos arbitrajes administrativos examinando los requisitos que resultan exigibles para que cumplan adecuadamente la función que tienen encomendados.<sup>12</sup>

En todo caso, conviene tener presente dos elementos: por un lado, la ausencia de regulación general de este tipo de arbitrajes. Y como consecuencia de lo anterior, los aspectos básicos de ordenación de esta función administrativa están contemplados en la Ley de arbitraje privado, teniendo siempre presente, obviamente, los datos que recojan las leyes especiales. El carácter supletorio que cumple la Ley 60/2003, de arbitraje, cuyo artículo 1.3 dispone que «esta Ley será de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras Leyes». Partiendo de estas premisas se examinarán a continuación los elementos generales de ordenación de esta nueva función administrativa.

La ausencia de regulación general de los procedimientos de arbitraje hace que la formulación de estos principios se haya de efectuar partiendo de las premisas generales de la ordenación de la actividad usual de los entes públicos cuando están adoptando decisiones. Además, esto nos permitirá que la resolución resulte vinculante para las partes y tenga los requisitos generales de los actos administrativos, esto es, la presunción de validez y su fuerza ejecutoria.

Buscando regulaciones parciales de esta cuestión —cuyo desarrollo está en otros capítulos de esta obra— puede resultar interesante buscar el punto de referencia en la regulación de los arbitrajes en el sector de las telecomunicaciones, que son ejercidos por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.<sup>13</sup> Tanto en la vieja regulación, como en el actual artículo 48 de la Ley 32/2003, General de Telecomunica-

---

<sup>12</sup> Sobre estas cuestiones, puede verse PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Derecho...*, pp. 538 y ss.

<sup>13</sup> Sobre la CMT, por todos, véase CARLÓN RUIZ, M. «La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones». En *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 102, abril-junio 1999, pp. 229 y ss. En el marco de la nueva regulación, VIDA FERNÁNDEZ, J. «Comentario al artículo 48 de la ley General de Telecomunicaciones». En la obra colectiva dirigida por GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y DE LA QUADRA SALCEDO, T. *Comentarios a la Ley 32/2003, de Telecomunicaciones*. Madrid: Ed. Civitas, 2004, pp. 790 y ss.

ciones, se dispone que el ejercicio de la actividad arbitral por parte de esta Comisión se «ajustará a los principios esenciales de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad».

### *III.1. Principio de neutralidad*

La neutralidad de la Administración en el ejercicio de su función arbitral es un requisito esencial para que el resultado final resulte jurídicamente admisible. Precisamente por ello, son aplicables las causas generales sobre la neutralidad en el ejercicio de las funciones públicas y que se encuentran reguladas en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Causas que, por otra parte, resultan comunes a las que son generalmente admitidas en la ordenación procesal y que el artículo 28.2 de la LAP contempla del siguiente modo:

- «A) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.
- B) Tener parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato.
- C) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior.
- D) Haber tenido intervención como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate.
- E) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar».

Esta ordenación general de las causas que hacen presumir la falta de imparcialidad de la persona que vaya a decidir como árbitro se ha de complementar con la regulación de los dos procedimientos generales, como son los de abstención y recusación, que hacen tomar la decisión en el superior jerárquico y que desde luego son aplicables a los supuestos en los que la Administración ejerce el papel de árbitro.

### *III.2. Derechos de defensa y principio de igualdad*

La actividad arbitral de la Administración ha de ser desempeñada permitiendo a las partes garantías suficientes de defensa de sus pretensiones jurídicas, las cuales, además, han de ser iguales para las dos partes, como por otra parte resulta razonable.

La ordenación general del procedimiento administrativo no plantea especiales problemas para que se pueda desarrollar el ejercicio de los derechos de defensa. La propia configuración de los trámites de audiencia de las partes, para que puedan plantear las alegaciones que estimen pertinentes. El propio tratamiento de la proposición, desarrollo y práctica de las pruebas también se puede aplicar sin especiales problemas a los procedimientos arbitrales.

No obstante, para que el propio desarrollo del procedimiento resulte razonable hay que omitir, de la regulación general de la actuación de la Administración, el principio de aporte libre de documentos, que habrán de ajustarse a los momentos en los cuales la ordenación de procedimiento arbitral lo pueda permitir. Es una limitación básica para que el propio arbitraje pueda cumplir con sus principios. Precisamente para lograr esta adaptación de los procedimientos administrativos a las funciones arbitrales es por lo que en las normas reguladoras se suele incluir un acto de iniciación del arbitraje, por una de las partes, a lo que sigue la contestación al mismo, remitida por la autoridad administrativa, una fase probatoria y la conclusión del mismo. Todo ello, en un periodo de tiempo bastante breve. De igual manera, las funciones de la autoridad administrativa incluyen la posibilidad de que se adopten medidas provisionales en aquellos supuestos en los que pueda correr riesgo la efectividad de la decisión administrativa.

### *III.3 Modelos organizativos*

Esta actividad administrativa arbitral tiene que ejercerse por unas estructuras especialmente capacitadas para ello. Como se ha visto, uno de ellos es el modelo en el que la Administración dota sus propias estructuras administrativas, como ocurre con los supuestos de activi-

dades económicas, en donde las agencias se encargan de desarrollar esta cuestión, ya sea con carácter primario o subsidiario —en defecto de acuerdo entre las partes sobre la determinación del árbitro— como ha ocurrido en múltiples ocasiones en Derecho de la competencia,<sup>14</sup> o como ocurre con en el marco del ejercicio del derecho de huelga<sup>15</sup> cuando afecta gravemente a la economía y que está recogido en el artículo 10.1 del RDL 17/1977, sobre el cual el Tribunal Constitucional se pronunció en sentido favorable a su constitucionalidad.

El segundo modelo estaría compuesto por los supuestos en los que la Administración gestiona o administra el arbitraje mediante la creación de órganos mixtos en los que participan representantes de la Administración y de los sectores económicos afectados por el arbitraje. Sería el supuesto de las Juntas arbitrales de transporte, por ejemplo.

#### *III.4. Efectos de la decisión administrativa*

En el marco anterior, dos son las modalidades de decisión administrativa, unas de carácter público y otras de carácter privado, cuyo régimen es totalmente diferente.

Las primeras que, son las que se dictan en el marco de procedimientos obligatorios, nada se distinguen de los restantes actos administrativos y, en consecuencia, rige el principio de ejecutoriedad de los mismos. Precisamente por ello, el acto sólo se puede impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa y por los mismos mecanismos que los restantes actos administrativos. La Administración, que será demandada, tendrá habitualmente un compañero en su situación, que

---

<sup>14</sup> Así por ejemplo, el acuerdo de Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002, por el que se autoriza la integración de Vía Digital en Sogecable, lo contemplaba. En este caso, el árbitro subsidiario en el caso de que las partes no lleguen a acuerdos sobre la determinación del árbitro es la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

<sup>15</sup> Un supuesto en el que se analiza la legalidad de este caso de arbitraje obligatorio lo encontramos en la STS 6 de junio de 2007 —centrada en temas de distribución de competencias— o de 24 de abril de 2007, centrada en problemas de fondo.

será la parte del proceso arbitral que ha resultado beneficiada por el contenido del acto administrativo.

En el caso de los arbitrajes voluntarios, tal como vimos en el marco del sector energético, el régimen de los actos de la Administración sería el mismo que el de los laudos arbitrales privados. Es la consecuencia de que el ente público adopte una posición equivalente a la del árbitro privado y por ello, la decisión será impugnable ante la jurisdicción civil —y por las mismas causas y procedimientos que recoge la Ley de arbitraje en sus artículos 40 a 43— dispone del efecto de cosa juzgada y no posee ninguna de las características consustanciales de los actos administrativos. En este sentido, la propia ejecución de la decisión administrativa corresponde no a la Administración sino al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde se ha dictado el acto y de acuerdo con los requisitos que recoge el artículo 44 de la Ley de arbitraje.

#### IV. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO PARTE EN UN ARBITRAJE

##### *IV.1. Planteamiento general*

Un planteamiento totalmente diferente es el que ha de efectuarse cuando se plantea la posibilidad de que las Administraciones públicas participen como parte en un arbitraje. Consideraciones que pasan por la posición especial de las Administraciones públicas ante los Tribunales de justicia —recordemos que el arbitraje es un elemento sustitutivo de la actuación judicial— y por las cautelas que recoge el ordenamiento jurídico para que se pueda prestar el servicio objetivo a los intereses generales que le exige el artículo 103.1. de la Constitución de 1978. En todo caso, que la Administración se someta a arbitrajes se ha justificado desde posiciones que pretenden rebajar la posición jurídica de la Administración —que eliminaría así su poder autoritario— y como un instrumento para su democratización. Como ha señalado Rivero, recogiendo lo indicado desde los Estados Unidos a favor de las técnicas complementarias para la resolución de conflictos, con el recurso al arbitraje la Administración:



También intenta incrementar su eficacia, porque recurrir ante los Tribunales las decisiones administrativas es caro, tanto para quienes recurren como para la Administración, cuesta un montón de tiempo y un montón de dinero (*costs a lot of money and takes a lot of time*). Y los Tribunales son en muchos casos incapaces de aportar remedios que satisfagan a todas las partes, pues se limitan a aplicar el derecho y no reconciliar intereses. En definitiva, las soluciones judiciales no son las más eficientes de las posibles —cuestan mucho y no dan los mejores resultados— y deben ser complementadas por las *negotiated approaches to consens building*, que nos pueden ayudar a comprobar que la verdadera democracia —participación de los ciudadanos en la adopción de las decisiones públicas— funciona eficazmente.<sup>16</sup>

Sin duda, se trata de una manifestación más de esta postmodernidad jurídica, pero en todo caso, conviene tener presente, que en lo que allí se ve la solución, acaso hayan de encontrarse las razones que justifican la prevención hacia la utilización masiva del arbitraje para las Administraciones públicas.

La posibilidad de que la Administración recurra al arbitraje para la resolución de conflictos no resulta desconocida en nuestro ordenamiento, y como tal aparece contemplada en la Ley de patrimonio de las Administraciones públicas, entre otras disposiciones. De hecho, como veremos con posterioridad, el propio artículo 107.2 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, habilita a que un legislador ulterior venga a configurar procedimientos arbitrales con carácter sustitutivo de los recursos administrativos, lo cual, como veremos con posterioridad, se ha dudado de que forme parte, realmente, de mecanismos arbitrales.<sup>17</sup> Pero en todo caso, la existencia

---

<sup>16</sup> RIVERO ORTEGA, R. «Repensando el Estado de Derecho: el arbitraje administrativo como alternativa al colapso jurisdiccional en el control de la Administración»; en la obra colectiva *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

<sup>17</sup> Así, BUSTILLO BOLADO, R.O. *Convenios y contratos administrativos: Transacción, arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*. Pamplona, 2ª Ed., 2004, p. 372.

de esta habilitación legal, no quita para que el ordenamiento jurídico presente algunos déficits en cuanto a la admisión del arbitraje para la Administración. Nótese, por un lado, que la propia Ley de cabecera, la Ley 60/2003 es una disposición que está planteada básicamente para arbitrajes entre sujetos privados, algo que se desprende claramente de la fórmula que recoge el artículo 2.1 sobre las materias que son susceptibles de él.

Pero además, no es sólo un problema de que la Ley esté pensada para el arbitraje privado, la cuestión básica es que hace falta una adaptación de su régimen para que resulte admisible en el funcionamiento administrativo. Aunque la cita provenga de un texto escrito durante la vigencia de la Ley de arbitraje de 1988, creo que siguen siendo válidas las consideraciones que efectuó en su momento Tornos Más cuando indicó qué aspectos deberían ser objeto de reconsideración para que se pueda hablar de arbitraje para las Administraciones públicas:

El arbitraje debe ser en todo caso voluntario y de derecho. El arbitraje puede ser emitido por un árbitro o colegio arbitral, siendo preferible la fórmula del colegio. Los árbitros pueden ser designados por las partes, siendo también posible el arbitraje institucional (en este caso de una institución dotada de independencia frente a la Administración que es parte en el conflicto). La ley debería precisar qué órganos son los competentes en cada Administración para acordar la sumisión o arbitraje y debería garantizar la independencia de los árbitros o colegios arbitrales frente a la Administración. Mayor importancia tiene la regulación de los efectos del laudo arbitral y, en su caso, el mecanismo para su ejecución en caso de incumplimiento por la propia Administración. Seguramente la ejecución debería reservarse a la jurisdicción contencioso-administrativa. Igualmente debería determinarse en qué supuestos puede impugnarse el laudo y ante qué jurisdicción. Y, por último, cabría cuestionarse la posibilidad de adoptar medidas cautelares durante el período de resolución del arbitraje.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> TORNOS MÁS, J. «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos». En la *Revista de Administración Pública*, n.º 136, enero-abril 1995, p. 177.

No obstante, sí conviene recordar que cuando estamos hablando de arbitraje para las Administraciones públicas, hemos de colocar en una situación diferente a las sociedades mercantiles públicas, precisamente por su propia naturaleza jurídico-privada, más allá de que ejerciten actividades claramente administrativas, como ocurre con las sociedades de obras públicas, por ejemplo.<sup>19</sup> En los casos de entidades privadas de la Administración, el problema es mucho menor y habría que reconducirlo al régimen general de los arbitrajes entre sujetos priva-

---

<sup>19</sup> Un supuesto de esta naturaleza es el que admitió el Tribunal Arbitral de Barcelona el 30 de junio de 1995 en relación con un contrato adjudicado por GISA —Gestió d'Infraestructures, S.A.—. Esta entidad nació en virtud de la autorización contenida en la Disposición Adicional 29ª de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/1990, de 16 de mayo, de Presupuestos para ese año 1990. Con posterioridad, su objeto social fue objeto de modificación en virtud de la Ley del Parlamento de Cataluña 31/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas. Sobre esta resolución, se puede consultar el comentario que realiza MARESCA CABOT, J.C. en la *Revista del Tribunal Arbitral de Barcelona*, n.º 7, 1995, pp. 107 y ss.

Asimismo, puede verse la STS de 4 de octubre de 2005 en la que se afirma que: «Actuando en este ámbito de derecho privado, y en nombre propio aunque por cuenta de la Generalidad, lo que supone la responsabilidad de la empresa frente a terceros asumida en su actuación (artículo 1717 CC), se producen los convenios entre la empresa REGSA y la Comunidad de Regantes del Canal Algerri-Balaguer y los concretos propietarios beneficiarios de las obras, en los que se señalan los antecedentes, que incluyen la previa fijación por el Gobierno de la Generalidad del importe de la contribución de los beneficiarios en 504.000 pesetas por hectárea regable, la superficie correspondiente a cada beneficiario y el importe de su contribución, pactándose en consecuencia la realización de las obras por la empresa, en relación con cada propietario, y la contribución a satisfacer por este, así como el plazo en el que habrá de hacerse efectiva, sometiéndose al arbitraje del Tribunal Arbitral de Barcelona, para solventar los litigios que puedan surgir en el cumplimiento del convenio.

Se conforma así un convenio sujeto al derecho privado, que en lo que aquí interesa se concreta al compromiso de realización de las obras y correlativo abono de la contribución correspondiente por el propietario beneficiario, de manera que el requerimiento efectuado por REGSA a la llegada del agua a la finca, supone el cumplimiento de dicho convenio, en lo que atañe al pago de las obras realizadas por REGSA con sujeción a las normas de derecho civil y mercantil, según se ha indicado antes».

dos; lo cual ha sido señalado incluso por la jurisprudencia, tal como lo ejemplifica la STS de 6 de marzo de 1987, que se refiere a una empresa de la Administración General del Estado que impugna un laudo precisamente por este hecho.<sup>20</sup> Precisamente por ello, la futura Ley de Contratos del Sector Público que en este momento se está tramitando en el Parlamento recoge una cláusula expresa de autorización de que las discrepancias que surjan sobre los contratos puedan ser resueltos en procedimientos arbitrales, dentro del marco general de la Ley de Arbitraje. Concretamente, el artículo 39 dispone:

Artículo 39.- «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 Ley 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren».

Y a una solución parecida, que no igual, habría que reconducir aquellos casos en los cuales nos encontramos ante la actividad de las entidades públicas empresariales y, en general, aquellas entidades privadas de la Administración que ejercen, en una parte de su actividad, funciones públicas —sometidas por tanto, al Derecho administrativo— y, en la otra, una actividad de derecho privado que se estructura sobre la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptible de contraprestación, tal como dispone el artículo 53.1 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. No obstante, en estos supuestos la solución tiene que resultar matizada, en la medida en que en el ejercicio de estas funciones públicas el régimen no será el de los arbitrajes privados sino el de los administrativos que se verán en las páginas siguientes.

---

<sup>20</sup> La resolución concretamente afirma lo siguiente sobre la nulidad del laudo arbitral por este problema: «como quiera que los extremos sobre los que ha versado el arbitraje y equidad y en definitiva el laudo emitido por los árbitros, recae sobre materias propias de una actividad mercantil consonante con la específica del objeto social de la empresa expropiada y erigida de esta suerte en Sociedad estatal, no cabe argüir, como se hace en el recurso presente, que esté sujeto a una regulación específica y excluyente de la Ley de Arbitrajes Privados».

Este será, de este modo, el contexto en el que nos movamos para analizar los arbitrajes administrativos. No obstante, con carácter previo hay que estudiar una cuestión que afecta al propio régimen del arbitraje administrativo y que puede dar lugar a múltiples malentendidos por la terminología utilizada por el legislador: la relativa a si el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, constituye o no una figura de esta naturaleza o si, por el contrario, forma parte de un mecanismo de resolución de conflictos de otra naturaleza.

#### *IV.2. El artículo 107.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*

El artículo 107.2 de la LAP configura un procedimiento de resolución de conflictos en el que participa la Administración al que denomina arbitraje, pero que como veremos inmediatamente, tiene un régimen que hace discutible que su naturaleza sea la arbitral. Concretamente, el precepto reseñado dispone lo siguiente:

El artículo 107.2.-«Las leyes podrán sustituir el recurso ordinario, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación o reclamación, incluidos los de conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidos a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo. La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley».

La literalidad del precepto, como señaló Nieto hace años, no nos debe hacer creer que en la Ley 30/92 se contempla el arbitraje administrativo. Más allá de que realmente este precepto es una cláusula de

habilitación para que el legislador, a posteriori, lo incluya en una regulación sectorial, el problema básico que plantea es que no se dan los requisitos para que podamos hablar de arbitraje administrativo, aunque sí incluye elementos que pueden servir para la ordenación general del mismo.

En efecto, de acuerdo con la redacción del precepto, nos encontramos no ante un mecanismo de sustitución de la vía jurisdiccional sino de los procedimientos de recurso en vía administrativa. Y, además, con la agravante de que se trata de un medio de resolución de conflicto que es de naturaleza obligatoria, ya que la falta de utilización del mismo impide el ulterior acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa. Este último dato, claramente, altera la naturaleza voluntaria del arbitraje como señaló en reiteradas ocasiones la jurisprudencia constitucional, tal como vimos con anterioridad a la hora de examinar los arbitrajes en los cuales la Administración adopta la posición de árbitro.

## V. ELEMENTOS PARA EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO

### *V.1. La cuestión de las materias susceptibles de arbitraje*

En el estudio de los casos en los que las Administraciones públicas pueden recurrir al arbitraje para la resolución de conflictos parte de una cuestión central ¿en qué materias se puede recurrir a este procedimiento extrajudicial? Porque, evidentemente, el hecho de que nos encontremos ante una Administración pública elimina, de raíz, la posibilidad de que con carácter general el arbitraje sea admisible, precisamente por el conjunto de garantías que para el interés general plantea el Derecho administrativo, que quedarían desplazadas por el hecho de que la jurisdicción que le resulta propia no efectúa su enjuiciamiento. En todo caso, que haya una limitación con carácter general, en el fondo, no es sino aplicar a la Administración el contenido del artículo 2.1 de la Ley de arbitraje que precisamente lo limita a los supuestos en los que se trate de una materia disponible. Obviamente, cuando nos encontramos ante entes públicos, el círculo de materia ha de examinarse de forma diferente.

En el ámbito del Derecho público la admisibilidad depende de la disponibilidad que tenga la Administración de la materia sobre la que se proyecta el futuro arbitraje, lo cual dependerá de los supuestos en los que el ordenamiento haya previsto reglas especiales o por aplicación de principios generales. De hecho, en uno de los ámbitos que resultan más propensos a la aplicación del arbitraje, la contratación administrativa, el artículo 60.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no contiene una regla clara, sino un desplazamiento normativo, al señalar que:

El sometimiento a arbitraje se sujetará a los requisitos establecidos en la Ley General Presupuestaria o en las correspondientes normas de otras administraciones públicas.

De hecho, esta remisión nos conduce al artículo 7.3 de la Ley General Presupuestaria, el cual dispone que «no se podrá 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 de Estado en pleno», excepción que hay que entender en el marco de los límites que marca el propio artículo 7 sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal. La propia presencia del Consejo de Estado y, sobre todo, la necesidad de que se acuerde en Consejo de Ministros desincentiva cualquier posibilidad de que se recurra al arbitraje en relación con los derechos de la Hacienda pública.<sup>21</sup>

La vía de resolución de esta cuestión va a estar en la naturaleza de la actuación administrativa, lo que excluye toda posibilidad de arbitraje en materias sometidas al Derecho administrativo.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Se podría citar aquí el Real Decreto 1525/88, de 16 de diciembre, por el que se autorizan los contratos entre la Administración General del Estado, la Fundación «Favorita Trastees, Ltd.» y la Fundación «Tyssen Bornemisza», en el que se contemplan cláusulas de sometimiento a arbitraje.

<sup>22</sup> Así, se puede citar la STS 4 de septiembre de 2002, en donde se anula una cláusula compromisoria en un convenio urbanístico. Pero el pronunciamiento más claro ha sido el de la STS de 26 de enero de 2004 en la que se afirma que «al tratarse, por tanto, de una relación jurídico privada nada impide a las

En este sentido, tal como ha señalado Tornos:

Cuando la Administración ejecuta potestades y dicta actos unilaterales difícilmente podrá admitirse que, en caso de oposición de un particular, pueda remitir la propia Administración la solución del conflicto (en el que se discutirá su interpretación de lo que sea interés general) a un tercero ajeno al orden jurisdiccional. En todos estos supuestos, a mi juicio, la decisión administrativa sólo puede ser revisada por un órgano administrativo o por el poder judicial.<sup>23</sup>

Ello con independencia de que nos encontremos ante potestades regladas o discrecionales, dado que el problema central que plantean estas materias no es el de la capacidad valorativa de la Administración sino específicamente el de su indisponibilidad.

A la inversa, cuando la Administración esté aplicando el ordenamiento jurídico privado, sí encontraremos un campo más amplio para poder recurrir a procedimientos arbitrales. Ello por una razón muy clara: «la Administración actúa despojada de prerrogativas, dentro de un ordenamiento privado que admite como técnica de resolución de conflictos el mecanismo arbitral».<sup>24</sup> Precisamente por ello, es por lo que el campo de la contratación administrativa o el de los bienes patrimoniales<sup>25</sup> es uno de los que resulta más propio para que se desarrollen los procedimientos arbitrales con la Administración como parte, siempre que el conflicto sometido a arbitraje no se refiera a aspectos

---

partes que se sometan a arbitraje en las condiciones previstas en la cláusula 12.2 del contrato. Es natural que éste se desenvuelva en el ámbito estrictamente privado de las cuestiones que se le sometan, ya que si rebasaran ese ámbito y entraran en el propiamente público, la competencia de los árbitros no alcanzaría a ellas, y es así como hay que interpretar dicha cláusula».

<sup>23</sup> TORNOS MAS, J. «Medios complementarios...», *Op. cit.*, p. 175.

<sup>24</sup> TORNOS MAS, J. «Medios complementarios...». *Op. cit.*, p. 176.

<sup>25</sup> Sobre el arbitraje en materia de bienes públicos, véase HUERGO LORA, A. «La transacción y el arbitraje», dentro de la obra colectiva dirigida por C. CHINCHILLA MARÍN. *Comentarios a la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Madrid: Thompson-Civitas, 2004, pp. 247 y ss.



administrativos, como incluso tuvo ocasión de señalar la jurisprudencia.<sup>26</sup> De acuerdo con lo indicado por Tornos, «cuando la Administración ha renunciado a su posición preeminente y ha fijado de modo convencional el contenido de una resolución o ha contratado la actividad de un tercero, los conflictos que surjan en la interpretación de este convenio o contrato sí que podrán resolverse mediante la técnica arbitral. El árbitro no enjuiciará en este caso la decisión unilateral de la Administración que concreta el contenido de la norma atributiva de potestad. El árbitro enjuiciará una relación jurídica en la que dos partes establecieron de mutuo acuerdo la medida de sus obligaciones o el contenido de una medida (contrato o convenio de fijación). Relación que debe ser interpretada al discrepar las partes sobre el contenido de lo acordado, sin perjuicio de su interés mutuo en mantener la relación establecida. En estos casos no estamos ante el conflicto administrativo

---

<sup>26</sup> Así, puede verse la STS de 23 de enero de 1998, por la que anula una cláusula compromisoria en un contrato porque construía un contrato administrativo. Concretamente, en dicha resolución se puede leer: «El Abogado del Estado limita su impugnación a defender que el contrato de compraventa con cláusula de arbitraje de las instalaciones de abastecimiento y depuración de agua en litigio es un contrato privado de compraventa de bienes inmuebles y no puede ser considerado como administrativo, pidiendo que se efectúe dicho pronunciamiento, con revocación de la sentencia apelada. En el mismo sentido se orientan parte de las alegaciones del recurso de apelación del Ayuntamiento de Sant Salvador de Guardiola.

TERCERO.- Tal pretensión no puede prosperar. El objeto del contrato es la compra por el Ayuntamiento de unas instalaciones de abastecimiento de agua potable de las zonas del término municipal denominadas BBBBBBBB y CCCCCCCC y de las de depuración de aguas residuales del núcleo de población BBBBBBBB, haciéndose cargo de los servicios de abastecimiento y depuración correspondientes, que prestaba hasta ese momento la entidad AAAAAAAAAA, S.A (Antecedente 1 del contrato). Como bien razona la sentencia de instancia, la finalidad de la compra se enmarca dentro de las competencias municipales, según lo establecido en los artículos 101.2 apartado c) y 103 a) del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955, aplicable en el momento de celebración del contrato, por lo que es preciso concluir en la inequívoca naturaleza administrativa del mismo y en la irrelevancia consiguiente de la cláusula de arbitraje privado, conforme a la jurisprudencia reiterada de esta Sala, que la declara respecto de los contratos que trascienden el ámbito civil, al estar conectados directamente al desenvolvimiento regular de un servicio público (sentencias de 11 de junio de 1996, 9 de junio de 1994 ó de 30 de octubre de 1990, con cita de otras anteriores)».

clásico en el que se pretende la anulación de un acto, el reconocimiento de una situación individualizada y, en su caso, de una nueva indemnización. La pretensión consistirá en obtener de un tercero la confirmación de que la interpretación que se hace del contrato o convenio es correcta, para imponer a la otra parte su sumisión a lo acordado interpretado de este preciso modo».<sup>27</sup>

### *V.2. Requisitos en cuanto a los árbitros*

Uno de los problemas centrales es el de determinación de los árbitros. Resultaría preferente que el arbitraje, tal como se señaló con anterioridad, sea efectuado por un colegio arbitral de número impar, tal como lo recoge la Ley de arbitraje. Obviamente, puede ser nombrado por las partes o bien remitirse a una institución arbitral. El requisito fundamental que se exige sobre los árbitros es el de su independencia absoluta, para lo cual han de arbitrase los mecanismos precisos de garantía, que habrán de venir configurados en el acuerdo compromisorio.

### *V.3. Requisitos formales*

El punto fundamental en esta materia es la concreción de la autoridad administrativa con competencia para someter cuestiones litigiosas a arbitraje. En el marco de la Administración general del Estado, de una lectura integrada entre la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas y la Ley General Presupuestaria, el requisito que se vió con anterioridad del Acuerdo del Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en pleno parece imprescindible, en la medida en que, en el fondo, todos los procedimientos arbitrales acaban teniendo efectos sobre la hacienda pública.

En cuanto a los demás elementos referentes a cómo se ha de tramitar el arbitraje, se ha de seguir lo establecido en los artículos

---

<sup>27</sup> TORNOS MAS, J., “Medios complementarios...”, *op. cit.*, p. 176

24 y siguientes de la Ley de arbitraje y que se examina en otro capítulo de esta monografía.

#### *V.4. Requisitos en cuanto al marco de resolución: arbitraje en derecho*

El contexto actual de la globalización, tal como ha señalado la doctrina,<sup>28</sup> ha provocado un impulso a los denominados procesos arbitrales de equidad, los cuales, como se vio con anterioridad, es uno de los supuestos avances en relación con los arbitrajes en los que la Administración es parte. Se trata de un planteamiento muy afín a las corrientes neoliberales, en la medida en que el juicio de equidad no sería más que la traslación al plano de la resolución de conflictos de los planteamientos desreguladores, tan queridos desde los planteamientos de reducción del papel del Estado. Desde esta perspectiva, la pérdida para el Estado sería doble, pérdida de posición jurídica y pérdida de derecho aplicable para su sustitución por el planteamiento del juez.

Este no parece que sea el marco adecuado de resolución para los procedimientos arbitrales en los que participan las Administraciones públicas. Se estaría haciendo una cesión de la capacidad de decisión por parte de los entes públicos que no resulta adecuado en el marco de un Estado social y democrático de derecho como el nuestro. Téngase en cuenta que en estos procedimientos arbitrales se podrían estar incluso ejerciendo potestades discrecionales en el cual el criterio, de todo tipo, de la Administración ha de resultar determinante.

En las restantes cuestiones, habría de estarse al contenido normal de un laudo arbitral, tal como lo recoge la Ley de arbitraje de 2003.

---

<sup>28</sup> Sobre el renovado papel de los juicios de equidad, véase ARNAUD, A.J.; Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État, LGDJ, Paris (1996), en particular pp. 107 y ss

## VI. ARBITRAJES INTERNACIONALES Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

El proceso de globalización económica se lleva a cabo sobre la base de un incremento del tráfico de bienes, servicios y capitales. Para favorecer este intercambio de capitales y, sobre todo para acrecentar la seguridad jurídica de las inversiones, se han configurado en los últimos años una serie de instituciones que van adquiriendo un papel cada vez más relevante.

Así, en los años sesenta se produjo un movimiento con el fin de establecer una normativa de las inversiones en el extranjero que pudiera proporcionar seguridad jurídica a los inversores, fijando la responsabilidad de la Administración nacional en el caso de producción de daño y fijando unos mecanismos para hacer efectiva dicha responsabilidad. Después de una serie de avatares esta misión es encomendada al Banco Mundial, en cuyo seno se adopta el denominado Convenio de Washington que entró en vigor en 1966. Este convenio crea un organismo, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones,<sup>29</sup> cuya misión es precisamente facilitar los medios de conciliación y arbitraje para resolver las discrepancias que existan con los Estados receptores de las inversiones, que cumple sus funciones con independencia de cuál sea la «calidad» de la jurisdicción encargada del control de la Administración pública.

Más aún, en el propio seno del Banco Mundial se creó, en 1985, un organismo específicamente encargado del control de las inversiones extranjeras, el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, relacionado naturalmente con el CIADI y cumpliendo una función complementaria a la de éste. En el convenio de Seúl, por el que se crea, se le encomiendan funciones de arreglo de diferencias entre inversores y países receptores, de impulsión de los acuerdos con los países

---

<sup>29</sup> Sobre este organismo, su funcionamiento y las relaciones con los Estados, véase VIVES CHILLIDA, J.A. *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*. Madrid: McGraw-Hill, 1998.

en vías de desarrollo, teniendo presente, de nuevo garantizar las inversiones extranjeras. Y, en la misma línea, ha sido dicho organismo el que la aprobado un documento donde se fijan las «líneas directrices sobre el tratamiento de la inversión extranjera directa». Como se puede apreciar, en el *feudo* de las inversiones extranjeras, es soberano el Banco Mundial, que a su vez, en manifestación clara de su propia soberanía, ha desarrollado el entramado organizativo necesario para que todos los elementos jurídicos a que dé lugar tenga que pasar obligatoriamente ante ella.

El sistema CIADI es, como se ha indicado por la doctrina, un sistema arbitral muy flexible, adaptado a las condiciones en las que nos encontramos ante un arbitraje por inversiones extranjeras en donde una de las partes es un Estado:

Ante todo, el procedimiento y las reglas que lo regulan están diseñadas para servir a las específicas necesidades que rodean a este tipo de arbitraje mixto, un arbitraje no olvidemos en que una de las partes es un Estado, de ahí que, a pesar de la existencia de una serie de normas imperativas, en la mayor parte de las cuestiones se deja un amplio ámbito a la autonomía de la voluntad de las partes para modelar el desarrollo del procedimiento arbitral de la manera que consideren más adecuada. Tal flexibilidad se refleja, en primer lugar, a la hora del nombramiento del tribunal arbitral y la designación de sus miembros. Igualmente, en segundo lugar, la autonomía de las partes juega un papel fundamental en la consulta preliminar previa a los procedimientos en donde las partes pueden elegir el idioma que ha de utilizarse en el procedimiento, el número y orden de los escritos de las partes así como el plazo para presentarlos, la manera en que habrán de prorratearse las costas del procedimiento, o por último, el lugar donde se llevará a cabo el arbitraje. Más aún, si las partes así lo estiman, tal y como establece el artículo 44 de la Convención CIADI, pueden acordar unas reglas procesales diferentes para la tramitación de su procedimiento a las reglas de arbitraje del CIADI. En último lugar, el grado de autonomía tiene igualmente expresión en la amplia libertad concedida a la partes en la elección del derecho aplicable por los árbitros a la controversia.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ MASIA, E. *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. —consultado en la base de datos electrónica TOLDOCS, n.º documento 340.931—.

En todo caso, el desarrollo de estos peculiares arbitrajes en materia de inversiones exteriores es, como se dice en la reiteradamente en novela de M. Ende, «una historia que debe ser contada en otra ocasión».

## CAPÍTULO 4

### EL ARBITRAJE Y EL DERECHO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Beatriz Díaz Madrera





## Capítulo 4

### EL ARBITRAJE Y EL DERECHO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

*Beatriz Díaz Madrera*

I.- Introducción.— II.- Distinción entre contratos públicos y privados a efectos de arbitraje.— III.- El arbitraje en la contratación pública.— III.1.- Antecedentes normativos y posición jurisprudencial.— III.2.- Regulación vigente.— A) El artículo 60.2 TRLCAP.— B) El arbitraje y la contratación pública exterior.— C) La supresión de la mención al arbitraje en el contrato de obras.— III.3.- Arbitraje y contratación pública en el régimen foral de Navarra.— IV. Perspectivas de futuro.

#### **I. INTRODUCCIÓN**

El Tribunal Constitucional ha definido el arbitraje como un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes que supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros. En este sentido, el arbitraje se considera un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil.<sup>1</sup>

Entre las ventajas del arbitraje se han destacado; la celeridad, ya que las controversias se resuelven en un plazo más breve que en los procesos judiciales, la flexibilidad, nota referida a la relación directa del árbitro con las partes, a diferencia de lo que ocurre con los jueces,

---

<sup>1</sup> STC 174/1995.

sometidos a las prescripciones procesales, la especialización de los árbitros en temas técnicos objeto de controversia, la economía, al resultar menos costoso que un proceso judicial; y la confidencialidad.

La contratación administrativa, como se ha señalado reiteradamente por la doctrina, dado su carácter convencional, se manifiesta como una de las materias más idóneas para el arbitraje,<sup>2</sup> y por tanto, como uno de los campos en los que preferentemente debiera incentivarse la solución de conflictos a través de medios arbitrales y de la conciliación.<sup>3</sup>

No obstante, el ordenamiento jurídico español ha venido imponiendo fuertes trabas al empleo de este modo de resolución de conflictos.

El tema que nos ocupa, la contratación pública, constituye, hoy en día, uno de los supuestos en los que el legislador ha previsto expresamente la utilización de este mecanismo para solucionar las controver-

---

<sup>2</sup> GALÁN VIOQUE, R. «El arbitraje de las obras públicas». En *Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de Derecho Público* (IV Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía). Sevilla: Ed. Instituto Andaluz de Administración Pública, 2003, p. 300.

<sup>3</sup> ORTIZ MALLOL, J. «Conciliación y arbitraje en la legislación de contratación administrativa: breve estudio de las leyes 13/95 y 48/980». En *Alternativas no jurisdiccionales... Op. cit.*, p. 271. Asimismo, FERRET I JACAS, J. «Límites al arbitraje administrativo». En *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 35, 1999, p. 18. TRAYTER opina que «en principio, el hábitat natural donde va a desenvolverse con mayor soltura el arbitraje será el de los conflictos que surjan de la aplicación e interpretación de toda clase de contratos y convenios celebrados por la Administración»; TRAYTER, J.M. «El Arbitraje de Derecho Administrativo tras la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: nuevas perspectivas», La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1995, p. 95, y en «El arbitraje de Derecho Administrativo». En *Revista de Administración Pública*, n.º 143, 1997, pp. 96-102 y Montoya Marín, E. «Reflexiones sobre los medios alternativos de resolución de los conflictos en la Administración Pública». En *Alternativas no jurisdiccionales... Op. cit.*, p. 217.

sias surgidas entre el Estado (Administración pública) y los particulares. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en algunos países,<sup>4</sup> no existe una Ley que establezca el régimen jurídico del arbitraje administrativo,<sup>5</sup> por lo que la doctrina ha venido extrayendo las notas del sistema arbitral positivizado, en atención a las concretas referencias contenidas en las normas.

## II. DISTINCIÓN ENTRE CONTRATOS PÚBLICOS Y CONTRATOS PRIVADOS A EFECTOS DE ARBITRAJE

Como es bien conocido, los contratos de la Administración están sometidos a regímenes diversos (público o privado) en función de su naturaleza jurídica, por lo que la determinación de dicha naturaleza será fundamental a la hora de decidir sobre la aplicación de las normas sobre arbitraje al caso concreto.

---

<sup>4</sup> En tal sentido, la Constitución Política de Perú, en el párrafo tercero de su artículo 63, prevé la posibilidad de que el Estado y las demás personas de Derecho público sometan las controversias derivadas de relaciones contractuales a arbitraje nacional o internacional. Por su parte, la Ley n.º 26572, General de Arbitraje, regula el denominado «arbitraje del Estado», disponiendo que «pueden ser sometidas a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de los contratos que el Estado Peruano y las personas de derecho público celebren con nacionales o extranjeros domiciliados, así como las que se refieren sus bienes». En materia de contratación administrativa, la normativa específica dictada en la materia (que prevalece, por tanto, sobre la Ley de Arbitraje, en base a lo establecido en el artículo 4 del TUO de la Ley n.º 26850) incorporaba este mecanismo, creando la figura del «arbitraje administrativo», con notas propias que lo diferencian del arbitraje privado.

<sup>5</sup> El concepto «arbitraje administrativo» se utiliza aquí como definitorio del mecanismo mediante el cual la Administración Pública y los administrados, pueden pactar que sus diferencias, surgidas en las materias de su libre disposición o en aquellas expresamente señaladas por la ley, sean resueltas por árbitros mediante un laudo que tiene la eficacia de la cosa juzgada, excluyendo así, en el asunto concreto, el conocimiento de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos.

Si en principio, no existe inconveniente para que las disposiciones de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje, rijan las diferencias surgidas de los contratos privados de la Administración, la extensión de dicha conclusión al ámbito de los contratos regulados por las normas administrativas plantea mayores dificultades.

En este sentido, la jurisprudencia ha sostenido la ineficacia de la cláusula de arbitraje privado en un contrato de naturaleza pública. La Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de 23 enero 1998,<sup>6</sup> señalaba, en su fundamento jurídico tercero:

Tal pretensión no puede prosperar. El objeto del contrato es la compra por el Ayuntamiento de unas instalaciones de abastecimiento de agua potable de las zonas del término municipal denominadas «El Calvet» y «El Graell» y de las de depuración de aguas residuales del núcleo de población «El Calvet», haciéndose cargo de los servicios de abastecimiento y depuración correspondientes, que prestaba hasta ese momento la entidad «Anes, SA» (Antecedente 1 del contrato). Como bien razona la sentencia de instancia, la finalidad de la compra se enmarca dentro de las competencias municipales, según lo establecido en los artículos 101.2 apartado c) y 103, a) del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local 24 junio 1955 (RCL1956\74RCL, 101 y NDL 611), aplicable en el momento de celebración del contrato, por lo que es preciso concluir en la inequívoca naturaleza administrativa del mismo y en la irrelevancia consiguiente de la cláusula de arbitraje privado, conforme a la jurisprudencia reiterada de esta Sala,<sup>7</sup> que la declara respecto de los contratos que trascienden el ámbito civil, al estar conectados directamente al desenvolvimiento regular de un servicio público (Sentencias de 11 junio 1996 [RJ 1996/5148], 9 junio 1994 [RJ 1994/5152] o 30 octubre 1990 [RJ 1990\8400], con cita de otras anteriores).

Un sector de la doctrina española se muestra, asimismo, receloso en cuanto a importar la institución del arbitraje, tal y como aparece configurada en el sector privado, a cuestiones de Derecho público, en este caso, a las relaciones contractuales de índole pública. La base de esta postura es que si la esencia del arbitraje radica en el sometimiento de

---

<sup>6</sup> RJ 1998\327.

<sup>7</sup> El subrayado es nuestro.

las partes del conflicto a la decisión de un árbitro, con renuncia expresa a acudir a un juez, esta renuncia podría revelarse anticonstitucional cuando nos hallamos ante este tipo de contratos y, en particular, por vulnerar lo dispuesto en el artículo 103.1<sup>8</sup> y 106<sup>9</sup> de la Constitución Española.<sup>10</sup>

### III. EL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

#### *III.1. Antecedentes normativos y posición jurisprudencial*

La admisión del arbitraje en el marco de la contratación administrativa ha vacilado en nuestro ordenamiento jurídico, partiendo de una tendencia contraria a su reconocimiento. De hecho, ya en el año 1942, el Decreto de 27 de febrero, prohibía expresamente el arbitraje en la contratación administrativa. Y con posterioridad, la Ley de Administración y Contabilidad, de 1911, únicamente lo permitía mediante autorización legal.

En el ámbito local, el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, de 9 de enero de 1953, establecía, en el apartado primero de su artículo 12, que:

---

<sup>8</sup> «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

<sup>9</sup> «Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican».

<sup>10</sup> Bustillo Bolado mantiene, a diferencia de lo que ocurre con la transacción, un convenio arbitral podría parecer, al menos en una primera aproximación, que burla el artículo 103.1 de la Constitución, puesto que la Administración renuncia a tomar una decisión o a mantener la inicialmente tomada, remitiendo tal responsabilidad a un tercero no jurisdiccional, el árbitro; y podría parecer también que se está eludiendo el control judicial impuesto por el artículo 106, dado que con el sometimiento al arbitraje de un conflicto se evita que Jueces y Tribunales puedan pronunciarse sobre el fondo del asunto, BUSTILLO BOLADO, R. *Convenios y Contratos Administrativos, Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*. Navarra: Ed. Aranzadi, 2001, p. 302.

Artículo 12. -«Los litigios derivados de contratos en que sean parte las Corporaciones Locales se entenderán siempre sometidos a los Tribunales competentes, con jurisdicción en el lugar en que los mismos tengan su sede».

El apartado segundo de dicho precepto declaraba «nulo el sometimiento de dichas cuestiones a juicio de árbitros o de amigables componedores, así como las sentencias o laudos que vulneraren esta prohibición».

Por tanto, el Reglamento impedía que los conflictos derivados de los contratos administrativos en que una de las partes fuera la Administración local, se resolvieran mediante arbitraje, resultando por tanto, nulos, los laudos dictados en esta materia desconociendo tal prohibición.

En este mismo sentido se pronunciaba el Tribunal Supremo. La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de marzo de 1980<sup>11</sup> declaraba ineficaz la cláusula arbitral contenida en el pliego de condiciones del contrato en los siguientes términos:

Por virtud de lo dispuesto en el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 enero 1953, en cuyo artículo 12 se declara el sometimiento obligatorio en esta clase de contratos a los tribunales competentes, es por tanto nulo el sometimiento de dichas cuestiones al juicio de árbitros o de amigables componedores y que es igualmente aplicable a Navarra por consecuencia de lo establecido en la disposición adicional 3.<sup>a</sup> del citado Reglamento, con lo cual resulta ineficaz la cláusula contenida en este respecto en el Pliego de Condiciones, cuando además la materia de competencia es de orden público y no puede ser alterada por la voluntad de las partes, salvo en aquellos casos permitidos por la Ley, y también conforme con unánime doctrina jurisprudencial.

Durante la vigencia del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Estado, aprobada por Decreto 923/1965, de 8 de abril, los contratos

---

<sup>11</sup> RJ 1980\2146.

celebrados y ejecutados en territorio extranjero gozaban de un régimen específico. Así, la Disposición final sexta de la Ley de Contratos del Estado, los exceptuaba de la aplicación de sus normas, facultándose al Gobierno para que, mediante Decreto, a propuesta del Ministerio de Hacienda y previo informe de Asuntos Exteriores, dictase las oportunas normas especiales relativas a dichos negocios.

Mediante el Decreto 3637/1965, de 25 de noviembre, se regularon los contratos del Estado y sus Organismos autónomos referentes a obras, gestión de servicios o suministros que se celebrasen en territorio extranjero, disponiendo su artículo quinto que:

Artículo 5. -«En todos los contratos del Estado en el extranjero se procurará incluir, por vía de cláusula, estipulaciones tendentes a preservar los intereses del Estado ante posibles incumplimientos del empresario a autorizar las modificaciones del contrato que puedan hacerse convenientes y a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas de arbitraje sencillas; procurando, en todo lo posible, la sumisión a Tribunales españoles». La justificación de esta regla se encuentra, según se expresaba el propio Decreto, en el propósito que presidió dicha reglamentación «de conciliar las garantías que merece el interés público con el peculiar planteamiento normativo y formal que suelen revestir los contratos del Estado en el extranjero».

El artículo 54 del Decreto 3410/75, de 25 de noviembre, que derogaba el Reglamento General de Contratación del Estado de 1967, sujetaba las transacciones y arbitrajes a los requisitos establecidos en la Ley de Administración y Contabilidad.<sup>12</sup>

Al amparo de esta regulación, la jurisprudencia negó que la inclusión de cláusulas arbitrales en los contratos administrativos fuera una vía alternativa a la jurisdicción contencioso-administrativa. De este modo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior

---

<sup>12</sup> Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, de 1 de julio de 1911.

de Justicia del País Vasco, señalaba, en el fundamento jurídico tercero de su sentencia de 21 de enero de 1999:<sup>13</sup>

Se sigue de lo anterior que, disponiéndose por el artículo 47 de la Ley de Contratos del Estado de 1965 que el contratista tendrá derecho al abono de la obra que realmente ejecute, con arreglo a los precios convenidos, previsión ésta que también contempla el artículo 142 del Reglamento General de Contratos del Estado aprobado por Decreto de 25 de noviembre de 1975 (RCL 1975\2597 y ApNDL 3029), ha de concluirse con que sosteniéndose por la entidad actora que si a los precios unitarios de las instalaciones se les aplica el porcentaje pactado del 22% en concepto de gastos generales y beneficio industrial ello supone una diferencia con la liquidación practicada en el acuerdo recurrido de 5.114.763 ptas. más de principal que con el IVA correspondiente supone la cantidad de 5.881.977 ptas. objeto de la reclamación en la presente litis; siendo así que, en la medida en que tal extremo no ha sido objeto de debate, debe estimarse su pretensión y ello con independencia del resultado que arroja el dictamen pericial emitido por el arquitecto don Bernabé A.G. porque, como anteriormente se dejó expresado, el problema suscitado en la presente litis no es tanto el determinar si estaba o no incluido el 22% en las instalaciones como el de determinar si la Administración demandada cumplió o no con lo pactado.

Debe igualmente significarse que no es óbice a la anterior conclusión la cláusula de arbitraje a que se alude en la demanda pues, estando como estamos en el régimen jurídico de un contrato administrativo, dicha cláusula arbitral no puede impedir el control jurisdiccional del acto recurrido.<sup>14</sup>

Como antecedente directo de la actual regulación, la Ley 13/1995 de 18 de mayo de 1995, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, LCAP), disciplinaba la técnica del arbitraje en algunos de sus preceptos:

El artículo 61 disponía, en su número 2, que:

Artículo 61.- «El sometimiento a arbitraje se sujetará a los requisitos establecidos en la Ley General Presupuestaria o en las correspondientes normas de otras Administraciones Públicas».<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> RJCA 1999\89.

<sup>14</sup> El subrayado es nuestro.

<sup>15</sup> El último inciso se mantuvo pese a que el Consejo de Estado, en su dictamen n.º 1270, de 1 de diciembre de 1993, recaído sobre el Anteproyecto de la LCAP, indicaba



El artículo 117, en su apartado tercero, se refería a la posibilidad de aplicar el mecanismo arbitral a los contratos celebrados con empresas extranjeras, debiendo procurarse:

Artículo 117. -«Cuando las circunstancias lo aconsejen, la incorporación de cláusulas tendentes a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas sencillas de arbitraje. En estos contratos se podrá transigir previa autorización del Consejo de Ministros».

El artículo 146.2 de la Ley, referido al contrato de obras, en su redacción originaria señalaba, para el caso de que las modificaciones del contrato supusiesen la introducción de unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características difirieran sustancialmente de ellas, que los precios de aplicación de las mismas serían fijados por la Administración, y si el contratista no los aceptase:

Artículo 146.2. -«Deberá continuar la ejecución de las unidades de obra y los precios de las mismas serán decididos por una comisión de arbitraje en procedimiento sumario, sin perjuicio de que la Administración pueda, en cualquier caso, contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlas directamente. La composición de la comisión de arbitraje y el procedimiento sumario para establecer los precios se regularán reglamentariamente».

Con posterioridad, el Consejo de Estado, en el dictamen emitido sobre el Anteproyecto de Ley por el que se modifica la LCAP (dictamen n.º 4464, de 22 de diciembre de 1998), se mostraba partidario de la articulación y potenciación del arbitraje en el marco de la normativa específica sobre contratación administrativa. En palabras del órgano consultivo del Estado:

El Consejo de Estado comparte la opinión de que resultaría conveniente potenciar la figura del arbitraje, que en la actualidad únicamente se prevé con

---

la incorrección de aludir a las normas de otras Administraciones Públicas, lo cual equivale a decir normas reglamentarias, si bien las normas legales de las Comunidades Autónomas son las únicas que pueden establecer requisitos especiales.

carácter específico en el supuesto de contratos celebrados en el extranjero (artículo 117.3 de la Ley 13/1995).

Así, en el dictamen 214/92 ya se afirmó que el arbitraje constituía «una pieza importante para dirimir las contiendas que pudieran suscitarse entre los contratistas y la Administración, evitando que llegaran a revestir estado litigioso» y que sería positivo introducir con carácter general esta institución en el ámbito de la contratación administrativa, en el marco de lo dispuesto por los artículos 39 de la Ley General Presupuestaria y 105.3 del Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (hoy artículo 107.2 de dicha Ley).

No obstante, se trata de una cuestión que, en todo caso, requiere una importante reflexión y en la que necesariamente deberán tenerse en consideración aquellos criterios que garanticen la adecuada tutela del interés público.

### *III.2. Regulación vigente*

El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio de 2000 (en adelante, TRLCAP), contiene referencias expresas al arbitraje en términos análogos a los utilizados por su predecesora. Así, los artículos 60.2 y 117.3 del Texto Refundido son una reproducción de los artículos 61.2 y 117.3 de la Ley de 1995. No obstante, la alusión al arbitraje del artículo artículo 146.2, atinente al contrato de obras, ha sido suprimida por esta norma.

#### **A) El artículo 60.2 TRLCAP**

El artículo 60.2 TRLCAP efectúa una remisión genérica al arbitraje regulado en la Ley General Presupuestaria o en las correspondientes normas de otras Administraciones públicas.

Pues bien, el artículo 7.3 de la Ley 47/2003 de 26 de noviembre de 2003, General Presupuestaria (en adelante, LGP), con una redacción idéntica a la recogida en el artículo 39 de la norma a la que deroga, el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre de 1988, establece que «no se podrá 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 consecuencia, el arbitraje, en el contexto de los contratos públicos, se somete a los exigentes condicionamientos que establece la LGP y que obstaculizan su empleo, posibilitándose únicamente en el caso de que se haya dictado dicho Decreto, acordado por el Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en pleno.

Se han planteado algunos interrogantes relativos a la finalidad perseguida con la inclusión de tan severos requisitos, el ámbito de aplicación tienen las exigencias del artículo 7.3 LGP, y la consideración de aquél como arbitraje administrativo, en cuanto equivalente jurisdiccional.

Respecto a la primera cuestión, la finalidad de la introducción de estrictas limitaciones es evitar que la admisión del arbitraje se traduzca en una derogación de las prerrogativas administrativas en materia contractual. En este sentido, el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 104/81, de 28 de enero de 1982 señalaba que «el fundamento de ese control radica en que el arbitraje, desde que se da el supuesto en que procede produzca sus efectos, implica una derogación de la prerrogativa de interpretación y resolución de dudas que el artículo 18 de la Ley de Contratos del Estado otorga al órgano de contratación. Derogación que asimismo alcanzaría a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley de Contratos del Estado referida a la facultad que ostenta el órgano de contratación competente para resolver las cuestiones litigiosas surgidas sobre la interpretación, modificación, resolución y efectos de los contratos administrativos (en el mismo sentido el artículo 54 del Reglamento General de Contratación)».

Acerca del ámbito de aplicación del artículo 7.3 LGP, un sector doctrinal ha entendido que son extensibles no sólo a los contratos ad-

ministrativos (nominados o generales y especiales), sino también a los contratos privados, a través de los cuales pueden verse afectados también los derechos de la Hacienda Pública.<sup>16</sup>

En tercer lugar, ha sido destacado por algunos autores que el artículo alude a un verdadero «arbitraje administrativo», como equivalente jurisdiccional, unos, dada su ubicación seguidamente de la regulación de recurso contencioso-administrativo para los actos que agotan la vía administrativa (artículo 60.1)<sup>17</sup> y otros, en contraposición al «arbitraje» reconocido en el artículo 146.2 de la norma.<sup>18</sup>

De este modo, el artículo 60.2 del TRLCAP, siguiendo el camino trazado por la LCAP, instauraría un arbitraje en el sentido estricto del término, de carácter voluntario y con efectos de cosa juzgada.<sup>19</sup> Dicha institución arbitral difiere esencialmente de la establecida con carácter general en la Ley 30/1992<sup>20</sup> y por tanto, de aquélla cuya

---

<sup>16</sup> POZO VILCHES, J. «Arbitraje y Contratos Públicos». En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Madrid: Ed. Civitas, vol. IV, 2002, p. 6652, suscribiendo la tesis de PANTALEÓN PRIETO, A.F. *Enciclopedia Jurídica Básica*. Madrid: Ed. Civitas, vol. I, 1995, p. 530.

<sup>17</sup> MONTÓYA MARTÍN, E. «Reflexiones sobre los medios alternativos de resolución de los conflictos en la Administración Pública». En *Alternativas no jurisdiccionales...* *Op. cit.*, p. 211.

<sup>18</sup> ROSA MORENO, J. *El arbitraje Administrativo*. Madrid: Ed. McGraw-Hill, 1998, p. 108.

<sup>19</sup> En contra, LÓPEZ MENUDO, F. «Arbitraje y Derecho Público». En *Justicia Administrativa*, n.º 2, 1999, p. 13.

<sup>20</sup> La Ley 30/1992, de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, incorpora la figura del arbitraje en su artículo 107. 2, con la redacción siguiente: «Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, 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, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo.

aplicación a este campo había sido propugnada por la doctrina con anterioridad a la aprobación de la LCAP,<sup>21</sup> así como de la denominada actividad arbitral de la Administración.<sup>22</sup>

## B) El arbitraje y la contratación pública exterior

La regla general en materia cuando se trata de contratos celebrados por la Administración pública española con empresas extranjeras, es la competencia de los Tribunales españoles, ya que el artículo 79.2.d) TRLCAP obliga a las empresas extranjeras a someterse a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles cuando surjan incidencias directa o indirectamente del contrato, con renuncia, en su caso, al fuero jurisdiccional extranjero que pudiera corresponder al licitante.

Cuando la licitadora adjudicataria del contrato a formalizar en el extranjero sea una empresa española, el número 2 del artículo 117 prescribe que, en el mismo, se incluirán cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles.

---

En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado». El arbitraje regulado en la norma ha sido calificado como «semi-arbitraje administrativo», al dejar expedita la vía del recurso contencioso-administrativo, GALÁN VIOQUE, R. «El arbitraje de las obras públicas». En *Alternativas no jurisdiccionales...*, *Op. cit.*, p. 299. También se ha sostenido que constituye un «falso arbitraje» puesto que desempeña el mismo papel que los recursos administrativos de alzada o reposición a los que sustituye. Esto es, «se trata de un mecanismo compositivo preprocesal cuya finalidad es tratar de resolver el conflicto y evitar que sea necesario recurrir al proceso», al que le faltan los dos elementos irrenunciables que caracterizan al arbitraje según la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo; carácter voluntario y alternativo al proceso judicial, BUSTILLO BOLADO, R. *Convenios y Contratos administrativos...* *Op. cit.*, p. 320.

<sup>21</sup> Ariño defendía la creación de órganos administrativos técnicos e imparciales cuyas resoluciones tendrían carácter vinculante para ambas partes, sin perjuicio de su posible posterior impugnación ante los Tribunales para resolver cuestiones estrictamente jurídicas, ARIÑO ORTIZ, G. *La reforma de la Ley de Contratos del Estado*. Madrid: Ed. Unión Editorial, 1984, p. 170.

<sup>22</sup> Sobre la actividad arbitral de la Administración, PARADA VÁZQUEZ, R. *Derecho Administrativo I*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 15ª edic., 2004, pp. 525-554.

Es decir, en materia de contratación pública, en principio, cualquiera que sea la nacionalidad del contratista, los conflictos emanados del contrato serán conocidos por la jurisdicción de nuestros Tribunales.

No obstante, la Administración puede, según lo dispuesto en la Ley, someter las diferencias derivadas del contrato a arbitraje, aplicándose reglas diversas según se trate de empresas nacionales o extranjeras.

Respecto a los contratos administrativos celebrados por la Administración española fuera del territorio del Estado con empresas extranjeras, la inclusión de cláusulas arbitrales en los mismos, en principio, ofrece una opción beneficiosa para las partes, puesto que garantiza la neutralidad de la resolución. De esta forma, los contratistas extranjeros no estarán obligados a someterse a Tribunales de un país que no es el suyo, que aplican el Derecho interno del mismo, el cual les es desconocido. Esta situación crea cierta desconfianza en las empresas extranjeras adjudicatarias del contrato de que se trate.

El artículo 117.3. TRLCAP se refiere a la conveniencia del emplear este mecanismo de resolución de conflictos en este tipo de contratos. En estos casos, indica el precepto, que:

Artículo 117.3. -«Se procurará, cuando las circunstancias lo aconsejen, la incorporación de cláusulas tendentes a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas sencillas de arbitraje».

La citada norma contempla un supuesto excepcional en relación con lo establecido en el artículo 60.2 TRLCAP, consistente en la posibilidad de incorporar a los contratos celebrados en el extranjero con empresas extranjeras, fórmulas sencillas de arbitraje.<sup>23</sup> La particularidad de estas fórmulas frente a las establecidas en el artículo 60.2

---

<sup>23</sup> POZO VILCHES, J. «Arbitraje y contratos públicos». En *Estudios jurídicos... Op. cit.*, p. 6653.

TRLCAP consiste en que estos contratos no están sometidos a las gravosas exigencias que aquél contempla, sino basta que las partes contratantes incluyan en el contrato una cláusula de sumisión al arbitraje, sin sujetarse a aquéllas.

Frente a lo anterior, cuando el contratista de la Administración en el extranjero es una empresa española, el establecimiento de cláusulas arbitrales en los contratos precisará de la observancia de los requisitos establecidos en la LGP.

Esta regulación ha sido tachada de incoherente, ya que la Administración española está obligada a intentar esquivar la actuación de los Tribunales de otros países cuando contrata fuera de España con empresas extranjeras, mediante la sumisión a fórmulas de arbitraje. Sin embargo, cuando contrata con empresas nacionales, el empleo del arbitraje está sometido a los condicionamientos a los que se ha hecho mención.<sup>24</sup>

Esta incongruencia había sido advertida por el Consejo de Estado al dictaminar sobre el Anteproyecto de la LCAP.<sup>25</sup> En concreto, señalaba el Consejo Consultivo del Estado, en alusión al artículo 109.3 del Proyecto (artículo 117.3 LCAP) sostenía que:

Artículo 109.3. - «El precepto no suscita objeción en sí mismo; pero sí en su constreñimiento al ámbito de la contratación que se celebre en el extranjero, no haciéndose extensivo a la contratación con las

---

<sup>24</sup> Así lo ha manifestado GALÁN VIOQUE, quien apunta que esta preferencia por nuestros Tribunales carece de justificación. «Parece más dirigida a asegurar a nuestras administraciones la comodidad que les supone estar sujetas a un lento e ineficaz control de los Jueces y Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, a la vista del colapso que sufre esta jurisdicción, que a buscar fórmulas ágiles y efectivas que solventen con diligencia los conflictos que pueden surgir con los contratistas», GALÁN VIOQUE, R. «El arbitraje de las obras públicas». En *Alternativas no jurisdiccionales...* Op. cit., p. 304. En la misma línea, POZO VILCHES, J. «Arbitraje y Contratos Públicos». En *Estudios jurídicos...* Op. cit., p. 6653.

<sup>25</sup> Dictamen n.º 214 de 21 de mayo de 1992.

empresas nacionales como una pieza importante para dirimir las contiendas que pudieran suscitarse entre los contratistas y la Administración, evitando que llegaran a revestir estado litigioso. El Anteproyecto, atento en otros extremos a agilizar el régimen de la contratación pública y abierto en general a su renovación, parece acusar, sin embargo, en esta materia la rigurosidad con que se ha venido considerando tradicionalmente la posibilidad de someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los bienes o derechos del Estado, al no haber dado acceso a su ámbito al único precepto reglamentario que trata de aquella con carácter general».

Finalmente, Pozo Vilches se ha planteado la contradicción entre lo dispuesto en el artículo 117.3 TRLCAP y el artículo 79.2. d), duda que ha resuelto en sentido negativo, ya que, apunta, se trata de dos supuestos diferentes: el artículo 117.3, referido a contratos «celebrados y ejecutados» en el extranjero,<sup>26</sup> y el artículo 79.2.d), en alusión a contratos «celebrados» en territorio nacional.

### C) La supresión de la mención al arbitraje en el contrato de obras

Como adelantábamos, el TRLCAP no alude ya al empleo del arbitraje en los contratos cuyo objeto sea la ejecución de una obra pública.

Bajo la vigencia de la Ley de Contratos del Estado y su Reglamento, cuando las modificaciones del proyecto suponían la introducción de unidades de obra no comprendidas en el contrato o cuyas características eran sustancialmente diferentes de ellas, los precios de aplicación a las mismas eran fijados por la Administración a la vista de la propuesta del director de las obras y de las observaciones del contratista a esta propuesta en trámite de audiencia. Y si finalmente el contratista no aceptaba los precios aprobados, quedaba exonerado de ejecutar las nuevas unidades de obra y la Administración podía, bien contratarlas con otro empresario en los mismos precios

---

<sup>26</sup> Según esta visión, el contenido del artículo 117.3 sería idéntico al del derogado Decreto 1965, de 25 de noviembre.



que hubiese fijado, o bien ejecutarlas directamente.

El artículo 146.2 LCAP preveía que una comisión de arbitraje, creada al efecto, fuese la encargada de resolver las diferencias relativas al precio del contrato y, en concreto, en aquellas obras introducidas en ejercicio del *ius variandi* por parte de la Administración. De este modo, se garantizaba, frente a la regulación anterior, la continuidad del contrato y, por tanto, la preservación del interés público que subyace en obras de este carácter.

No obstante, la mención establecida en el último inciso («la composición de la comisión de arbitraje y el procedimiento sumario para establecer los precios se regularán reglamentariamente») no fue desarrollada por el gobierno. Al contrario, al año siguiente, el Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la LCAP, vigente hasta el día 26 de abril de 2002, disponía en su Disposición Transitoria Tercera que, hasta que se regulase la comisión de arbitraje, el contratista que no aceptase los precios fijados por la Administración conservaba la facultad que le confería el párrafo segundo del artículo 150 del Reglamento General de Contratación del Estado, volviéndose a la situación existente con anterioridad de la aprobación de la LCAP.

Dicha situación, en teoría transitoria, quedaba finalmente consolidada, al no haber sido las anteriores previsiones objeto de desarrollo reglamentario. Además, la posterior legislación sobre contratos cambia de posición respecto a esta cuestión, enfoque que aparece reflejado en el vigente artículo 146.2 del TRLCAP.

Sobre el tipo de arbitraje que contemplaba el artículo 146.2 LCAP, es generalmente aceptada la idea de que se trata de una figura distinta al arbitraje en su acepción tradicional, de un «trámite pseudoarbitral», «pseudoarbitraje» o «cuasiarbitraje»,<sup>27</sup> abonando esta idea dos de sus características fundamentales. En primer lugar,

---

<sup>27</sup> Términos referidos por BUSTILLO BOLADO, R. *Convenios y Contratos administrativos... Op. cit.*, p. 321.

la configuración de la intervención de la Comisión con carácter obligatorio para el contratista. Y, en segundo término, la posibilidad de impugnar la decisión de la comisión de arbitraje ante la jurisdicción contencioso-administrativa mediante la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo.<sup>28</sup> En definitiva, esta norma incorpora la posibilidad que ofrece el artículo 107.2 LPC de sustituir el recurso administrativo por un procedimiento arbitral. Pero no la extiende al control judicial posterior, entre otras razones porque, como apunta Huergo Lora, las diferencias relativas al precio del contrato no constituyen conflictos jurídicos y, por tanto, su resolución, no es competencia de los jueces.<sup>29</sup>

La inexistencia de referencias expresas al arbitraje en la vigente normativa reguladora del contrato de obras ha sido valorada negativamente por la doctrina, no tanto con motivo de la desaparición de la comisión de arbitraje en los términos en que aparecía configurada con anterioridad, como por la necesidad de la instauración de un arbitraje propiamente dicho, en sentido estricto del término, a este ámbito.

Acerca de la conveniencia de aplicar el arbitraje a este contrato en particular, Galán Vioque ha señalado motivos de diversa índole:<sup>30</sup>

a) Desde un punto de vista cualitativo, la complejidad que encierra

---

<sup>28</sup> ROSA MORENO, J. *El arbitraje Administrativo*. Op. cit., p. 108 y TORNOS MÁS, J. «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de conflictos administrativos». En *Revista de Administración Pública*, n.º 136, 1995, p. 174; HUERGO LORA, A. *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo*. Bolonia: Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 2000, p. 160.

<sup>29</sup> HUERGO LORA, A. *La resolución extrajudicial de conflictos...* Op. cit., pp. 161 y 162. Según ha expresado el autor, la Comisión arbitral se limita a completar el contrato, determinado uno de sus elementos jurídicos (el precio de las nuevas unidades de obras).

<sup>30</sup> GALÁN VIOQUE, R. «El arbitraje de las obras públicas». En *Alternativas no jurisdiccionales...* Op. cit., p. 307.

la ejecución de una obra pública, propicia los enfrentamientos entre Administración y contratistas.

- b) Desde una perspectiva cuantitativa, este contrato es utilizado habitualmente por las entidades públicas para formalizar los compromisos administrativos adquiridos.
- c) Desde la óptica del actual panorama jurisdiccional, el recurso a la jurisdicción contencioso-administrativa como cauce exclusivo para resolver las controversias que se deriven de un contrato administrativo de obras resulta absolutamente insuficiente.

### *III.3. Arbitraje y contratación pública en el régimen foral de Navarra*

En Navarra, la Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, por la que se adaptaba la legislación formal en la materia al derecho estatal (la LCAP), preveía la sumisión al arbitraje en materia contractual.

De este modo, en términos coincidentes con la LCAP, tras señalar, en el número 1 de su artículo 24, la posibilidad de interponer recurso contencioso-administrativo contra los acuerdos que pusieran fin a la vía administrativa, sujetaba el sometimiento a arbitraje a los requisitos establecidos en la Ley Foral de la Hacienda Pública o en las correspondientes normas de otras Administraciones Públicas. En consecuencia, para que pudiera recurrirse al arbitraje en los contratos celebrados por la Administración Navarra, sería preciso acuerdo del Gobierno de esta Comunidad, a propuesta del Consejo de Economía y Hacienda.

En segundo lugar, en lo concerniente a los contratos celebrados y ejecutados en el extranjero, la Disposición Adicional Tercera de la Ley 1998 disponía que éstos «se regirán por las normas que al respecto contiene la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», por lo que resultaban aplicables las reglas descritas con anterioridad.

Respecto a los contratos de obras, con una redacción análoga a la del artículo 146.2 LCAP, el artículo 122 de la norma preveía que la Comisión de arbitraje, dependiente de la Junta de Contratación Administrativa, resolviese las discrepancias en materia de fijación de precios por la Administración.

El desarrollo de la Ley, en cuanto a la regulación de la composición de la Comisión y del procedimiento sumario para establecer los precios, se efectuaría reglamentariamente, en virtud de lo establecido en el artículo 122.1, párrafo segundo. Además, la disposición adicional primera encomendaba al Gobierno de Navarra la promulgación de las disposiciones reglamentarias que considerase precisas para el desarrollo y ejecución de dicha Ley Foral.

A diferencia de lo que sucedió a nivel estatal, en el marco de la Comunidad Foral de Navarra se dictó el Decreto Foral 187/2002, de 19 de agosto, que regulaba aquéllas cuestiones.

Respecto al primer aspecto, la composición de la Comisión de Arbitraje, designada en cada caso por el Presidente de la Junta de Contratación Administrativa, según el Decreto, estaría integrada por Presidente, el Secretario de la Junta de Contratación Administrativa o un Letrado o Técnico de Administración Pública (Rama Jurídica) adscrito a la Sección de Contratación y Seguros del Servicio de Patrimonio del Departamento de Economía y Hacienda; un vocal técnico designado a propuesta del órgano de contratación que sea parte en el procedimiento de arbitraje; un vocal técnico designado a propuesta del contratista que sea parte en el procedimiento de arbitraje; un vocal técnico designado por la Junta de Contratación Administrativa; secretario, sin voz y sin voto, un funcionario administrativo adscrito a la Sección de Contratación y Seguros del Servicio de Patrimonio del Departamento de Economía y Hacienda del Gobierno de Navarra.

Además, se preveía que los miembros de la Comisión quedaban sometidos a las causas de abstención y recusación previstas en el artículo 28 de la Ley 30/1992.

En segundo lugar, el procedimiento para la fijación de precios cuando resultaba aplicable cuando, una vez determinados los precios por el órgano de contratación, el contratista manifestase su oposición a los mismos. En este caso, declarada la oposición del contratista ante el órgano de contratación, éste disponía de un plazo de 15 días para formular la solicitud de arbitraje ante la Junta de Contratación Administrativa.

El procedimiento constaba de dos fases:

#### INICIACIÓN

De acuerdo con el artículo 4 del Decreto, el procedimiento se iniciaba mediante solicitud del órgano de contratación ante la Junta de Contratación Administrativa, a la que se adjudicaba la resolución administrativa que fijaba los precios, la propuesta de nombramiento de vocal técnico por parte del órgano de contratación y por el contratista, así como una copia íntegra del expediente del contrato.

Una vez recibida la solicitud de iniciación, el presidente de la Junta de Contratación resolvía sobre el inicio del procedimiento, previa comprobación de que la solicitud se adecuaba al ámbito material de competencia de la Comisión. En la resolución de inicio se designaban los miembros de la Comisión, y se notificaba a los interesados (artículo 5.1).

#### RESOLUCIÓN

La Comisión de Arbitraje, en virtud del artículo 6, disponía de un plazo de un mes, contado a partir de la fecha de su constitución, para dictar el acuerdo dirimente, acuerdo que debía ser razonado, resolviendo todas las cuestiones suscitadas en materia de fijación de precios y notificado a los interesados, poniendo fin a la vía administrativa.

Transcurrido el plazo de un mes sin que la Comisión de Arbitraje hubiera adoptado el acuerdo, se entendería confirmada la resolución

administrativa que establecía los precios cuya fijación era competencia de la Comisión.

El dictamen n.º 34, del Consejo Consultivo de Navarra, con fecha 17 de junio de 2002, emitido sobre el Proyecto del Decreto Foral, estudiaba la legalidad de este último artículo. Este precepto suscitaba una serie de cuestiones, analizadas por el Consejo Consultivo:

- a) En primer término se observa que la decisión de la comisión de arbitraje causa estado o, en otros términos, pone fin a la vía administrativa.
- b) Tal disposición puede parecer, prima facie, contraria a lo dispuesto por el artículo 52.2 de la Ley Foral 23/1983, de 11 de abril, del Gobierno y Administración de la Comunidad Foral de Navarra (LFGA), según el cual contra los actos dictados por los órganos de la Administración de la Comunidad Foral procede el recurso de alzada ante el Gobierno. También el artículo 4.3 de la LFGA dispone que corresponde al Gobierno la facultad revisora en materia administrativa previa a la judicial.
- c) No obstante lo anterior, la redacción vigente del artículo 107.2 de la LRJPAC establece que «las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, 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, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo».
- d) Nos encontramos, pues, ante un procedimiento de arbitraje establecido por norma de rango suficiente (el artículo 122 la LFCAP) que sustituye al recurso de alzada ante el Gobierno, de acuerdo con lo previsto en la legislación de procedimiento administrativo común que es competencia exclusiva del Estado. Por tanto, tampoco existe reparo legal alguno al contenido de esta norma.

Por tanto, en materia de contratos de obras, el Decreto implantaba un sistema de arbitraje semejante al regulado con carácter general en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, un procedimiento de impugnación de actos administrativos alternativo al recurso de alzada y, por tanto, establecido con carácter obligatorio, manteniendo la posibilidad de interponer recurso contencioso-administrativo.

Las anteriores normas han sido derogadas por la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio de Contratos Públicos. Ésta, a diferencia de lo que ocurre

la legislación estatal (TRLCAP), continúa aludiendo al empleo del arbitraje en esta modalidad contractual.

En concreto el artículo 106 de la Ley, especifica que:

Artículo 106.- «En los contratos de obras cuando la modificación del contrato suponga la introducción de nuevas unidades no comprendidas en el contrato o cuyas características difieran sustancialmente de ellas, los precios se fijarán mediante negociación entre la Administración y el contratista. De no llegarse a un acuerdo el contratista podrá solicitar de la Junta de Contratación Pública un arbitraje para la fijación de éstos o bien desistir de la ejecución de las nuevas unidades».

Es decir, según la nueva legislación, en el contexto de la Comunidad Navarra, desaparece la Comisión de Arbitraje, siendo el órgano encargado de dirimir las diferencias surgidas acerca de la fijación de precios la propia Junta de Contratación Pública (antes Junta de Contratación Administrativa). De este modo, el artículo 208. 3 de la Ley recoge, entre las funciones propias de la Junta, la de:

Artículo 208. 3.- «Resolver los arbitrajes en materia de fijación de precios en los contratos de obras de la Administración» (letra g).

La novedad más destacable respecto al arbitraje contemplado en esta nueva norma es que aquél se formula como una opción para el contratista. Sin embargo, a pesar de la voluntariedad, entendemos que no es posible hablar de un verdadero arbitraje administrativo puesto que nada impide que el acuerdo de la Junta sea recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Falta, en consecuencia, la nota diferenciadora esencial del arbitraje, esto es, la fuerza de cosa juzgada.<sup>31</sup>

Por último, la normativa foral en materia de contratos establece garantías de independencia de los órganos arbitrales y especialización de sus integrantes. Así, la Junta de Contratación Pública, como órgano resolutorio común no estará sometido a instrucciones jerárquicas.

---

<sup>31</sup> TORNOS MÁS, J. «Medios complementarios...». *Op. cit.*, p. 174.

Además, los miembros de la Junta deberán tener, necesariamente, especial preparación en materia de contratación pública.<sup>32</sup>

#### IV. PERSPECTIVAS DE FUTURO

La legislación española en materia de contratación pública ha venido evolucionando hacia el reconocimiento del arbitraje en este ámbito, si bien esta normativa presenta enormes carencias e imprecisiones que limitan la efectividad práctica de aquellas previsiones.

Pese a que, en su momento, dichas insuficiencias fueron denunciadas por la doctrina, la actual normativa de contratos, lejos de aprovechar la ocasión de disciplinar el régimen jurídico del arbitraje, al que vuelve a dar acogida, contiene una regulación caracterizada por la dispersión y la confusión. Las referencias al arbitraje se hallan diseminadas por las normas, haciendo alusión a instituciones jurídicas diversas, sin un respaldo normativo, sin una regulación general que permita la articulación de estos mecanismos, en este caso, con el fin de resolver los conflictos surgidos en materia contractual.

Por todo ello, sin ignorar las dificultades constitucionales que atraviesa el establecimiento del arbitraje como alternativa jurisdiccional, ha de subrayarse la necesidad de que se apruebe una Ley de Arbitraje, en la que se establezcan las normas por las que haya de sustanciarse esta fórmula de resolución de conflictos. Así, deberán precisarse cuáles son las materias objeto de arbitraje en este ámbito, establecerse las normas donde se establezca el carácter unipersonal o colegial de los árbitros, el número y elección de los mismos, acerca de su actuación, sobre la posibilidad de adoptar medidas cautelares, procedimiento de adopción del laudo arbitral, ejecución del mismo, posibilidad de impugnación, etc.

---

<sup>32</sup> Como ha afirmado Rosa Moreno «el principio de especialidad se configura como garantía de imparcialidad de la función pública, esto es, como garantía de su neutralidad política»; «sin esta nota se desvanecería una esencial ventaja del arbitraje». ROSA MORENO, J. *El arbitraje administrativo. Op. cit.*, pp. 119 y 120.



## BIBLIOGRAFÍA

A.A.V.V.: Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de Derecho Público (IV Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía). Sevilla: Ed. Instituto Andaluz de Administración Pública, 2003.

ARIÑO ORTIZ, G. *La reforma de la Ley de Contratos del Estado*. Madrid: Ed. Unión Editorial, 1984.

BUSTILLO BOLADO, R. *Convenios y Contratos administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*. Navarra: Ed. Aranzadi, 2001.

FERRET I JACAS, J. «*Límites al arbitraje administrativo*», Revista Andaluza de Administración Pública, n.º 35, 1999.

HURGO LORA, A. *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo*. Bolonia: Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 2000.

LÓPEZ MENUDO, F. «*Arbitraje y Derecho Público*». En *Justicia Administrativa*, n.º 2, 1999.

PANTALEÓN PRIETO, A. F. *Enciclopedia Jurídica Básica*. Madrid: Ed. Civitas, vol. I, 1995.

PARADA VÁZQUEZ, R. *Derecho Administrativo I*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 15ª edic., 2004.

POZO VILCHES, J. «Arbitraje y Contratos Públicos». Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Madrid: Ed. Civitas, 2002.

ROSA MORENO, J. *El arbitraje Administrativo*. Madrid: Ed. McGraw-Hill, 1998.

TRAYTER, J. M. «El Arbitraje de Derecho Administrativo tras la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: nuevas perspectivas», La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1995.

«El arbitraje de Derecho Administrativo». *Revista de Administración Pública*, n.º 143, 1997.

TORNOS MÁS, J. «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de conflictos administrativos», *Revista de Administración Pública*, n.º 136, 1995.

## CAPÍTULO 5

### ARBITRAJE Y DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE

FRANCISCO JAVIER JUNCEDA MORENO



## Capítulo 5

### ARBITRAJE Y DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE

*Francisco Javier Junceda Moreno*

#### I.

Para cuantos compaginamos en nuestro diario quehacer las lides académicas con las profesionales, el asunto arbitral suele ser motivo de invariable referencia. Y no resulta demasiado complejo explicar esto: los abogados que cultivamos el derecho público en España hemos de vérnoslas cada vez con mayor frecuencia con un funcionamiento de la oficina judicial y de sus productos que dista mucho de lo ideal, con un paupérrimo saldo de eficiencia que después, hemos de encargarnos de trasladar a un cliente ya de por sí desconfiado ante una jurisdicción tan decepcionante.

El contencioso español es, hoy por hoy, lento, proclive inercialmente a potenciar la autotutela administrativa llevándola a límites hasta ahora insospechados y sobre todo, abiertamente susceptible de mejora en cuanto a la formación de sus operadores jurídicos, en especial de los juzgadores, con los debidos respetos y sin atisbo aquí de corporativismo alguno.

Lo que se acaba de indicar, empero, precisa con urgencia de alguna que otra matización.

Para empezar, y pese a la puesta en servicio de los juzgados de lo contencioso provinciales, y de su rearme competencial reciente,<sup>1</sup> es lo cierto que los pleitos ya no duermen siempre el sueño de los justos en los anaqueles de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, habiéndose experimentado aquí cierta agilización. No obstante, no resulta extraño seguir descubriendo dilataciones de los procesos en años, y no necesariamente en localidades con gran población. Ya se trate de asuntos de poca o mucha monta procesal o sustantiva, de elevada o mínima cuantía, continúa siendo pertinente preguntar a nuestros procuradores acerca de la prontitud o parsimonia de éste o de aquél juzgado. A salvo los procedimientos abreviados de los que conocen estos órganos unipersonales, y no de todos, los asuntos contenciosos prosiguen creando líquen cuando menos te des cuenta.

En las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, de la Audiencia Nacional y de nuestro más Alto Tribunal, la Sala Tercera del Supremo, el tiempo de respuesta se computa, como siempre, en términos cuasi geológicos. Muchos abogados podemos dar fe de la muerte de nuestros clientes antes de conocer un desenlace procesal procedente de estas magistraturas. Si, además, la instancia se ha desarrollado en algunas de estas marmóreas Salas, quien debe comprobar si está vivo cuando recibe una sentencia es el propio letrado.

Justicia lenta, por consiguiente.

La segunda observación viene dada por el incomparable desequilibrio advertido en orden al control de la autotutela administrativa. La presunción de legalidad de los sujetos públicos -y esto lo escribe quien ha ejercido y ejerce como Letrado para diversas Corporaciones-, se ha tornado con el tiempo en una suerte de patente de corso frente a la que

---

<sup>1</sup> En especial, a través de la modificación del artículo 8 de la Ley 29/1998 de 13 de julio de 1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, operada por la Disposición Adicional 14ª de la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre de 2003, B.O.E., n.º 309 de 26 de diciembre.

poco puede hacer el voluntarioso ciudadano y su inerme defensor. Y quienes tienen el deber de equilibrar tal presunción a parámetros racionales, prosiguen insistiendo en que debe mediar «sangre» para ganarle un pleito a la Administración.

Cuento con innumerables ejemplos de esto. Sentencias que consideran que una tosca tachadura en un documento público confeccionado por una mesa de contratación tras un concurso, restando puntos a una oferta y sumándolos a otra para que ésta logre un contrato que claramente tenía perdido, no es argumento suficiente de nulidad, al necesitar para ello que «el secretario del Ayuntamiento certifique que se ha procedido a tal tachadura». Sentencias que, en el curso de un procedimiento de responsabilidad patrimonial por los daños de un soldado en misión de paz en Bosnia al caer de un blindado en acto de servicio, juzgan que no procede la indemnización por no «haberse acreditado que el soldado hubiera resbalado por culpa de su calzado o del mal estado del blindado». Sentencias, en fin, que deniegan una pensión pública a quien ha demostrado no poder flexionarse lumbarmente y no poder calzarse, porque «existe calzado que no precisa ser atado ni abrochado». De todas estas decisiones cuento con el oportuno soporte probatorio.

Las Administraciones, en su consecuencia, precisan de haber llevado a cabo nulidades rayanas en la canallada, la indecencia o la bellaquería para ser condenadas en el actual contexto jurisdiccional contencioso, y ello, como es natural, sólo sucede en las películas de terror.

De cara al anónimo ciudadano, por consiguiente, la pugna con la urdimbre institucional pública se asemeja cada vez más a la mítica pugna entre David y Goliat, si bien el final de la leyenda rara vez coincide con el excepcional que conocemos. Debe hacer el demandante auténticas florituras para ver prosperar una acción, demostrar lo indemostrable, intentar un triple tirabuzón con doble escarpado, denunciar situaciones lacerantes si pretende conseguir algo, por mucho que tenga más razón que un Santo.

Justicia muy «casera»,<sup>2</sup> en definitiva.

Finalmente, la formación de los operadores jurídicos. Quienes nos dedicamos al cultivo del Derecho Administrativo, ora en la Academia, ora en el foro, nos conocemos bien. Hablamos el mismo idioma. Sabemos en dónde está el punto flaco de nuestra demanda o contestación. Conocemos el riesgo procesal y el *quid* de una concreta cuestión. Ganamos o perdemos el pleito, pero de antemano conocíamos el probable desenlace.

Al detectar al vuelo a profesionales que comparten nuestra misma faena, también lo hacemos con prestancia con quienes proceden de otros ámbitos. Un abogado civilista metido en harina contenciosa, así, no dedicará demasiado espacio de su demanda a la fundamentación jurídica de fondo. Quien extiende sus servicios procesales al ámbito laboral por su parte, también lucirá en sus escritos una parca fundamentación sustantiva.

Lo que sucede es que, de un tiempo a esta parte, se observa en la jurisdicción contenciosa la presencia de juzgadores que, quienes llevamos media vida dedicándonos «al Administrativo», no encontramos ni medianamente propios de este arduo menester.

Contamos, en este terreno, con otro sinfín de ejemplos de este patente déficit formativo. Sentencias que atribuyen disparatadamente la titularidad del dominio público marítimo terrestre a una Comunidad Autónoma; Sentencias que aplican principios generales del derecho civil donde existe una normativa específica de aplicación....

La «Justicia», que es como cariñosamente llamo a mi procurador cuando timbra en la puerta, cada día me trae más sobresaltos a mi bufete. Y eso los médicos no lo suelen recomendar, máxime cuando uno se va haciendo mayor.

---

<sup>2</sup> Dicho de un juez deportivo o de un arbitraje: Que favorece al equipo en cuyo campo se juega. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Real Academia Española*. 23ª edición.



Justicia de sustos, en fin.

En suma, el orden contencioso-administrativo en España transita a diario por algunos de estos entresijos, de estos terrenos movedizos, dejando en múltiples ocasiones en estado virginal toscas nulidades que habrían de haber desaparecido para mejor servicio del Derecho. Y, a pesar de todo, la demanda de esta jurisdicción sigue en aumento, acaso por la confianza que demuestran las buenas gentes a la idea de que nunca llovió que no escampase.

## II.

Como es natural, la institución del arbitraje no es una panacea capaz de resolver como por ensalmo los problemas y disfunciones del actual sistema judicial. No obstante, sí permite introducir variables de sumo interés, significativamente la disminución de plazos de respuesta, la flexibilidad en soluciones pactadas o concertadas, y hasta el mismo costo económico de las contiendas.

En punto a la primera cuestión, resulta evidente que la resolución de controversias por un árbitro o colegio arbitral contribuye de manera notable a desatascar el modelo de intervención jurisdiccional presente. La libre elección de árbitros, además favorece esta cuestión, al contarse con una oferta arbitral generosa, fundamentalmente compuesta por juristas que no nutren el poder judicial. Las partes enfrentadas, además, cada vez son más numerosas y plurales, cuestión ésta que los esquemas procesales actuales no están capacitados para asimilar con carácter ordinario.

En segundo término, y aun cuando en nuestra legislación adjetiva figuren cauces precisos para resolver los procedimientos de forma mediadora, suspendiendo en su caso aquellos en marcha o terminándolos en supuestos de acuerdo antes de la vista, no es menos cierto que las posibilidades que brinda un arbitraje a las fórmulas activas de entendimiento entre las partes parecen superiores y más efectivas. Réngase, a estos concretos efectos, que los árbitros suelen ser usual-

mente letrados, compañeros de fatigas de aquellos que les piden soluciones concretas. El componente profesional, pues, puede y es de hecho en múltiples casos decisivo a la hora de solventar las disputas sometidas a arbitraje. Los abogados no sólo dirigimos acciones, sino que previamente mediamos, tarea que encuentra su más propicio ambiente en el arbitraje.

Del mismo modo, existen múltiples asuntos con un grueso porte técnico, con una complejidad insusceptible muchas veces de ser abuelta por un tribunal utilizando las armas procesales habituales.

En fin, el coste económico del sistema arbitral tampoco debe menospreciarse. Las costas procesales, de discutible justificación en términos jurídicos y hasta éticos, salvo en el caso de las impuestas por temeridad o mala fe manifiesta, se presentan ante el justiciable como una sombra alargada en múltiples ocasiones disuasoria. Y esto no parece de excesivo recibo. Quien pleitea, normalmente intuye que tiene razones para hacerlo, cree con sentido común que le asisten argumentos en su beneficio, y posteriormente busca en el mercado de servicios jurídicos a un especialista honrado que le confirme este dato y le valore su costo, y sólo entonces se lanzará al foro. Así pues, excepto el querulante y su insensato abogado, nadie en su sano juicio se embarca en un proceso de incierto desenlace y del que puede salir económicamente trasquilado. Por eso mismo, condenar por el criterio del vencimiento a una parte procesal por no ver estimadas sus pretensiones, cuando en infinidad de ocasiones el fiel de la balanza se inclina en uno u otro sentido por meras cuestiones de matiz jurídico, nos parece distante de la Justicia con mayúsculas. Pese a que los jueces tienen a su disposición, claro, un margen de apreciación para imponer o no esa penalidad económica, se nos antoja excesiva onerosidad hacer pechar con las costas a quien tan sólo pretende encontrar una tutela judicial efectiva.

Además de lo relatado, el propio régimen de las costas procesales en España contribuye en alto grado a la congestión de la oficina judicial, y no digamos nada en el ámbito contencioso-administrativo. Las tasaciones, con sus subsiguientes impugnaciones, paralizan oficinas y per-

sonal, por no contar las horas dedicadas a las ejecutorias derivadas de las costas procesales.

Pues bien, un sistema como el arbitral en el que, de antemano, las partes pueden y deben conocer qué les va costar dirimir sus cuitas, y descontando de ellas costas y recargos innecesarios, debe ser bienvenido. Sabiendo con anterioridad qué va a suponerles en su esfera económica personal esa decisión, sin sorpresas de última o primera hora, los litigantes afrontarán con plena confianza y sin excesiva ansiedad el resultado del proceso, del cual tan sólo esperarán ganar, y nunca perder doblemente, como acontece con los expedientes judiciales en los que se desestiman las demandas y se hace pagar multiplicadamente por una misma cosa.

### III.

El asunto ambiental es sumamente propicio al sistema arbitral.<sup>3</sup> No son pocos los temas que, en esta materia, se resisten a admitir más de una conciliación de posturas. El punto de encuentro entre el desarrollo económico y la protección del medio natural es, en sí mismo, objeto primerísimo del arbitraje. No en vano ha dejado dicho con insistencia nuestro Supremo Intérprete de la Constitución que: «No puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de producción a toda costa, sino que se ha de armonizar la «utilización racional» de esos recursos con la protección de la naturaleza, todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar una mejor calidad de vida».<sup>4</sup>

Como se puede advertir, la clave de arco del derecho ambiental consiste justamente en la convergencia de factores económicos y ecológicos, como lo revelan cuantas proclamaciones internacionales existen y que

---

<sup>3</sup> Así lo sostiene un eminente cultivador del derecho ambiental español, ROSA MORENO, J. en diversos apartados de *El Arbitraje administrativo*. Madrid: McGrawHill, 1997.

<sup>4</sup> Así, Ss.T.C. 64/1982; 170/1989; 149/1991; 105/1995, entre otras.

se mueven, justamente, en esos delicados y a veces difuminados parámetros.

Pongamos un delicado ejemplo. La presencia del lobo en ciertos parajes del norte peninsular español está desde hace años diezmando la cabaña ganadera de ciertas áreas. El lobo, especie calificada normativamente como no cinegética y en cierto riesgo de desaparición, penetra en cercados y devora a bueyes y animales de corral ante la mirada desconcertada del ganadero, quien nada puede hacer toda vez que dar muerte al lobo podría acarrearle problemas legales, incluidos los penales por delito ecológico.

En este controvertido escenario, pues podrían y deberían aplicarse desenlaces propios del arbitraje, posibilitando al tiempo el estricto control cinegético de las poblaciones de estas especies salvajes y la preservación de las cabezas de ganado, indemnizando al tiempo por los daños sufridos por las sufridas gentes del entorno rural.

Pongamos otra muestra. Las poblaciones que residen, generación tras generación, en los espacios naturales protegidos, se ven asediadas de continuo por disposiciones y reglamentaciones que impiden hasta el mismo acceso rodado a sus propiedades, limitaciones impulsadas por inequívocas motivaciones ambientales pero que provocan problemas intentando solventar otros.

Este nuevo dilema bien podría ser también resuelto a través de fórmulas paccionadas derivadas de un arbitraje, facultando al propio tiempo el desarrollo de la vida en estos parajes y la defensa de la singular naturaleza que en ellos radica.

Indudablemente pues, el tema ambiental es significativamente idóneo para ser abordado desde el arbitraje, toda vez que, en nuestro entorno jurídico constitucional, no cabe la absolutización de la norma ambiental ni de aquella que propicia un mejo desarrollo económico, debiéndose siempre vetar cualquier actuación pública o privada unidireccional o radical en alguno de esos dos sentidos. Como aquí

prima la adecuada compaginación de la valores, el método arbitral es sin duda el más apto para conseguirlo.

#### IV.

En derecho comparado, y sin perjuicio de los estudios acerca del arbitraje en el ordenamiento alemán o galo,<sup>5</sup> la contribución de los Estados Unidos ha sido y es, de nuevo, decisiva. Al igual que ha sucedido con la concepción de herramientas legales básicas para otras instituciones del derecho ambiental (la creación de parques naturales, la evaluación de impacto ambiental, la codificación del derecho ecológico, los mecanismos de responsabilidad e incluso el comercio de derechos de emisión de ciertas sustancias contaminantes); en la Unión Americana cuentan con un sistema de resolución alternativa de conflictos, en sede administrativa ambiental.<sup>6</sup>

Este modelo, formalmente instituido por la *Administrative Dispute Resolution Act* (ADR) de 1990 y modificado en su versión de 1996, entre otras, prevé una panoplia de medidas alternativas a las jurisdiccionales para la resolución de conflictos, entre ellas, el arbitraje administrativo ambiental.

Este arbitraje ambiental norteamericano, en suma, ha sido y es usualmente utilizado por la Agencia de Protección Ambiental de ese país (EPA), en el marco de los mecanismos previstos distintas leyes, como

---

<sup>5</sup> Expuestos, desde la perspectiva de la transacción, entre otros, por HUERGO LORA, A. *La resolución Extrajudicial de Conflictos en el Derecho Administrativo*. Bolonia: Studia Albornotiana, 2000, pp. 41-50.

<sup>6</sup> Sobre este tema, véase SÁNCHEZ SÁEZ, A. «Reflexiones sobre la resolución alternativa de conflictos (ADR) en los Estados Unidos de América: su virtualidad en el Derecho Ambiental». En VV.AA., *Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de derecho público*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2003, pp. 317-334. También, DELGADO PIQUERAS. «La *Administrative Dispute Resolution* acta de los Estados Unidos». En *Revista de Administración Pública*, n.º 131, 1993, pp. 562 y ss.

en la CERCLA, en la Ley de Conservación y Recuperación de Recursos, en la de Planeamiento de Emergencia y del Derecho de Información, en la legislación del Aire limpio, en la Ley de control de polución de aguas o por las disposiciones sobre sustancias tóxicas y pesticidas. De hecho, la propia Agencia federal ambiental norteamericana utiliza como árbitros a sus propios empleados, no obstante el recurso a expertos externos.

En punto a su funcionalidad u operatividad concreta,<sup>7</sup> el arbitraje ambiental que nos ocupa parte de la suscripción por las partes de un contrato de compromiso o bien de la aplicación de una cláusula compromisoria preliminar (dependiendo del surgimiento o no del conflicto), por el que se deberá otorgar su consentimiento expreso a la fórmula arbitral. No existe en este modelo, por lo demás, limitación alguna en cuanto al objeto a someter a arbitraje, por cuanto la ley norteamericana antes citada establece una lista abierta de materias. La norma, en fin, atribuye al árbitro la cualidad de órgano «neutral», el cual habrá de seguir un procedimiento guiado por el principio contradictorio y la igualdad en la defensa de las partes, aunque tratando de evitar dilaciones indebidas impropias de sistemas flexibles como éste.

## V.

En nuestro ordenamiento jurídico-público español, la cuestión aquí abordada precisa aún del necesario desarrollo, tanto normativo como jurisprudencial y dogmático.<sup>8</sup> Sin perjuicio de las alusiones genéricas a la actividad arbitral de las Administraciones Públicas, cada vez más

---

<sup>7</sup> Estudiada, entre otros, por ROSA MORENO, J. *El Arbitraje administrativo*. Madrid: McGrawHill, 1997, pp. 91-95.

<sup>8</sup> En la doctrina *iusadministrativista* española, destacan las contribuciones de BUSTILLO BOLADO, *Convenios y Contratos administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*. Navarra: Aranzadi, 2001. LÓPEZ MENUDO, F. «Arbitraje y Derecho Público». En *Justicia Administrativa*, n.º 2, 1999. ROSA MORENO, J. *El arbitraje Administrativo*. Madrid: McGraw-Hill, 1998. TRAYTER, J.M. «El Arbitraje de Derecho Administrativo tras la Ley de Régimen

presente en la legislación sectorial,<sup>9</sup> la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada a medio de Ley 4/1999, de 13 de enero (LPC, en lo sucesivo), apenas se refiere formalmente al arbitraje en su artículo 107, 2, como una fórmula de sustituir medios impugnatorios del recurso administrativo, si bien el artículo 88 de la propia Ley regula también la denominada «terminación convencional del procedimiento». Por su parte, el artículo 77,1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, prevé la conciliación a través de la transacción, si bien bajo determinados criterios.

Con anterioridad a estas disposiciones, la legislación de Patrimonio del Estado comprendía el arbitraje como hábil instrumento para resolver contiendas suscitadas sobre los bienes y demás derechos patrimoniales del Estado, incluidos los derechos de la hacienda pública, si bien mediando autorización legal expresa o, en su caso, de acuerdo del Consejo de Ministros.

---

Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: nuevas perspectivas». En SÁNCHEZ MORÓN, M., TRAYTER JIMÉNEZ, J.M. y A. SÁNCHEZ BLANCO. *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 1995, y TORNOS MAS, J. «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de conflictos administrativos». En *Revista de Administración Pública*, n.º 136, 1995, entre otros. *Vid* reseña bibliográfica al final del trabajo.

<sup>9</sup> Así, Ley de 4 de mayo de 1998, de Ordenación del mercado del tabaco; artículo 3 del R.D. de 4 de febrero de 2000, sobre Inspección de Trabajo y Seguridad Social; artículo 29 de la Ley 16/1998 de defensa de la competencia, atribuida al Tribunal de Defensa de la Competencia; o en materia urbanística (Ley castellano-leonesa de 8 de abril de 1999, con funciones arbitrales a cargo del Consejo de Urbanismo y Ordenación del Territorio de esa región); o incluso fiscal (artículo 12, 2 D.L. 9/1994, de finanzas públicas de Cataluña). Igualmente, D.L. 2/2001, de Aragón, prevé el arbitraje como medio sustitutivo de recursos.

Constitucionalmente, y tras el advenimiento de la *Norma normarum* de 1978, ha sido declarado que no pueden existir espacios exentos al control judicial en el actuar administrativo (artículo 106, 1 CE, y S.T.C. 21/1981; 197/1988 y 18/1994, entre otras), y, también, que el monopolio de los jueces y tribunales en ese control (*ex* artículo 117,3 CE), supone que no pueda ser recibida en España ninguna fórmula de arbitraje forzoso que impida o dificulte la función jurisdiccional, como ha sido afirmado por el Tribunal Constitucional español al enjuiciar la labor arbitral de las Juntas de Arrendamientos Rústicos (S.T.C. 119/1993), de los laudos emanados de los conflictos colectivos (S.T.C. 11/1981), o de los censos (S.T.C. 56/1990).

De lo anterior se deduce, en consecuencia, la perfecta existencia de mecanismos de arbitraje a los que acogerse por parte de la Administración Pública, aunque nunca desplazando el decisivo rol jurisdiccional, que es justamente el «mal» que trata de paliar el arbitraje. El único arbitraje posible aquí sería, pues, el voluntario, desafortunadamente.

En trance de examinar con cierto grado de detalle la susceptibilidad de sometimiento a arbitraje de los sujetos públicos, se distingue entre el ámbito de su actividad privada, en donde no existe dificultad para aplicar la idea arbitral, si bien adaptando la ley 36/1988, de arbitraje, a las peculiaridades propias del derecho administrativo y que se trate propiamente de materias que sean de libre disposición de las partes;<sup>10</sup> del ámbito del arbitraje de Derecho Público, en donde acabamos de ver que está vedada la inexistencia de control judicial.

Con todo, existen específicas menciones legales al arbitraje en materias concretas, que serán objeto de análisis en otras partes de esta obra, como la contratación pública en materia de agua, energía, transportes y comunicaciones (servicios postales y telecomunicaciones), o tributos.

---

<sup>10</sup> V. *gr.*, la actuación de las sociedades públicas cuando actúan en régimen de derecho privado (S.T.S. de 6 de marzo de 1987, RJ. 1419).



## VI.

En la particular cuestión del arbitraje ambiental se cuenta tan sólo, que sepamos, con la de Protección general del Medio Ambiente del País Vasco, Ley 3/1998, de 27 de febrero, en cuyos artículos 19 a 21 se dispone que los procedimientos administrativos derivados de la aplicación de dicha Ley, exceptuando aquellos que versen sobre materias no sujetas a transacción, podrán concluir mediante acuerdo entre el solicitante y la Administración competente, pudiéndose optar por la negociación directa o a través de mediadores o conciliadores nombrados de común acuerdo.

La arquitectura institucional de este sistema de arbitraje ambiental vasco, pionero en España, pasa por confiar en una negociación entre Administración e interesados por término de tres meses, transcurridos los cuales sin lograr un acuerdo, la Administración resolverá definitivamente el expediente, pudiéndose sustituir el acto definitivo por la firma de un acta de conciliación o documento equivalente, cuyo contenido se formalizará como resolución definitiva.

A su vez, el artículo 20 de esta Ley establece que las resoluciones de carácter ambiental que no pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridas opcionalmente mediante los habituales recursos previstos legalmente, o bien solicitando una resolución por vía de mediación, conciliación o arbitraje, para lo cual la designación de los mediadores, conciliadores o árbitros se deberá hacer de común acuerdo y su actuación deberá darse antes de que se agote el plazo que con carácter general se haya establecido para la resolución del recurso.

Este acertado sistema de resolución de conflictos ambientales se cierra con los límites que figuran en su propia Ley reguladora, por cuanto, a decir del artículo 21 la Administración pública vasca deberá respetar, en la terminación convencional de los procedimientos o recursos, las disposiciones sustantivas del ordenamiento jurídico (por lo que se circunscribe el arbitraje a su modalidad jurídica, no de equidad); al interés general de protección ambiental, y, en fin, a los derechos de los terceros, eventualmente afectados por el acuerdo arbitral.

Este modelo, que juzgamos extensible a otras regiones, no se asemeja en su funcionalidad a los arbitrajes llevados a cabo por las Juntas arbitrales de consumo (Ley 36/1998, ó R.D. 636/1993) o las Juntas arbitrales de transporte (Ley 16/1997; R.D. 1211/1990), sino que los rebasa al convertir su cometido no en un mero laudo dirimidor de controversias, sino en un sustituto idóneo del propio acto administrativo, con su plena ejecutividad.

Así pues, ejemplos como el vasco bien podrían extenderse a las restantes regiones, posibilitando respuestas tempranas a asuntos cada vez más presentes en nuestras sociedades. No pueden nuestros pueblos confiar demasiado en las instituciones jurisdiccionales actuales, por las razones que antes nos ocuparon con algún detenimiento, y máxime en graves dilemas como los ambientales, tan necesitados de soluciones técnicas precisas y consensuadas.

## BIBLIOGRAFÍA

BUSTILLO BOLADO, R. *Convenios y Contratos administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*. Navarra: Aranzadi, 2001.

FERRET I JACAS, J. «Límites al arbitraje administrativo». En *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 35, 1999.

HUERGO LORA, A. *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2000.

LÓPEZ MENUDO, F. «Arbitraje y Derecho Público». En *Justicia Administrativa*, n.º 2, 1999.

ROSA MORENO, J. *El arbitraje Administrativo*. Madrid: McGraw-Hill, 1998.

TRAYTER, J. M. «El Arbitraje de Derecho Administrativo tras la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: nuevas perspectivas». En SÁNCHEZ MORÓN, M. TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. y SÁNCHEZ BLANCO, A. *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*, Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1995.

«El arbitraje de Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, n.º 143, 1997.

TORNOS MAS, J. «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de conflictos administrativos». En *Revista de Administración Pública*, n.º 136, 1995.

V.V.AA: *Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de Derecho Público (IV Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía)*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2003.

## CAPÍTULO 6

ARBITRAJE Y DERECHO PENAL:

¿VIABILIDAD DE UN ARBITRAJE EN MATERIA PENAL?

Rosa María Ventas Sastre



## Capítulo 6

### ARBITRAJE Y DERECHO PENAL:

#### ¿VIABILIDAD DE UN ARBITRAJE EN MATERIA PENAL?

*Rosa María Ventas Sastre*

I. El principio de oportunidad como demanda de *lege ferenda* para una aproximación al Arbitraje en materia penal.— II. Delitos susceptibles de Arbitraje: un reto en materia penal.— III. La mediación penal: ejemplo para un eventual Arbitraje penal.— III.1. Introducción.— III.2. ¿Qué se entiende por mediación penal?— III.3. El origen de la mediación.— III.3.1. La normativa internacional.— III.3.2. El principio de oportunidad.— III.3.3. El principio de intervención mínima.— III.4. Contenido de la mediación penal.— III.5. Programas de mediación en menores infractores.

#### **I. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD COMO DEMANDA DE *LEGE FERENDA* PARA UNA APROXIMACIÓN AL ARBITRAJE EN MATERIA PENAL**

En los últimos años asistimos en el ámbito de la Justicia a un incremento de problemas dentro de la denominada «crisis del sistema penal». Muchas veces la denuncia tiene su origen en un conflicto económico, que las partes pretenden resolver acudiendo a la Jurisdicción penal. Si bien es cierto que esta decisión es de todo punto lícita, también lo es el hecho de que en la práctica judicial diaria se produce en numerosas ocasiones una distorsión del sistema judicial, quedando el Derecho penal al servicio de cualquier cosa menos de la realización de sus principios inspiradores, entre otros, el principio de intervención mínima.

Sucede, más veces de las que sería deseable, que el control sobre este principio de intervención mínima, así como el de oportunidad del

proceso, pensemos que para determinados hechos delictivos las partes pueden desactivar el proceso penal a través del perdón del ofendido, escapa con demasiada frecuencia del control de la Justicia, para ser transferido a la libre voluntad de las partes y a sus meros intereses. La distorsión del proceso penal se produce cuando el logro del resarcimiento del perjudicado se obtiene precisamente mediante la amenaza de la pena, siendo ésta un mero instrumento para lograrlo.

Lo habitual es que sea la víctima quien inicie el proceso penal pero a veces, sucede que en el momento en que obtiene una reparación se aparta automáticamente del proceso. En este tipo de situaciones, es fácil que pierda firmeza la acusación pública o que, incluso, se mantenga simplemente a efectos formales. Existen casos, fundamentalmente en delitos de índole económica, donde los hechos no se denuncian precisamente porque se ha alcanzado un acuerdo, y si posteriormente se interpone denuncia, muchas veces será porque dicho acuerdo no llegó o no se cumplió, con lo que la finalidad última es instrumental, gira en torno al exclusivo interés de la víctima, y no al interés público en la persecución y castigo por parte del Estado de estas conductas delictivas.<sup>1</sup>

Por esta razón, se debe dar curso a un proceso de sustitución, al menos parcial, del proceso penal por el sistema de la mediación, dentro del amplio abanico de supuestos susceptibles de mediar. Para ello, se hace necesario introducir en nuestro sistema procesal penal el denominado «principio de oportunidad», siguiendo el modelo del Derecho procesal francés o portugués. No obstante, bastaría con acomodar este principio al proceso penal de adultos siguiendo el ejemplo de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que lo incorpora al Derecho español en materia de menores infractores.

---

<sup>1</sup> Problemas de esta índole, englobados en la conocida como «crisis del sistema penal», han sido denunciados, en base a su dilatada experiencia como Magistrado, por DEL RÍO FERNÁNDEZ, L. «El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad». En *Revista La Ley*, año XXVII, n.º 6520, 6 de julio de 2006, pp. 1-23.



El artículo 40 del Código de Procedimiento penal francés establece:

El artículo 40.- «El Fiscal recibe las querellas y denuncias y aprecia el curso a dar a las mismas».

Esto significa que es el Ministerio Público el titular de la acción penal, quien impulsa la instrucción y quien puede solicitar el sobreseimiento de las actuaciones, de forma motivada, si considera que los hechos son de escasa entidad y, por tanto, injustificada la continuación de la causa.

Mediante reforma por Ley 93-2 de 4 de enero de 1993, se añade la siguiente redacción al artículo 41 del Código de Procedimiento penal: «el Fiscal puede, con carácter previo a su decisión sobre la acción pública y con el acuerdo de las partes, decidir recurrir a una mediación si estima que tal medida es susceptible de asegurar la reparación del daño causado a la víctima, de poner fin al problema resultante de la infracción y de contribuir a la rehabilitación del autor de la infracción». Así, pues, la mediación penal en Francia está contemplada legalmente desde el año 1993, decidiendo el Ministerio Fiscal qué asuntos son susceptibles de mediación y cuáles no.

El Código de Procedimiento penal francés debería ser un claro referente para nuestros legisladores a la hora implantar en nuestro Ordenamiento jurídico el principio de oportunidad en el proceso penal, así como institucionalizar la mediación penal, tan demanda tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Esto permitiría también dar cabida al arbitraje en materia penal para determinados hechos delictivos, como podrían ser los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, que actualmente no son delitos privados y, por tanto, constituyen materia de Orden público, excluida por tanto del Arbitraje.

Partiendo de estas premisas, el objeto del presente trabajo es incidir en una eventual viabilidad del Arbitraje en determinadas materias penales, fundamentalmente en los delitos privados o semipúblicos cuyo origen sea un conflicto económico. No obstante, por las dificultades que conllevaría su implementación en la práctica forense, y a fin de

que irrumpa con vocación de permanencia, como de hecho está sucediendo con la mediación penal, resulta imprescindible, para dar un paso adelante en esta dirección y abrir una brecha por donde tuviera cabida la arbitrabilidad de determinadas controversias penales, además del reconocimiento del principio de oportunidad, como ya hemos apuntado, que todos los operadores jurídicos profundicen más en esta ambiciosa alternativa, anticipando ventajas, cuestiones conflictivas, así como estudiando el Derecho comparado, fundamentalmente el anglosajón, donde ya existe la posibilidad de arbitrar materias de Orden público.<sup>2</sup>

## II. DELITOS SUSCEPTIBLES DE ARBITRAJE: UN RETO EN MATERIA PENAL

La denominación delitos privados o semipúblicos responde a la exigencia del Código penal de interponer previamente una denuncia o querrela por parte de la persona agraviada, de su representante legal o, en su caso, el Ministerio Fiscal,<sup>3</sup> para que el Juez pueda proceder contra estos hechos. Los supuestos son los siguientes: delito de reproducción asistida en una mujer sin su consentimiento<sup>4</sup> delito de agresión, acoso o abusos sexuales,<sup>5</sup> delito de descubrimiento

---

<sup>2</sup> En aras a la brevedad que preside este estudio, posponemos para un trabajo ulterior el análisis del Derecho anglosajón, dejando al menos apuntado esta posibilidad de arbitrar materias de Orden público («Trebel Damages» y «Punitive Damages»).

<sup>3</sup> En el supuesto de que la persona agraviada sea menor de edad, incapaz o persona desvalida.

<sup>4</sup> Para proceder por este delito será preciso, según establece el artículo 161.2 del Código penal, «enuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal».

<sup>5</sup> El tenor literal del artículo 191.1 del Código penal dispone: «para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal».

y revelación de secretos,<sup>6</sup> delito de injurias y calumnias,<sup>7</sup> delito de abandono de familia, menores o incapaces,<sup>8</sup> daños causados por imprudencia grave,<sup>9</sup> delitos relativos al mercado y a los consumidores, salvo que afecte a intereses generales o a una pluralidad de personas,<sup>10</sup> delitos societarios,<sup>11</sup> falta de amenazas, coacciones, injurias y vejaciones de carácter leve,<sup>12</sup> falta de lesiones del artículo

---

<sup>6</sup> De conformidad con el artículo 201 del Código penal, será necesario para proceder contra los delitos de descubrimiento y revelación de secretos: «denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal».

<sup>7</sup> El artículo 215 del Código penal señala que «nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal. Se procederá de oficio cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo».

<sup>8</sup> Como preceptúa el artículo 228 del Código penal, estos delitos «sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal».

<sup>9</sup> Artículo 267 del Código penal: «Los daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros, serán castigados con la pena de multa de tres a nueve meses, atendiendo a la importancia de los mismos. Las infracciones a que se refiere este artículo sólo serán perseguidas previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. El Ministerio Fiscal también podrá denunciar cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida».

<sup>10</sup> Para poder perseguir estos delitos, el artículo 287 del Código penal preceptúa que «será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a intereses generales o a una pluralidad de personas».

<sup>11</sup> Los hechos tipificados como delitos societarios sólo serán perseguibles, de conformidad con el artículo 296 del Código penal, «mediante denuncia de la persona agraviada o de su representantes legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida también podrá denunciar el Ministerio Fiscal».

<sup>12</sup> El artículo 620 del Código penal exige para proceder contra estos hechos «denuncia de la persona agraviada o de su representantes legal [...] cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 [...] no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias».

147.2<sup>13</sup> causadas por imprudencia grave; muerte de otra persona constitutivo de falta, al ser cometida por imprudencia leve, y falta de lesión constitutiva de delito cometida igualmente por imprudencia leve.<sup>14</sup>

En todas estas infracciones penales sería posible llevar a cabo un procedimiento de mediación con anterioridad a la formulación de la imputación, siempre que las partes así lo decidiesen voluntariamente. Ahora bien, en mi opinión también sería factible someter a Arbitraje aquellos delitos privados o semipúblicos que hayan ocasionado un conflicto económico, como el descubrimiento y revelación de secretos, daños causados por imprudencia grave, delitos relativos al mercado y a los consumidores, salvo que afecte a intereses generales o a una pluralidad de personas, delitos societarios, e incluso la falta de lesiones del artículo 147.2 causadas por imprudencia grave o la falta de lesión constitutiva de delito cometida por imprudencia leve, en la medida que la pena en ambas faltas es de naturaleza básicamente indemnizatoria.

El fundamento de esta postura inédita lo encontramos en el artículo 2 de la Ley de Arbitraje,<sup>15</sup> cuyo tenor literal establece:

Artículo 2..-«Son susceptibles de Arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho».

Llegados a este punto, deberíamos cuestionarnos si los delitos privados o semipúblicos son materias de libre disposición. Ateniéndonos a la redacción del Código penal, salvo que se trate de un menor de edad, incapaz o una persona desvalida, en cuyo caso también puede

---

<sup>13</sup> El artículo 147.2 del Código penal preceptúa: «El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico».

<sup>14</sup> Estas tres últimas infracciones constitutivas de falta también requieren para su persecución, según dispone el artículo 621.6 del Código penal, «denuncia de la persona agraviada o de su representantes legal».

<sup>15</sup> Ley 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje.

interponer la denuncia el Ministerio Fiscal y, por tanto, la materia sería de Orden público, podemos afirmar que los delitos privados o semipúblicos son materias de libre disposición, al quedar a la libre voluntad del ofendido o agraviado el ejercicio de la acción penal. Así, pues, nada impide la posibilidad de que las partes, de común acuerdo, puedan someter estas infracciones privadas o semipúblicas, cuyo origen sea económico, a nuevos mecanismos de solución de conflictos como el Arbitraje, ya se trate de un Arbitraje en materia de Derecho societario, Derecho de los consumidores y usuarios, Derecho de la competencia etc., máxime cuando el Arbitraje sigue siendo en la actualidad un término vago e impreciso cuyo objeto material está aún por determinar.

En cualquier caso, en materia de delitos privados o semipúblicos si las partes optan tanto por la mediación, con anterioridad a la formulación de la imputación de los hechos, como por el Arbitraje, no cabe duda de que la resolución del conflicto habrá sido de todo punto extrajudicial, al margen del Órgano judicial.

### III. LA MEDIACIÓN PENAL:<sup>16</sup> EJEMPLO PARA UN EVENTUAL ARBITRAJE PENAL

#### *III.1. Introducción*

En el contexto de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LORRPM)<sup>17</sup> la reparación del daño causado<sup>18</sup> y la conciliación del delincuente con

---

<sup>16</sup> En materia de mediación penal de adultos, cabe destacar por su importancia, novedad y éxito obtenido, la experiencia piloto implantada en el año 2006 en el Juzgado de lo penal n.º 20 de Madrid. Hasta la fecha han sido numerosos los acuerdos alcanzados entre las partes (entre otras, Sentencia de 3 de marzo de 2006, 5 de mayo de 2006, 19 de julio de 2006, 26 de octubre de 2006, 26 de diciembre de 2006 etc.)

<sup>17</sup> BOE n.º 11, de 13 de enero de 2000.

<sup>18</sup> La mediación penal, consistente en la reparación del daño a la víctima, tiene que reunir los siguientes requisitos, según ha ido precisando en los últimos años la jurisprudencia: 1. Ha de ser efectiva. Por ejemplo consignando en la cuenta del Juzgado las cantidades sustraídas (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segun-

la víctima revisten un interés particular. Son mecanismos o medidas de intervención informal que permiten, en aras al principio de oportunidad e intervención mínima, sobreseer el expediente, siempre que el menor infractor haya cometido un hecho delictivo de escasa importancia sin violencia o intimidación. La LORRPM concede así, al menos para estas infracciones, un claro predominio de los criterios educativos y resocializadores sobre los de defensa social, basados esencialmente en la prevención general.

### *III.2. ¿Qué se entiende por mediación penal?*

La Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal,<sup>19</sup> nos da la clave al definir la mediación en causas penales como «la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción en la que medie una persona competente» (artículo 1.e).

Más exhaustivamente, la mediación penal se puede definir como un proceso de interacción entre el delincuente y la víctima donde interviene un tercero, que no es árbitro, ni juez, sino que tan sólo contribuye a que otros decidan y se pongan de acuerdo en la adopción de una solución no punitiva ante el conflicto delictivo planteado. La solución acordada quedará conformada con dos elementos básicos: la conciliación y la reparación,<sup>20</sup> siendo la finalidad última perseguida por la

---

da, de 17 de octubre de 1998 y 26 de abril de 1999). 2. Es posible una reparación parcial, en función de la capacidad reparadora del sujeto activo (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 23 de diciembre de 1999). 3. No es necesario que sea integral, pero sí sustancial (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 12 de febrero de 2000) o relevante (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 26 de abril de 1999). 4. Puede ser simbólica, en los casos de petición de perdón (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 8 de noviembre de 1994 y 28 de octubre de 1995). 5. Su aplicación debe ser solicitada expresamente (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 23 de diciembre de 1999).

<sup>19</sup> Actos adoptados en aplicación del Título VI del Tratado de la Unión Europea.

<sup>20</sup> Cfr. ROLDÁN BARBERO, H.: "La mediación penal: entre el orden legal y la voluntad de mejorar", en *Revista penal*, n.º 11, enero 2003, pp. 118.

mediación el llegar a alcanzar una Justicia restaurativa, que sustituya a la vindicativa a través de un acuerdo no retributivo entre ofensor y víctima. Con ello se conseguirá además restablecer la estabilidad jurídica quebrada por la comisión del hecho delictivo.

La importancia de la mediación ha sido puesta de relieve, además de en la normativa internacional que analizaremos a renglón seguido, en el artículo 10 de la citada Decisión Marco, que bajo la rúbrica «mediación penal en el marco del proceso penal», señala que:

Artículo 10.- «1. Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida. 2. Los Estados miembros velarán porque pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpa-do que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales».

En cuanto a la aplicación efectiva de la mediación en nuestro país, dispone el artículo 17 de la Decisión Marco que «los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado en la presente Decisión Marco, en lo que se refiere al artículo 10, a más tardar el 22 de marzo de 2006».

Así pues, hasta el próximo 22 de marzo de 2006 hay de plazo para que todos los países miembros de la Unión Europea, si aún no lo han hecho, incorporen la mediación a su Derecho interno.

### *III.3. El origen legal de la mediación*

Hasta la fecha, el reconocimiento legal de la mediación se circunscribe exclusivamente al ámbito del Derecho penal de menores, ya que la primera y única referencia legal a este término se encuentra en la LORRPM,<sup>21</sup> siendo por tanto relativamente reciente.

---

<sup>21</sup> Ésta es la razón por la que ha sido el Derecho penal de menores el ámbito en el que han venido desarrollándose la mayoría de los mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos. Esto ha convertido a la Justicia juvenil, como señala TAMARIT SUMALLA, en un campo de experimentación de nuevas prácticas criminológicas y

Ahora bien, sin pretender obviar el mérito de esta Ley, pionera en reconocer la mediación y adoptarla a nuestro Derecho, no podemos olvidar que fue la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores (en adelante LORCPJM) la primera que introdujo en nuestro Ordenamiento una actuación extrajudicial. En efecto, el legislador de la LORCPJM consideró que no era necesario dar una respuesta al menor infractor en el supuesto contemplado en el artículo 15.1.Regla 6ª. Es decir, que una vez emitido el informe del Equipo técnico y remitido por el Fiscal al Juez de Menores, éste, a propuesta del Fiscal, podía dar por concluido la tramitación del expediente «atendiendo a la poca gravedad de los hechos, a las condiciones o circunstancias del menor, a que no se hubiese empleado violencia o intimidación, o que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima». Igualmente, la Exposición de Motivos de la Ley otorgaba amplias facultades al Juez «en orden a acordar la terminación del proceso con el objetivo de evitar, dentro de lo posible, los efectos afflictivos que el mismo pueda llegar a producir».

Por consiguiente, fue la LORCPJM la primera en otorgar amplias facultades al Ministerio Fiscal para acordar la terminación del proceso, en orden a impedir, dentro de lo posible, los efectos estigmatizantes que el mismo pudiese llegar a ocasionar al menor.

En cuanto al Derecho penal de adultos el término mediación, como hemos destacado anteriormente, tan sólo se encuentra anunciado en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal<sup>22</sup>. Esto no significa que en la práctica no hayan existido experiencias de este tipo a través de una Justicia penal negociada, tal y como ha venido suce-

---

político-criminales. Cfr. TAMARIT SUMALLA, J.M. «La mediación reparadora en la Ley de responsabilidad penal del menor». En VVAA.: *Justicia penal de menores y jóvenes. Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación*. Valencia, 2002, p. 47.

<sup>22</sup> Como destaca NIETO MARTÍN, A., en VVAA.: «Mediación penal y Justicia alternativa». En *Revista penal*, n.º 15, 2005, p. 208, la mediación ha sido una institución que tradicionalmente ha tenido un escaso reconocimiento en el Derecho penal español.



diendo principalmente en Cataluña, Comunidad pionera en la puesta en práctica de la mediación, concretamente a partir de 1990.<sup>23</sup> Pero en estos casos, ha existido el problema de la falta de reconocimiento legal.

### *III.3.1. La normativa internacional*<sup>24</sup>

Ya con anterioridad a la reiterada Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, distintos organismos internacionales habían venido aconsejando desde la década de los 80 la conveniencia de adoptar un sistema de mediación. En el marco de la Justicia juvenil también destacaron la prevalencia del tratamiento de naturaleza educativa sobre los efectos negativos de la prisión. En este sentido, la Resolución 78 (62) del Consejo de Europa sobre transformación social y delincuencia juvenil, adoptada por el Comité de Ministros el 29 de noviembre de 1978, recomendaba a los Gobiernos: revisar las

---

<sup>23</sup> Sobre la importancia de la mediación, cfr. GIMÉNEZ SALINAS I COLOMER, E. «La mediación en el sistema de Justicia juvenil: una visión desde el Derecho comparado». En *Eguzkilore*, n.º 10, San Sebastián, diciembre 1996, p. 203; MARTÍNEZ GUIJARRO, J.L. «La Ley del Menor de Castilla-La Mancha». En *Justicia con menores infractores y menores víctimas*, coordinado por MARTÍN LÓPEZ, Universidad de Castilla-La Mancha, 2000, pp. 143-164.

<sup>24</sup> Además de la citada en este apartado, resulta de interés en el ámbito del Derecho penal de menores, y respecto de la materia que nos ocupa, la siguiente normativa: Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil (Direcciones de Riad). Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990, de la Asamblea General de las Naciones Unidas; 2. Reglas para la protección de los menores privados de libertad. Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, de la Asamblea General de las Naciones Unidas. En cuanto a las Resoluciones de Derecho comunitario, destacan: Resolución del Parlamento Europeo A3-314/91, de 13 de diciembre, sobre los problemas del niño en la Comunidad europea; Resolución del Parlamento europeo A3-172/92, de 8 de julio, sobre la Carta europea de Derechos del niño. Otros documentos del Consejo de Europa, también relevantes en esta materia, son los correspondientes a la 44 Sesión plenaria, del 29 de mayo al 2 de junio de 1995, del Comité europeo sobre los problemas criminales y el Informe sobre la aplicación de la Recomendación n.º (87) 20 sobre las reacciones sociales a la delincuencia juvenil, así como la Recomendación n.º R (88) 6 sobre las reacciones sociales a la delincuencia juvenil entre jóvenes procedentes de familias inmigrantes.

sanciones y otras medidas aplicadas a los jóvenes e incrementar su contenido educativo y social; limitar las sanciones y otras medidas que entrañen privación de libertad, así como desarrollar métodos alternativos de tratamiento.

Adentrándonos ya en materia de mediación, el Consejo de Europa ha realizado diferentes Recomendaciones<sup>25</sup> a los Gobiernos de los Estados miembros para que utilicen métodos alternativos de solución de conflictos. A título de ejemplo, la Recomendación (85) 11, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el de 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del proceso penal, recomienda examinar las ventajas que pueden presentar los sistemas de mediación y conciliación. Por su parte, la Recomendación (87) 20, de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Reacciones sociales ante la delincuencia juvenil, cuya Regla II se refiere a la desjudicialización, recomienda: alentar el desarrollo de los procedimientos de mediación, a fin de evitar a los menores las consecuencias derivadas del sistema de Justicia penal; asegurar la aceptación por el menor de las eventuales medidas que condicionan la desjudicialización y, si es preciso, la colaboración de su familia; por último, recomienda conceder una adecuada atención tanto a los derechos de la víctima como a los del menor. Por último, la Recomendación (87) 21 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de septiembre de 1987, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización, recomienda: fomentar las experiencias de mediación entre el delincuente y su víctima y evaluar los resultados examinando, en particular, en qué medida se preservan los intereses de la víctima.

Igualmente las Naciones Unidas, a través de su Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985, por la que se aprueban las Reglas Míni-

---

<sup>25</sup> Las Recomendaciones del Consejo de Europa, que se realizan en virtud del artículo 15.b del Estatuto, aunque no tienen carácter vinculante para el legislador, ya que no forman parte de nuestro Derecho positivo, son sin embargo de gran importancia, ya que inspiran la actuación de nuestros Poderes públicos.

mas sobre la Administración de la Justicia de Menores, más conocidas como Reglas de Beijing<sup>26</sup>, han alentado a los Estados miembros para que incorporen la mediación a su Derecho interno.

### *III.3.2. El principio de oportunidad*

Llama poderosamente la atención la relación existente entre el escaso y reciente reconocimiento legal de la mediación penal y, en cambio, la amplitud de experiencias prácticas que se han realizado hasta la fecha. Precisamente, esto ha sido posible en aquellos países cuyos Ordenamientos jurídicos tienen reconocido el principio de oportunidad<sup>27</sup>, como es el caso de Nueva Zelanda, que ha convertido la mediación en la forma habitual de resolver conflictos en el ámbito del Derecho penal de menores.<sup>28</sup>

En España también se han llevado a cabo diversas experiencias en mediación penal, principalmente en el marco de la Justicia juvenil en la Comunidad Autónoma de Cataluña.<sup>29</sup> La LORCPJM, mediante el reconocimiento implícito del principio de oportunidad, hizo habitual la práctica de la mediación en el Derecho penal de menores, aunque el término mismo no se recogiera.

Siguiendo la misma línea que la anterior, La LORRPM acoge el principio de oportunidad, que es en definitiva la vía que permite poner

---

<sup>26</sup> En cuanto al alcance de estas Reglas, pese a que no forman parte de nuestro Derecho positivo, deben sin embargo ser tenidas en consideración por los Poderes públicos, tal y como ha manifestado el Tribunal Constitucional.

<sup>27</sup> Véase un interesante estudio de este principio en GARCÍA PÉREZ, O. «Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil: un análisis crítico». En *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª Época, num. 3 (1999), pp. 49 y 50. Otro estudio detallado sobre el principio de oportunidad en GONZÁLEZ CANO, M.I. «Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores». En *Tribunales de Justicia* 2000/7, pp. 827-844.

<sup>28</sup> Cfr. ROLDÁN BARBERO, H. «La mediación penal: entre el orden legal y la voluntad de mejorar». *Cit.*, p. 119.

<sup>29</sup> Un estudio de la mediación en esta Comunidad Autónoma en: DELGADO MARTÍN, J. «La mediación de la Justicia de Menores. Una experiencia positiva». En *Actualidad penal*, n.º 1-5, enero 1998, pp. 19-24.

en práctica el mecanismo de la desjudicialización,<sup>30</sup> evitando al menor infractor el proceso penal formal a través de actividades fuera del marco judicial. Con ello, se da cumplimiento a la Recomendación de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) y a la Recomendación n.º (87) 20, de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Reacciones Sociales ante la Delincuencia Juvenil, que en su Regla II, como ya hemos dejado constancia, recomienda «alentar el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y de mediación [...] a fin de evitar a los menores la asunción por el sistema de Justicia penal y las consecuencias derivadas de ello [...]».

En virtud del principio de oportunidad se ofrece al titular de la acción penal, esto es el Ministerio Fiscal, la posibilidad de no ejercitarla, lo que en el artículo 18 de la LORRPM se denomina «desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar», siempre y cuando:

Artículo 18.- «Los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, o faltas, tipificados en el Código penal o en las Leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley».<sup>31</sup>

Aunque la Ley no haga referencia, el Ministerio Fiscal deberá motivar su decisión de no ejercitar la acción penal en los supuestos previstos en este artículo, dada la importancia que significa desistir de la incoación del expediente.

---

<sup>30</sup> Un interesante estudio sobre la desjudicialización, en BERNUZ BENEITEZ, M. J. «La conciliación y la reparación en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Un recurso alternativo o complementario a la Justicia de Menores». En *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª Época, n.º 8 (2001), pp. 263-294.

<sup>31</sup> Este artículo establece: «Cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. El Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación y dicha entidad habrá de promover las medidas de

No obstante la importancia del citado artículo 18, lo que constituye la piedra angular de la mediación en el ámbito del Derecho penal de menores es el artículo 19 de la LORRPM, que regula el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima, siendo éstas las medidas de intervención informal. Para ello, se atenderá, según reza el citado artículo «[...] a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos [...]. El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta».

### *III.3.3. El principio de intervención mínima*

Además del principio de oportunidad, no podemos dejar pasar por alto la importancia del principio de intervención mínima consagrado a lo largo de todo el articulado de la LORRPM (Artículos 14, 18, 19, 40 o 51), y anteriormente en la LORCPJM (Artículo 15.1. Regla 6ª).

Es por todos conocido que el principio de intervención mínima debe regir y limitar el poder punitivo del Estado. Este principio se refiere a la restricción de la iniciación y celebración del proceso. En realidad, ambos principios, tanto el de oportunidad como el de intervención mínima, son los que permiten al Ministerio Fiscal instar y al Juez acordar la finalización del proceso, acudiendo para ello a otras vías, como la conciliación y reparación, que facilitan una efectiva reinserción del menor, además de una satisfacción a la víctima.

### *III.4. Contenido de la mediación penal*

El contenido de la mediación penal gira en torno a los siguientes elementos claves: la conciliación,<sup>32</sup> la reparación del daño causado a la víctima, o la prestación de un trabajo o servicio a la comunidad.

---

protección adecuadas a las circunstancias de aquél conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero».

<sup>32</sup> En algunas ocasiones se ha denominado perdón. Por nuestra parte, dadas sus connotaciones morales, preferimos utilizar el término conciliación.

Al margen de la mediación, el tercer y último elemento constituye en el Derecho penal de adultos un deber o regla de conducta que puede imponer el Juez durante el período de prueba de la suspensión condicional de la pena<sup>33</sup>. En el ámbito del Derecho penal de menores también se encuentra recogido en el artículo 7.1.j de la LORRPM,<sup>34</sup> precepto que enumera todas las medidas susceptibles de ser impuestas al menor infractor.

Entrando ya de lleno en el contenido de la mediación en el ámbito del Derecho penal de menores, la reparación del daño causado y la conciliación con la víctima presentan el común denominador de que el ofensor y el perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa. La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón. En la reparación el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que requiere algo más: el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones adaptadas a las necesidades del sujeto, siendo en este caso el beneficiario la propia víctima o perjudicado.<sup>35</sup>

A los efectos del artículo 19 de la LORRPM, se considerará producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se

---

<sup>33</sup> En este sentido, el artículo 83.1.Regla 5ª del Código penal de 1995 condiciona la suspensión de la ejecución de la pena a «participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares».

<sup>34</sup> Este artículo prevé como medida las prestaciones en beneficio de la comunidad, señalando que «la persona sometida a esta medida, que no podrá imponerse sin su consentimiento, ha de realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad. Se buscará relacionar la naturaleza de dichas actividades con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos por el menor».

<sup>35</sup> Así aparece recogido en la Exposición de Motivos de la LORRPM.

disculpe ante la víctima y ésta acepte sus disculpas. Por reparación se entenderá el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Por tanto, el objeto de la reparación no es sólo la realización de una prestación económica a la víctima, sino que también puede consistir en otras actividades de carácter restaurativo, bien sea directamente al perjudicado o víctima, bien de modo indirecto a la comunidad. En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente

Como resultado de la normativa señalada en epígrafes anteriores, de las Recomendaciones tanto del Consejo de Europa como de Naciones Unidas, y de la misma praxis de la mediación, este mecanismo se ha difundido como un método alternativo eficaz para la solución de conflictos penales. Esto ha traído como consecuencia la creación de instancias públicas específicas destinadas a la realización de tareas mediadoras. A dichas instancias pertenecen los Equipos técnicos de menores, que están ligados al sistema de Administración de Justicia y dependen orgánicamente de las Fiscalías de Menores. Su importancia es trascendental, ya que en el Derecho penal vigente constituyen el único grupo al que se asigna expresamente una tarea mediadora.<sup>36</sup>

El Equipo técnico, que está formado por Psicólogos, Trabajadores sociales y Educadores,<sup>37</sup> tiene la función de informar, según el artículo 27.3 de la LORRPM:

---

<sup>36</sup> En cuanto al Derecho penal de adultos, apunta Sebastián Chena que el medio idóneo para realizar las tareas mediadoras pueden ser las oficinas y los servicios de atención a la víctima que se están poniendo en marcha desde la promulgación de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, siempre que se les dote de medios suficientes y se permita que su función vaya más allá de la mera información a las víctimas de los recursos previstos para el resarcimiento. Cfr. SEBASTIÁN CHENA, V. «Mediación y Justicia penal (I)». En *Otrosí*, n.º 4, mayo 1999, p. 74, artículo ganador de la tercera edición de los premios Antonio Maura de Textos jurídicos para colegiados.

<sup>37</sup> En este sentido, la LORRPM prevé en la Disposición Final Tercera, que el Ministerio o las Comunidades Autónomas con competencias en la materia adopten las

Artículo 27.3.- «Si lo considera conveniente y en interés del menor, sobre la posibilidad de que éste efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima, de acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo 19 de esta Ley, con indicación expresa del contenido y finalidad de la mencionada actividad».

Además de esta tarea, el Equipo técnico debe elaborar informes sobre la situación psicológica, educativa, y familiar del menor, así como sobre su entorno social (artículo 27.1).

Por último, baste decir que aunque la finalidad perseguida por la desjudicialización es sustituir el proceso penal formal por medidas de intervención informal, reparación y conciliación, esto no debe significar, en ningún caso, prescindir de las garantías procesales básicas reconocidas al menor, propias de un Estado de Derecho.<sup>38</sup> De conformidad con lo propugnado por el Tribunal Constitucional y los Tratados internacionales que versan sobre la materia, y que han sido incorporados a nuestro Ordenamiento jurídico, hay que insistir en la necesidad de respetar al menor todas las garantías derivadas de nuestro Ordenamiento constitucional. Esta normativa internacional exige para el menor el mismo tratamiento garantista que se aplica para los adultos.

### *III.5. Programas de mediación en menores infractores*

Entre los programas de mediación en el ámbito del Derecho penal de menores cabe destacar el de la «Asociación Centro Trama». Esta Asociación viene desarrollando exitosamente<sup>39</sup> desde el año 1994 actuaciones en el ámbito de medidas alternativas al internamiento, tanto

---

medidas oportunas para la creación de cuerpos de psicólogos, educadores y trabajadores sociales forenses.

<sup>38</sup> La importancia de reconocer al menor estas garantías (presunción de inocencia, derecho a ser notificado de las acusaciones, derecho a no responder, derecho al asesoramiento, derecho a la presencia de los padres o tutores, derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos, etc.) ha sido destacado por la Resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, por la que se aprueban las Reglas Mínimas sobre la Administración de la Justicia de Menores, o Reglas de Beijing.

<sup>39</sup> La evaluación global de los programas de medidas realizados en Asturias, Galicia y Madrid es bastante positiva, teniendo en cuenta que del total de 214 expedien-



judiciales como extrajudiciales,<sup>40</sup> a través de diferentes programas cofinanciados por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, el Instituto Madrileño del Menor y la Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid y el Instituto Asturiano de atención social a la infancia, familia y adolescencia.

Antes de analizar los resultados y realizar una evaluación global del programa de mediación para menores infractores de la «Asociación Centro Trama», resulta de interés constatar algunos datos:<sup>41</sup>

- En los últimos años se ha observado un incremento de la edad de los menores que llegan a dicha Asociación. La mayoría de ellos (62%) se encuentran comprendidos en el momento de la comisión del hecho delictivo entre los 16 y 17 años. Por tanto, se puede decir que actualmente éste es el tramo de edad más conflictivo.
- La mayoría de los jóvenes que llegan a esta Asociación pertenecen al género masculino, alcanzando un 86% frente a un porcentaje de un 14% de niñas y mujeres jóvenes. Éste es un dato que ha permanecido invariable a lo largo de los años.

En cuanto a los resultados del programa de medidas alternativas al internamiento para menores y jóvenes infractores llevado a cabo por la «Asociación Centro Trama», dentro del cual esta Asociación incluye la mediación en su doble faceta de conciliación y reparación, aunque

---

tes cerrados antes del 31 de diciembre de 2002, 167 corresponden a actuaciones cerradas por cumplimiento, es decir, el 78% de los expedientes alcanzaron los objetivos inicialmente propuestos, al realizarse las actividades programadas.

<sup>40</sup> Las medidas extrajudiciales son únicamente aquéllas que permiten sobreseer el expediente, esto es, conciliaciones y reparaciones. Ahora bien, las segundas pueden consistir, como ya hemos indicado, en una reparación directa a la víctima o bien en tareas de reparación a la sociedad u otros servicios a la comunidad. En cualquier caso, no deben confundirse con las medidas judiciales alternativas al internamiento que pueden tener el mismo contenido, pero que se acuerdan en un procedimiento.

<sup>41</sup> Estos datos han sido facilitados por la propia «Asociación Centro Trama».

no sean medidas judiciales propiamente dichas, podemos afirmar que éstos han sido positivos.<sup>42</sup>

- En primer lugar, porque tras analizar los datos cuantitativos de la memoria de la Asociación correspondiente al año 2002, se observa que el número de menores que han pasado por el Programa se ha incrementado de 114 en el año 2001 a 206 en el 2002, lo que da constancia del interés que despierta la adopción de medidas alternativas al internamiento como las prestaciones en beneficio de la comunidad, representando un 30% del total de expedientes, o las tareas socioeducativas, cuyo número ha aumentado sensiblemente, pasando de 10 en el año 2001 a 40 en el 2002.
- Ahora bien, en cuanto a las conciliaciones realizadas, si bien han ido aumentando considerablemente pasando de 277 en el año 2001 a 427 en el 2002, sin embargo observamos que su porcentaje, en comparación con el total de expedientes derivados a esa Asociación, sigue todavía siendo muy bajo, un 3% respecto del total.

Como colofón, podemos afirmar que muchas de las patologías del sistema penal vigente tienen su origen en la obsesiva polarización en torno al castigo del culpable. La focalización sobre la punición en el ámbito del Derecho penal de menores provocaría que sólo un porcentaje mínimo de infracciones, la más graves, fuesen castigadas, y en algunos casos sólo aquéllas cometidas por menores infractores con un determinado perfil social. Además, resultaría sorprendente, y cuanto menos paradójico, que mientras se introduce en nuestro Ordenamiento jurídico la desjudicialización, acompañada de los programas de conciliación y reparación, en respuesta a los principios que presiden el moderno Derecho

---

<sup>42</sup> Desde luego donde la institución de la mediación ha tenido un alto porcentaje de éxito ha sido en la Comunidad Autónoma de Cataluña. Según un informe del Equipo de mediación del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, en los procesos de mediación efectuados en dicha Comunidad sólo existió un fracaso de un 16,6%. Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, R. «Derecho penal de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores». Barcelona, 2001, p. 251.

penal (principio de intervención mínima, subsidiariedad y *última ratio*), siguiese existiendo un movimiento tendente a la retribución.

No obstante, tampoco hay que olvidar que la naturaleza jurídica de la LORRPM es, además de educativa, sancionadora. Ahora bien, esta finalidad retributiva, o sancionadora como eufemísticamente la denomina la Exposición de Motivos de la Ley, no debería encontrar justificación más allá de los hechos descritos en la Disposición Adicional Cuarta, (homicidio, asesinato, agresión sexual, delitos de terrorismo y todos aquéllos sancionados en el Código penal con una pena de prisión igual o superior a quince años).<sup>43</sup> Mientras tanto, para el resto de los hechos delictivos tipificados como faltas o delitos menos graves, resulta necesaria una Justicia y una Política Criminal basadas en métodos alternativos de solución de conflictos, en la medida que conllevan numerosas ventajas.<sup>44</sup>

Equilibrio entre el principio del interés superior del menor,<sup>45</sup> principio inspirador de la LORRPM, y el reconocimiento de los

---

<sup>43</sup> La Disposición Adicional Cuarta de la LORRPM fue introducida, antes de su entrada en vigor, por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal y de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en relación con los delitos de terrorismo.

<sup>44</sup> Sin embargo, pese a sus indudables ventajas, la institución de la mediación no ha estado exenta de críticas. Así, se ha reprochado por algunos autores que, incluso aunque el resultado fuese positivo dejaría constancia del paso del menor infractor por el sistema penal. Esto significa que en el supuesto de volver a ser denunciado, los operadores del sistema (Fiscal, Equipo técnico, Juez, Policía etc.) podrían considerarlo reincidente. Además, existe la amenaza de continuar la tramitación del expediente si el menor finalmente no realiza la reparación a la que se ha comprometido. Por ello, consideran que en el caso de no existir la estrategia de la mediación, estos hechos de bagatela podrían haber sido despenalizados. Estas críticas de un sector de la doctrina son mencionadas en AYORA MASCARELL, L. «Alternativas al internamiento en la Jurisdicción de menores». En CID, J./LARRAURI, E. (Coordinadores): *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona, 1997, p.268 y VENTAS SASTRE, R. *La minoría de edad penal*. Madrid, 2003, pp. 234 y 235.

<sup>45</sup> El interés superior del menor, conforme establece la Convención sobre los Derechos del Niño y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en sus sentencias

derechos de las víctimas.<sup>46</sup> Con ello se ha intentado dar a la víctima una mayor participación, frente al olvido o desinterés de la LORCPJM.<sup>47</sup>

Sin embargo, pese a que la Ley recoge, en virtud del principio de oportunidad, la posibilidad de desistir de la incoación del expediente tratándose de asuntos de bagatela (artículo 18), sin embargo, en reconocimiento del principio del interés superior del menor, habría sido más acertado descriminalizar las faltas, ya que estos hechos delictivos no suponen un atentado contra los intereses más legítimos de la comunidad.

Efectiva integración social del menor, ya que un Derecho penal basado en la reparación y conciliación es fundamentalmente un Derecho penal resocializador. Todo acto reparador o conciliador implica no sólo la reparación a la víctima, sino también el arrepentimiento del autor como resultado de su responsabilidad por la falta o delito cometido. Por ello, desde el punto de vista de la prevención especial, estos mecanismos constituyen el mejor sistema de reconocimiento por parte del menor de la injusticia que ha cometido con su infracción.

Se evitan las desventajas que conlleva la privación de libertad. Por un lado, desde la perspectiva del menor infractor, se evita su exclusión social o etiquetado. No hay que olvidar que en el tratamiento jurídico

---

36/1991, de 14 de febrero, y 60/1995, de 17 de marzo, debe ser el principio que informe la legislación de menores. En este sentido, la citada Convención dispone en su artículo 3.1 «que las medidas que adopten las Instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos han de atender como consideración primordial al interés superior del menor». Este principio aparece recogido por primera vez en nuestra legislación en la LORCPJM.

<sup>46</sup> Un estudio sobre los mecanismos de reparación del daño causado y conciliación con la víctima, como cauce para la realización de los principios de superior interés del menor e intervención mínima, en PERIS RIERA, J. «El método de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la Ley Orgánica 5/2000». En *La Ley*, n.º 5250, pp. 1-4.

<sup>47</sup> No obstante, no será hasta la reforma de la LORCPM por Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre de 2003, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, cuando se reconozcan plenamente los derechos de las víctimas, al admitir el ejercicio de la acusación particular, ahora ya sin ningún tipo de cortapisas.

del menor infractor debe primar la intervención social y educativa, evitando al máximo los efectos estigmatizantes del sistema penal. Por otro lado, desde los intereses económicos del Estado, se evita el gasto excesivo que supone el internamiento en un centro de menores (300 euros menor/día).

Se ha comprobado estadísticamente que la aplicación de métodos alternativos de solución de conflictos no ha generado en los menores infractores niveles más altos de reincidencia que aquéllos que permanecieron incurso en un procedimiento estrictamente penal. Por ello, cabe reconsiderar la reciente orientación vindicativa que ha adoptado la Justicia penal juvenil tras las últimas reformas.

Los programas de mediación y conciliación representan la mejor garantía de solución eficaz del conflicto social entre menores infractores y víctimas. De una parte, porque permiten dejar al menor que ha cometido un hecho de escasa importancia al margen de la Justicia penal, evitando de este modo los efectos estigmatizantes del proceso, a la vez que facilitan una actuación resocializadora a través de actuaciones extrajudiciales de destacado contenido educativo. Y, por otra parte, porque proporcionan un elemento de satisfacción a la víctima. En este caso se trata de un enfoque directo, o bien mediante tareas de reparación a la sociedad u otros servicios a la comunidad.

En definitiva, diversificar la respuesta penal a través de la reparación o conciliación, en aplicación del principio de oportunidad, aunque ya haya comenzado el proceso, y un verdadero reconocimiento no sólo de los derechos del menor sino también de la víctima, debe ser el eje central sobre el que gire la Justicia de Menores.

Por todo ello resulta necesario alentar, desarrollar y mejorar los métodos alternativos de solución de conflictos ya existentes en el ámbito del Derecho penal de menores, y promover nuevos programas y mecanismos, en la medida que los actuales son todavía escasos y poco desarrollados. Para conseguir este objetivo puede resultar de utilidad el estudio de programas resocializadores aplicados en otros países eu-

ropeos que cuentan con una mayor experiencia en este campo, como es el Proyecto Prejop aplicado en la ciudad de La Haya. Las medidas de intervención informal previstas como posible motivo de sobreseimiento del expediente, pero no como medidas aplicables, merecen nuestra aprobación, dadas sus numerosas ventajas. Por ello, es lógico entender que hayan alcanzado una gran aceptación entre nuestros doctrinarios.

## CAPÍTULO 7

ARBITRAJE Y RECIENTES DESARROLLOS EN MATERIA DE  
IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, NO DISCRIMINACIÓN Y  
ACCESIBILIDAD POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD

Miguel Ángel Dávila Fernández de Marcos





## Capítulo 7

### ARBITRAJE Y RECIENTES DESARROLLOS EN MATERIA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, NO DISCRIMINACIÓN Y ACCESIBILIDAD POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD

*Miguel Ángel Dávila Fernández de Marcos*

I. Introducción.— II. La discapacidad en la sociedad.— III. La protección de las personas con discapacidad.— III.1. En el ámbito internacional.— III.1.1. El concepto de discapacidad en la jurisprudencia de la UE.— III.2. En el ámbito español.— III.3. En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Madrid.— IV. El arbitraje.— IV.1. Análisis del Real Decreto 1417/2006.— V. Jurisprudencia asociada a la LIONADU.— Bibliografía.

#### I. INTRODUCCIÓN

La igualdad es uno de los principios más importantes que se encuentra consagrado en nuestro sistema jurídico, reconocido como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico y recogido en el artículo 1.1 de la Constitución Española (en adelante, CE) que propugna que:

Artículo 1.1.- «España es un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

Y en el primer artículo del capítulo II de la CE, denominado «Derechos y libertades», al recogerse que:

Primer artículo.- «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o

social» (artículo 14 CE), entre otras muchas referencias constitucionales al concepto de la igualdad (más de quince).

La regulación de las condiciones que garantizan la igualdad de todos los españoles «en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales», le pertenece exclusivamente al Estado, según reconoce el artículo 149.1.1º CE y, además, el artículo 9.2 CE propugna que le:

Artículo 9.2.- «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

El colectivo de las personas con discapacidad encuentra, además, en el artículo 49 CE la protección necesaria para la aplicación de estos principios, al reconocerse que:

Artículo 49.- «Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos»,

Lo que significa que se debe tratar la inclusión de este colectivo en la sociedad en régimen de igualdad con el resto de ciudadanos. Por todo lo anterior, en el año 1982 se promulgó una primera norma que desarrolló los principios constitucionales citados en lo relativo a las personas con discapacidad, y fue la Ley 13/1982 de 7 de abril de 1982, de Integración Social de los Minusválidos (en adelante, LISMI). No es hasta el año 2003 cuando se promulga una norma más genérica de protección, como es la Ley 51/2003 de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad<sup>1</sup> (en adelante, Liondau)<sup>2</sup>, en la que quedó patente la toma

---

<sup>1</sup> Ley 13/1982 de 7 de abril de 1982, de Integración Social de los Minusválidos, publicada en el BOE 103 de 30 de abril de 1982).

<sup>2</sup> Ley 51/2003 de 2 de diciembre de 2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, publicada en el BOE 289 de 3 de diciembre 2003.

de conciencia del legislador respecto a la insuficiente protección jurídica que tenían las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. Dicha norma ha sido desarrollada por el Real Decreto 1417/2006, 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,<sup>3</sup> desarrollando uno de los aspectos de la Liondau que, en la práctica, podía plantear más problemas para la efectiva aplicación de la Ley. De hecho, el artículo 17 de la Liondau contempla:

Artículo 17.- «Entre las medidas de defensa, el establecimiento de un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para las partes interesadas, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en la materia que constituye objeto de la ley».<sup>4</sup>

Otro de los temas fundamentales a analizar respecto a la cuestión de la situación de las personas con discapacidad, según el Consejo de Estado, se refiere al hecho de que las personas con dependencia funcional mantienen, desde un punto de vista jurídico, los mismos derechos, libertades y deberes civiles y políticos constitucionales que el resto de los ciudadanos y sin embargo, «en la práctica, la vulnerabilidad de su situación dificulta el ejercicio real de dichos derechos [...], por lo que este colectivo precisa de medidas protectoras específicas para garantizar el ejercicio efectivo de sus derechos y responsabilidades».<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> 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, publicado en el BOE 297 de 13 de diciembre de 2006.

<sup>4</sup> *Vid* Exposición de Motivos del RD 1417/2006.  
Informe del Consejo de Estado de 23 de marzo de 2006, relativo al Anteproyecto de Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia.

<sup>5</sup> informe del Consejo de Estado de 23 de marzo de 2006, relativo al Anteproyecto de Ley de Promoción de la Autonomía Personal, y Atención a las Personas en Situación de Dependencia.

## II. LA DISCAPACIDAD EN LA SOCIEDAD

Las personas con discapacidad han tenido una consideración distinta a lo largo de las distintas épocas históricas, lo que se ha reflejado en un trato diferente desde el punto de vista jurídico. Siguiendo a Hernández Vitoria,<sup>6</sup> podemos destacar tres etapas:

- En la primera etapa, el discapacitado era considerado como una persona incompetente para la sociedad, dada su dependencia total.
- En la segunda etapa, surgida en la primera mitad del siglo XX, el discapacitado se considera como una persona que puede ser apto para la sociedad, pero que para ello debe adaptarse a la misma.
- La tercera etapa se está desarrollando en la actualidad, y en ella se incrementa el reconocimiento de las personas con discapacidad y de su derecho a la autonomía. Por ello, se distinguen los tipos de discapacidad, las causas que la provocan, y los efectos que deben producir minimizando, en la medida de lo posible, las diferencias con el resto de los integrantes de la sociedad, tratando de potenciar el principio básico de la igualdad. A este respecto, en la UE se parte de un concepto de discapacidad basado en la ciudadanía, lo que quiere decir que las personas con discapacidad en su vida cotidiana tienen que disfrutar de las mismas posibilidades de decisión y control que el resto de personas.

Para López Guerra,<sup>7</sup> estas tres etapas se pueden delimitar como las de exclusión, segregación e integración.

---

<sup>6</sup> HERNÁNDEZ VITORIA, M.J. Una lectura de la Ley 51/03 desde las aportaciones del ordenamiento comunitario en materia de derechos fundamentales y del principio de no discriminación, en ITURRI GÁRATE, J.C. (Director). La protección jurídica civil, penal, administrativa y social de la persona con discapacidad, Cuadernos de Derecho Judicial XV-2006, Madrid: Ed. CGPJ, 2006.

<sup>7</sup> LÓPEZ GUERRA, L. «Discapacitados, Derechos Fundamentales e igualdad en el marco de la Administración de Justicia». En ALZAGA VILLAMIL, O., ARNALDO ALCUBILLA, E., CABRA DE LUNA, M.Á., LÓPEZ GUERRA, L. y R. DE LORENZO (Directores). *La Administración de Justicia y las personas con discapacidad*. Madrid: Ed., Escuela Libre Editorial, 2000, p. 31.

### III. LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Las personas con discapacidad en la actualidad se encuentran más protegidas que antaño, y en prácticamente todos los ámbitos se están tomando medidas de protección para conseguir su equiparación e integración en la sociedad en que conviven. Podemos distinguir entre el ámbito internacional, el español y el de la Comunidad Autónoma de Madrid.

#### *III.1. En el ámbito internacional*

En el ámbito internacional, la igualdad de oportunidades y la no discriminación por cualquier condición o circunstancia constituyen temas de especial relevancia social y se consideran estratégicos en las áreas de actuación de las principales organizaciones supranacionales, conscientes de la importancia de estos principios para el correcto desarrollo de la sociedad.

Así, la Organización de Naciones Unidas (ONU), el Consejo de Europa y la Unión Europea, entre otras organizaciones internacionales, están realizando documentos de actuación de distinta índole (social y jurídica especialmente) sobre la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

La protección de las personas con discapacidad en la normativa europea comenzó hace relativamente poco tiempo. Las cuestiones sociales no fueron abordadas en las primeras etapas de la organización, dada la prioridad que se otorgó a las cuestiones económicas y comerciales. Sin embargo, en la actualidad, el fomento de la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad se entiende «como un proceso continuo que debería examinarse como uno de los objetivos más urgentes de los programas de trabajo de todas las Presidencias del Consejo de la UE», según reconoce el propio Comité Económico y Social Europeo.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> *Vid* Dictamen del Comité Económico y Social Europeo «Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad», publicado en el Diario Oficial n.º C 093 de 27 de abril de 2007, p. 32.

De hecho, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE promulga que:

Artículo 26.- «La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.»

Uno de los principales motivos de la necesidad social de este reconocimiento lo constituye el hecho de que en la UE actual (ampliada a 27 Estados) viven más de 50 millones de personas con discapacidad,<sup>9</sup> por lo que el número de ciudadanos afectados supera el 15%.

Desde la perspectiva de la UE, los ámbitos en los que se debe actuar se pueden dividir en cinco:

- Sensibilización y educación, en un doble sentido, relativo a las propias personas discapacitadas, con la intención de que se incluyan en la sociedad, y con el resto de la sociedad para concienciarla del problema.
- Empleo. Uno de los principales ámbitos de inclusión de las personas discapacitadas en la sociedad se debe dar en el ámbito del empleo, dada la necesidad de todas las personas de sentirse útiles e iguales en la sociedad.
- La existencia de una sociedad sin barreras. Este apartado no solamente se refiere a las barreras físicas, sino también a las relativas a las dificultades para la comunicación y la participación de estas personas en la sociedad. Este punto está directamente relacionado con los dos anteriores, puesto que aunque está regulada la prohibición de discriminación de las personas en el ámbito laboral, la falta de

---

<sup>9</sup> Según datos de Eurostat (2002), alrededor de 44,6 millones de personas de entre 16 y 64 años, es decir, una de cada seis (15,7 %) declara tener un problema de salud o una discapacidad de larga duración

igualdad en el acceso a la educación puede suponer una discriminación ab initio en el acceso al mercado laboral.

- Participación de las personas con discapacidad en el proceso decisorio. La participación de las personas con necesidades especiales en las cuestiones que les atañen, dotaría a las decisiones adoptadas de una mayor precisión a las necesidades del colectivo, a la vez que de un mayor consenso.
- Medidas legislativas para fomentar la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Ya se han adoptado numerosas medidas políticas encaminadas a garantizar la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, entre las que cabría destacar las relacionadas con el empleo y la formación profesional, la accesibilidad de las actividades culturales y educativas y la accesibilidad electrónica.<sup>10</sup>

Respecto a este último punto, y complementando las actuaciones del Consejo, en la actualidad se está aplicando el plan de acción europeo sobre las personas con discapacidad para el bienio 2006-2007. Los objetivos de este plan de acción se concentran en las cuestiones más importantes para las personas con discapacidad y, actualmente, nos encontramos en la fase de la incorporación activa de las personas con discapacidad a la sociedad. La legislación constituye un elemento esencial en la lucha contra la discriminación en todos los ámbitos, especialmente en la legislación adicional, es decir, aquella que se incorpora a la normativa de un determinado ámbito.

---

<sup>10</sup> En este sentido se han promulgado las siguientes Resoluciones: Resolución del Consejo de 15 de julio de 2003 sobre el fomento del empleo y de la inclusión social de las personas con discapacidad (2003/C 175/01), Resolución del Consejo de 6 de mayo de 2003 sobre la accesibilidad de las infraestructuras y las actividades culturales para las personas con discapacidad (2003/C 134/05), Resolución del Consejo de 5 de mayo de 2003 sobre la igualdad de oportunidades en educación y formación para los alumnos y estudiantes con discapacidad (2003/C 134/04) y Resolución del Consejo de 6 de febrero de 2003 sobre «Accesibilidad electrónica». Mejorar el acceso de las personas con discapacidad a la sociedad del conocimiento (2003/C 39/03).

Hasta el momento, se han promulgado la Directiva 2000/43/CE, relacionada con el principio de igualdad de trato y no discriminación de las personas por motivo de su origen racial o étnico;<sup>11</sup> la Directiva 2000/78/CE relativa a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual,<sup>12</sup> y la Directiva 2002/73/CE para la igualdad entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo<sup>13</sup>, y actualmente se está discutiendo la posibilidad de promulgación de una Directiva relativa a la discapacidad.

### *III.1.1. El concepto de discapacidad en la Jurisprudencia de la UE*

Respecto a la interpretación del concepto de discapacidad recogido en la Directiva 2000/78/CE, ya citada, se ha planteado una cuestión prejudicial<sup>14</sup> por parte de un Juzgado de lo Social de Madrid en el caso de un despido por enfermedad, fallando la Gran Sala del Tribunal de Justicia en tres puntos fundamentales, a saber:

- 1) El marco general establecido en la Directiva 2000/78/CE no incluye a una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad.

---

<sup>11</sup> Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, publicada en el Diario Oficial n.º L 180 de 19 de julio.

<sup>12</sup> Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, publicada en el Diario Oficial n.º L 303, de 2 de diciembre.

<sup>13</sup> Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, publicada en el Diario Oficial n.º L 269 de 5 de octubre.

<sup>14</sup> Asunto C-13/05: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 11 de julio de 2006 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social de Madrid, España), Sonia Chacón Navas/Eurest Colectividades, S.A. (Directiva 2000/78/CE, Igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Concepto de discapacidad), publicada en el Diario Oficial n.º C 224 de 16 de septiembre de 2006.



- 2) El hecho al que se opone la prohibición de la discriminación por motivos de discapacidad en materia de despido es el de un despido por motivos de discapacidad que no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate.
- 3) La enfermedad, por sí misma, no resulta un motivo de los que la Directiva 2000/78/CE determina como de discriminación.

### *III.2. En el ámbito español*

En el ámbito español, el minusválido se observa desde una doble perspectiva, y es como titular de derechos constitucionalmente reconocidos a todos, y como miembro de un colectivo especialmente protegido.<sup>15</sup>

La primera norma que desarrolló el mandato constitucional de la igualdad y no discriminación recogido en el artículo 14 CE en lo relativo a las personas con discapacidad fue la ya citada LISMI (Ley 13/1982, de Integración Social de los Minusválidos).

Más de veinte años después se hizo necesario modificar, ampliar y adaptar esta ley a la situación existente, para lo que se promulgó la LIONDAU. El número de personas con alguna discapacidad suponía ya cerca de un 9% de la población total y se hacía necesaria la promulgación de una nueva norma. Uno de los primeros problemas que se plantearon fue el de que las personas con discapacidad constituyen un sector de población heterogéneo, si bien el nexo de unión que tienen es el de la necesidad de unas garantías adicionales para participar en igualdad de condiciones en la vida social.

La Liondau trata de desarrollar los derechos y libertades constitucionales asegurando que las personas con discapacidad puedan disfru-

---

<sup>15</sup> Vid en este sentido LÓPEZ GUERRA, L. *Discapacitados, Derechos Fundamentales e igualdad en el marco de la Administración de Justicia*. Op.cit., p. 35.

tar del conjunto de todos los derechos humanos: civiles, sociales, económicos y culturales.<sup>16</sup> Como indica Hernández Vitoria, uno de los principios que desarrolla esta Ley es el de no considerar a los minusválidos como personas con necesidades especiales, sino como personas que precisan que los medios que la sociedad pone a su alcance para atender sus necesidades generales sean asequibles.<sup>17</sup>

Las dos razones que justifican esta nueva ley son, fundamentalmente, la persistencia de desigualdades en la sociedad, y el cambio de concepto de las personas con discapacidad. A este respecto, resulta importante resaltar la aparición de nuevos enfoques, dado que actualmente se reconoce que el menoscabo que presenta una persona con discapacidad tiene un doble origen; por una parte se encuentra en las dificultades inherentes a la propia persona, y por otra se encuentra en los obstáculos y condiciones limitativas de la propia sociedad, concebida para la persona media.

Los *discapacitados* que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la LIONDAU son aquellos:

Artículo 1.2.- «A quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad»

---

<sup>16</sup> *Vid* en este sentido el Proyecto de Ley 121/000152 de Igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales n.º 152, de 23 de mayo de 2003.

<sup>17</sup> HERNÁNDEZ VITORIA, M.J. *Una lectura de la Ley 51/03 desde...* *Op. cit.*, p. 29.

### *III.3. En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Madrid (CAM)*

La CAM ha desarrollado un «Plan de acción para personas con discapacidad de la Comunidad de Madrid 2005-2008»,<sup>18</sup> en el que se establecen las líneas a seguir para la protección de estas personas y su integración en la sociedad en condiciones de igualdad y no discriminación.

Este Plan de la CAM asume dos principios como fundamentales, el de la no discriminación y el de la acción positiva, como instrumentos de la política de inclusión de las personas con discapacidad y garantía de una igualdad efectiva de oportunidades.

Para la consecución de los dos principios se persiguen los siguientes objetivos generales:

- Promover la vida independiente de las personas con discapacidad dotándolas, para ello, de los medios necesarios para la autonomía física y la toma de decisiones.
- Impulsar la accesibilidad universal a bienes, entornos y servicios, como garantía del derecho a la plena participación, eliminando para ello las barreras existentes, tanto en sentido arquitectónico, como urbanístico y de acceso a las tecnologías de información y comunicaciones (en adelante, TIC).
- Garantizar la igualdad de género en lo que respecta a la inclusión de las personas con discapacidad en la sociedad, no permitiendo que la discriminación por razón de discapacidad se convierta en una discriminación por razón de sexo.
- Avanzar en la calidad de los servicios, mejorar la organización de los centros, de los servicios y la cualificación de los profesionales al

---

<sup>18</sup> Disponible, actualmente, en la dirección URL:  
[http://www.madrid.org/cs/Satellite?idConsejeria=1109266187278&idListConsj=1109265444710&c=CM\\_Planes\\_FA&pagename=ComunidadMadrid%2FEstructura&sm=1109265843983&pid=1109265444699&language=es&cid=1114186268787](http://www.madrid.org/cs/Satellite?idConsejeria=1109266187278&idListConsj=1109265444710&c=CM_Planes_FA&pagename=ComunidadMadrid%2FEstructura&sm=1109265843983&pid=1109265444699&language=es&cid=1114186268787)

cargo, así como el fomento de la creación y desarrollo de una organización que permita el impulso de las acciones en un mismo sentido.

- Hay una serie de cuestiones que resultan de especial relevancia para la consecución de los objetivos anteriormente descritos, y son:
- La prevención y detección de las discapacidades resulta un ámbito de especial importancia ya que, cuanto más se conozca de la cuestión médica de las discapacidades, más sencillo resultará reducir el número de personas que se encuentren en esta situación.
- La familia, como agente fundamental en el cuidado de las personas con discapacidad —especialmente en las situaciones de dependencia—, resulta un elemento esencial a tener en cuenta para el análisis de su situación y las necesidades que se deben cubrir, así como las medidas de apoyo que se les deben proporcionar para el correcto funcionamiento de su función asistencial.

#### IV. EL ARBITRAJE

Los sistemas alternativos de resolución de conflictos (ADR) suponen, en la actualidad, una alternativa extrajudicial fiable y en aumento para la resolución de algunos de los más importantes inconvenientes de la tutela judicial, como son el de la lentitud y el de los costes excesivos. El porcentaje de ciudadanos que consideraban, en 2005, que la justicia era lenta y que, siempre que se pudiese, era preferible no acudir a ella, era de un 75%,<sup>19</sup> considerando este extremo como el mayor inconveniente de la aplicación de la justicia. En bastantes casos, el retraso en el cumplimiento de la sentencia propicia una pérdida de eficacia de la decisión judicial.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Datos del CGPJ, recogidos en TOHARÍA CORTES, J.J. y J.J. GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO. *La Justicia ante el espejo: 25 años de estudios de opinión del CGPJ*. Madrid: Ed. CGPJ, 2005, p. 34.

<sup>20</sup> En este sentido, el porcentaje de españoles que en 2005 consideran que muchas veces no sirve de nada ganar un pleito porque la sentencia no se cumple o se cumple

El aumento de estos sistemas —especialmente el arbitraje— ha resultado imponente en los últimos años debido, en gran parte, a que sus ventajas resultan muy superiores a sus inconvenientes. El mayor inconveniente reside, como en otros muchos ámbitos, en la falta de confianza y de conocimiento sobre sus posibilidades, funcionamiento, efectos y ventajas.

El arbitraje es considerado por el Tribunal Constitucional como 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 al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada.<sup>21</sup>

Dadas las importantes ventajas que este tipo de sistemas tiene en el ámbito empresarial, en las cuestiones que atañen a personas jurídicas su implementación resulta más sencilla, siendo bastante más complicada en las cuestiones que atañen a las personas físicas, puesto que no se aprecian de forma tan nítida las ventajas y sin embargo sí se hace presente la idea de la falta de confianza y el desconocimiento del sistema, aún cuando la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje<sup>22</sup> mantiene, como no podía ser de otra forma, los principios básicos del procedimiento en la sustanciación de las actuaciones arbitrales, como son los de igualdad, audiencia y contradicción (artículo 24 Ley de arbitraje).

El arbitraje, constituido como el ADR más extendido y conocido, está regulado mediante la legislación general (la citada Ley de arbitraje), y algunas regulaciones sectoriales —arbitrajes especiales—, que se rigen por su normativa especial y, subsidiariamente, por la Ley de arbitraje:

---

tarde y mal es de un 73 %, según datos del CGPJ, recogidos en TOHARÍA CORTES, J.J. y J.J. GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO. *La Justicia ante el espejo...* *Op. cit.*, p. 34.

<sup>21</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de octubre de 1993 (STC 288/1993 de 4 de octubre de 1993).

<sup>22</sup> Ley 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje, publicada en el BOE n.º 309, de 26 de diciembre.

- Ley 16/1987 de 30 de julio de 1987, de Ordenación del Transporte Terrestre
- Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo de 1993, regulador del sistema arbitral de consumo.
- Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril de 1996, 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.
- 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.

Por lo que respecta a estas últimas resoluciones de quejas y reclamaciones, uno de los principales temas que habrá que tratar será el del denominado «consentimiento informado» ya que, para el sometimiento a estos procedimientos, como sistemas de jurisdicción voluntaria, será preciso el consentimiento de las partes y, tratándose de personas con determinadas clases de discapacidades, se debe analizar la posibilidad de prestar consentimiento por parte de estas personas. Sin embargo, en estos supuestos, entendemos que habrá que recurrir a las reglas genéricas de la representación recogidas en nuestro ordenamiento civil y entender que habrá que estar a la capacidad del sujeto para prestar consentimiento en el momento justo de la prestación del mismo.

#### *IV.1. Análisis del 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*

El RD 1417/2006, aprobado por Consejo de Ministros de 1 de diciembre de 2006, desarrolla el mandato recogido en el artículo 17 de la LIONDAU, relativo al arbitraje, que indicaba que:

Artículo 17.- «1. Previa audiencia de los sectores interesados y de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas 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.

2. El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito.
3. Los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias y de las Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias».

Este artículo se incardina dentro de las medidas de defensa de las personas con discapacidad. El plazo que la LIONDAU otorgaba al Gobierno para el establecimiento del sistema arbitral era de dos años (Disposición Adicional 13<sup>a</sup> de la LIONDAU) y desarrolla lo dispuesto en las Directivas comunitarias en la materia, que preconizaban la implantación de procedimientos de conciliación complementarios a los judiciales y administrativos en los Estados miembros de la UE.

El gran logro de esta norma es el de que, por primera vez, las personas con discapacidad dispondrán de un servicio especial de arbitraje, similar al de consumo, para resolver problemas derivados de las quejas y reclamaciones, sin necesidad de acudir a la vía judicial, con todas las ventajas que ello comporta. El modelo de sistema arbitral adoptado pretende, de hecho, continuar con las buenas prácticas y las experiencias acumuladas por el funcionamiento del sistema arbitral de consumo, del que toma básicamente los elementos estructurales y el procedimiento de gestión. Los motivos fundamentales de adopción del modelo del arbitraje de consumo provienen de que, siguiendo a Cremades, podemos afirmar que éste es un sistema rá-

pido, sencillo, voluntario y gratuito de resolución de conflictos que puedan surgir entre consumidores o usuarios y vendedores o prestadores de servicios.<sup>23</sup>

El sistema arbitral comprenderá las quejas y reclamaciones de las personas con discapacidad en las siguientes materias:

- Telecomunicaciones y sociedad de la información.
- Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación.
- Transportes.
- Bienes muebles e inmuebles; productos; servicios; actividades o funciones; comercializados por las personas físicas o jurídicas; individuales o colectivas; profesionales o titulares de establecimientos públicos o privados, fijos o ambulantes, en régimen de derecho privado.
- Relaciones con las Administraciones Públicas en el ámbito del Derecho Privado.

El RD excluye de su ámbito, de forma expresa, las controversias sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, aquellas en las que deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de las personas con discapacidad, aquellas en las que concurren indicios racionales de delito, las cuestiones que estén determinadas en contratos administrativos, así como otras materias que no sean de libre disposición conforme a derecho. (artículo 1.2 RD 1417/2006), así como los arbitrajes laborales, por la exclusión de la propia Ley de Arbitraje (artículo 1.3 RD 1417/2006).

---

<sup>23</sup> CREMADES, B.M. «Los nuevos aires de reforma del arbitraje». En VV.AA., *Estudios acerca de la reforma de la Justicia en España*. Madrid: Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2004.



Con objeto de dictar las resoluciones en estas materias, en cada Comunidad Autónoma, así como en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla se crean Juntas Arbitrales de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, como órganos colegiados de gestión y administración del sistema arbitral. Estas Juntas conocerán de las quejas y reclamaciones presentadas por personas con discapacidad domiciliadas en su ámbito territorial, así como cuando, aún no siendo así, haya tenido lugar en dicha zona la celebración, ejecución o cumplimiento del contrato o la actuación que diera lugar a la queja o reclamación, siempre que no se oponga expresamente una de las partes.

Asimismo se prevé también la constitución de una Junta Arbitral Central, que conocerá de las solicitudes de arbitraje en relación con quejas y reclamaciones que por motivos geográficos o materiales superen los límites de las juntas arbitrales de cada Comunidad, como serían las cuestiones relativas a casos que afecten a un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma o a materias de competencia estatal de ejecución. A tenor de lo dispuesto en la Disposición adicional cuarta del RD, en el plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor de este real decreto, se constituirá la Junta Arbitral Central de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal.

### Pilares del sistema

Los pilares básicos del nuevo sistema de arbitraje serían:

- El Convenio arbitral
- Las ofertas públicas
- El distintivo de adhesión

El convenio arbitral es el instrumento a través del cual se documentan jurídicamente las ofertas públicas de sometimiento al sistema arbitral regulado en el proyecto y que debe contener, necesariamente, los siguientes requisitos (recogidos en el artículo 7 RD 1417/2006):

- a) Sometimiento expreso por escrito al sistema arbitral regulado por el RD 1417/2006.
- b) Ámbito de la oferta.
- c) Compromiso de cumplimiento del laudo arbitral.
- d) Plazo de validez de la oferta. En caso de que no conste este requisito la oferta se entenderá realizada por tiempo indefinido  
El convenio arbitral será aceptado o rechazado por la Junta arbitral a través de la que se hubiere realizado la oferta pública de sometimiento.

El segundo pilar está constituido por las ofertas públicas, que pueden ser efectuadas tanto por las personas físicas y jurídicas de carácter privado que importen, produzcan, suministren o faciliten entornos, productos, bienes y servicios a las personas con discapacidad, así como por las asociaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias y las organizaciones de carácter económico sin ánimo de lucro. Las personas físicas o jurídicas que hubiesen realizado una oferta pública de sometimiento al sistema arbitral de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, podrán renunciar a ella mediante comunicación, que podrá ser efectuada a través de la junta arbitral en la que hubieran realizado tal oferta, por escrito o por medios electrónicos o telemáticos, siempre que se deje constancia de su remisión y recepción.<sup>24</sup> Esta renuncia tendrá validez en un plazo de treinta días naturales desde su comunicación a la junta arbitral.

Por otra parte, se establece la concesión de un distintivo oficial de adhesión al sistema arbitral de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal. Este distintivo oficial se perdería por alguna de las causas recogidas en el artículo 9.2 RD 1417/2006, a saber:

---

<sup>24</sup> *Vid* el artículo 8 del RD 1417/2006

- a) Renuncia a la oferta pública de sometimiento al sistema arbitral de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal.<sup>25</sup>
- b) Utilización fraudulenta del distintivo oficial de adhesión.
- c) Incumplimiento reiterado de los laudos.
- d) Graves y reiteradas infracciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad, sancionadas con carácter firme por las Administraciones públicas competentes.
- e) Realización de prácticas, constatadas por las Administraciones públicas competentes, que lesionen gravemente los derechos e intereses legítimos de las personas con discapacidad.

El RD prevé la creación de un Registro Central de ofertas públicas de sometimiento al Sistema Arbitral de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal que será gestionado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

### Designación de árbitros

Dado que el arbitraje elegido para esta materia será de equidad, salvo que las partes acuerden la elección de un arbitraje de derecho, los árbitros habrán de ser expertos o profesionales en alguna de las materias sobre las que pueden referirse las quejas o reclamaciones, o bien licenciados en Derecho. A este respecto habría que tener en cuenta que si existiera oferta pública de sometimiento a arbitraje de derecho se presumirá, salvo manifestación en contrario, que el reclamante acepta este arbitraje en derecho. El artículo 20 RD determina que en los arbitrajes que deban decidirse en derecho, los árbitros deberán ser licen-

---

<sup>25</sup> Si una vez efectuada la renuncia a la oferta pública se siguiera utilizando el distintivo oficial de adhesión y durante ese periodo se presentara una solicitud de arbitraje, la junta arbitral podrá entender formalizado el convenio arbitral, a tenor de lo dispuesto en el artículo 8.1 RD 1417/2006.

ciados en derecho, mientras que en los arbitrajes que deban decidirse en equidad, no será necesario este extremo, siendo suficiente con que los árbitros sean expertos o profesionales en la materia sobre la que verse la queja o reclamación objeto de arbitraje.

Los árbitros serán propuestos por las Administraciones Públicas, las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias y las asociaciones de carácter económico sin ánimo de lucro con mayor implantación en el ámbito territorial de la Junta Arbitral correspondiente. La designación y acreditación de los árbitros corresponderá a las Juntas Arbitrales.

Se establece el criterio general de que el arbitraje se realice por un colegio arbitral, aunque la disposición adicional segunda establece que cuando la cuantía de la pretensión sea inferior a tres mil euros conocerá un solo árbitro, salvo que el presidente de la Junta Arbitral acuerde la designación de un colegio arbitral.

### Procedimiento arbitral

El procedimiento arbitral de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal se regirá por los principios de gratuidad, voluntariedad, igualdad entre las partes, audiencia, contradicción, ausencia de formalismos, normalización y accesibilidad (artículo 14 RD 1417/2006) permitiendo, además, que cuando fuese necesario para garantizar la igualdad entre las partes, se efectuaran los ajustes razonables de los medios que sean precisos.

Todas las partes intervinientes en el proceso (los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales) estarán obligados a guardar el correspondiente deber de secreto respecto a las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales.

La iniciación del procedimiento se realizará mediante una solicitud de arbitraje, que deberá reunir los requisitos que indica el artículo 16.2, a saber:

- a) Nombre, apellidos y documento de identificación del solicitante y, en su caso, de la persona que lo represente, así como domicilio y lugar señalado a efectos de notificaciones.
- b) Nombre, apellidos o razón social del reclamado, así como documento de identificación y domicilio si éstos fueran conocidos por el reclamante.
- c) Copia del contrato escrito del que trae causa la queja o reclamación o con el cual estén relacionadas, si existiera.
- d) Hechos que motivan la queja o reclamación y fundamentos en que se basa la pretensión.
- e) Exposición sucinta de las pretensiones del reclamante, determinando, en su caso y en la medida de lo posible, la cuantía de las mismas.

En el procedimiento arbitral se encuentra recogida la posibilidad de un laudo conciliatorio, de forma que si, una vez iniciado el procedimiento arbitral, las partes llegan a un acuerdo que resuelva la controversia, los árbitros lo incorporarán a un laudo en los términos convenidos y siempre que no haya motivos de oposición poniéndose fin, lógicamente, al procedimiento en curso. Durante el transcurso del procedimiento, el colegio arbitral podrá instar a las partes a la conciliación.

Por lo que respecta a las pruebas, el colegio arbitral decidirá acerca de la aceptación o rechazo de las que sean propuestas por las partes, y podrá instar a la práctica de otras que resulten convenientes y se consideren imprescindibles para la solución de la controversia o un mejor conocimiento del asunto. Las partes podrán estar presentes en la práctica de las pruebas siempre que los árbitros entiendan que su asistencia no perturba o entorpece su ejecución. Los costes de cada prueba se imputarán a la parte que la hubiera propuesto, y si hubiese una propuesta de ambas, los gastos ocasionados serán repartidos por mitad. Por otra parte, los costes de las pruebas propuestas por el colegio serán asumidos por la Junta arbitral correspondiente.

La inactividad o incomparecencia de las partes, en cualquier momento del procedimiento arbitral o en la audiencia presencial, no supondrá la dilación o suspensión del procedimiento, ni la ausencia de pronunciamiento ni, por supuesto, privará de eficacia al laudo que se adopte, siempre que los árbitros entiendan que la documentación aportada y las pruebas practicadas sean suficientes para poder adoptar la decisión.

Por lo que respecta al laudo arbitral, el plazo máximo para dictarlo es de cuatro meses desde el inicio del procedimiento. Este plazo se reduce a quince días en el supuesto de que se trate de un laudo conciliatorio, dictado por el acuerdo alcanzado por las partes y que ponga fin a la controversia que suscitó el procedimiento.

En lo concerniente a la forma y contenido de los laudos será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Arbitraje, teniendo en cuenta que el plazo estimado en la Ley de arbitraje se reduce de seis meses a cuatro meses, y que no podrán ser objeto de recurso de alzada o potestativo de reposición y se someterán también a las previsiones de dicha Ley en cuanto a su anulación y ejecución y demás intervenciones judiciales de apoyo y control del arbitraje, y deberán ser notificados por el secretario de la junta arbitral.

Así, los laudos tendrán las siguientes características:

- Queda a criterio de los árbitros la resolución del procedimiento mediante un único laudo o tantos laudos parciales como estimen oportuno.
- El laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros.<sup>26</sup> Se permiten los votos particulares y las decisiones se adoptarán por

---

<sup>26</sup> Por escrito se entiende cuando su contenido y firma sean fehacientes para su ulterior consulta en algún soporte —aunque sea electrónico— si bien en este caso habrá que estar a las características de seguridad necesarias que permitan autenticar la veracidad del contenido y de las personas firmantes.

mayoría cuando se trate de órganos colegiados. Si faltase alguna firma, bastarán las de la mayoría de los miembros del colegio arbitral o sólo la de su presidente, si se manifiestan las razones de la falta del resto de las firmas.

- El laudo deberá ser motivado. Esta característica de la decisión resulta imprescindible para garantizar la transparencia y seguridad en el proceso. A pesar de lo anterior, si las partes han convenido otra cosa, el laudo puede carecer de motivación.
- En el laudo debe constar la fecha y el lugar en que se ha dictado.
- En el laudo se debe contener cualquier referencia que los árbitros tengan que hacer en lo referente a las costas del arbitraje, incluyendo los honorarios y gastos de todas las partes, tanto de los árbitros como, en su caso, de los defensores o representantes de las partes, el coste de la Junta arbitral y demás gastos originados en el procedimiento arbitral.
- El laudo podrá ser protocolizado notarialmente, y cualquiera de las partes, a su costa, podrá instar de los árbitros a dicha protocolización, antes de la notificación del mismo.

Una última nota característica a todo el proceso que, si bien se da en todos los sistemas arbitrales, en éste resulta de mayor importancia, es la de la necesidad de que los procesos, procedimientos, comunicaciones, notificaciones y en general, los flujos de información que integran este sistema arbitral, deben ser accesibles a las personas con discapacidad, sea ésta del tipo que sea.

Como normas supletorias a este RD 1417/2006, y en todo lo no dispuesto en el mismo, resultarán de aplicación Ley de Arbitraje y sus normas de desarrollo. En particular para aquellos aspectos relativos al funcionamiento de los órganos colegiados y a las normas respecto a los convenios de colaboración entre la Administración General del Estado y sus organismos públicos y las Administraciones de las comunidades autónomas, también resultará de aplicación subsidiaria la Ley

de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.<sup>27</sup>

## V. JURISPRUDENCIA ASOCIADA A LA LIONDAU

La relación de sentencias que se han referido a la LIONDAU hasta la actualidad es la siguiente:<sup>28</sup>

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1) de 29 mayo 2007

Recurso de casación para la unificación de doctrina n.º 5472/2005.

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Gil Suárez.

MINUSVÁLIDOS: Calificación del grado de minusvalía: pensionista por incapacidad total, absoluta o gran invalidez: reconocimiento automático de minusvalía en grado igual o superior al 33%: denegación: alcance del artículo 1.2 de la Ley 51/2003 de 2 diciembre de 2003.

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina (n.º 5472/2005) interpuesto por la Diputación Foral de Vizcaya contra la Sentencia de fecha 02-11-2005, del TSJ del País Vasco, que casa y anula en el sentido que se indica en el último fundamento de derecho, dictada en autos promovidos por doña Julia contra la recurrente, sobre condición de minusválido.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Castilla y León, Valladolid, n.º 399/2007 (Sala de lo Social, Sección 1) de 25 abril

Recurso de Suplicación n.º 399/2007.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Antonio López Parada.

---

<sup>27</sup> Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, publicada en el BOE n.º 285, de 27 de noviembre.

<sup>28</sup> Fuente de datos, Base de Datos Westlaw-Aranzadi (<http://www.westlaw.es>), a 12 de agosto de 2007.



MINUSVÁLIDOS: Calificación del grado de minusvalía: pensionista de incapacidad permanente total: reconocimiento automático de minusvalía en grado igual o superior al 33%: desestimación: inaplicación de la Ley 51/2003, de 2 diciembre; procedimiento: determinación.

El TSJ estima el recurso interpuesto por la entidad demandada contra la Sentencia del Juzgado de lo Social de Zamora, de fecha 30-11-2006, dictada en autos promovidos en reclamación de declaración de minusvalía, que es revocada en el sentido reseñado en la fundamentación jurídica.

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1) de 29 marzo 2007

Recurso de casación para la unificación de doctrina n.º 114/2006.

Ponente: Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Juliá.

MINUSVÁLIDOS: Calificación del grado de minusvalía: pensionista por incapacidad total, absoluta o gran invalidez: reconocimiento automático de minusvalía en grado igual o superior al 33%: denegación: alcance del artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 diciembre.

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina (n.º 114/2006) interpuesto por la Diputación Foral de Vizcaya contra la Sentencia de fecha 13-12-2005, del TSJ del País Vasco, que casa y anula en el sentido que se indica en el último fundamento de derecho, dictada en autos promovidos por don José Pablo contra la recurrente, sobre condición de minusválido.

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1) de 22 marzo 2007

Recurso de casación para la unificación de doctrina n.º 130/2006.

Ponente: Excma. Sra. D<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol.

MINUSVÁLIDOS: Calificación del grado de minusvalía: pensionista por incapacidad total, absoluta o gran invalidez: reconocimiento automático de minusvalía en grado igual o superior al 33%: denegación: alcance del artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 diciembre.

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina (n.º

130/2006) interpuesto por el ISSORM de la Región de Murcia contra la Sentencia de fecha 02-11-2005, del TSJ de Murcia, que casa y anula en el sentido que se indica en el último fundamento de derecho, dictada en autos promovidos por don Pedro Francisco contra el recurrente, sobre condición de minusválido.

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1) de 21 marzo 2007

Recurso de casación para la unificación de doctrina n.º 3872/2005.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde.

MINUSVÁLIDOS: Calificación del grado de minusvalía: pensionista por incapacidad total, absoluta o gran invalidez: reconocimiento automático de minusvalía en grado igual o superior al 33%: denegación: alcance del artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 diciembre.

El TS, Sala de lo Social constituida en Sala General, estima el recurso de casación para la unificación de doctrina (n.º 3872/2005) interpuesto por el ISSORM de la Región de Murcia contra la Sentencia de fecha 04-07-2004, del TSJ de Murcia, que casa y anula en el sentido que se indica en el último fundamento de derecho, dictada en autos promovidos por doña Marta contra el recurrente, sobre condición de minusválido.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Extremadura n.º 174/2007 (Sala de lo Social, Sección 1), de 12 marzo

Recurso de Suplicación n.º 880/2006.

Ponente: Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Alicia Cano Murillo.

MINUSVÁLIDOS: Calificación del grado de minusvalía: pensionista de incapacidad permanente total: reconocimiento automático de minusvalía en grado igual o superior al 33%: procedencia: aplicación de la Ley 51/2003 de 2 diciembre de 2003.

El TSJ desestima el recurso interpuesto por la entidad demandada contra la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 3 de Cáceres, de fecha 27-10-2006, dictada en autos promovidos en reclamación de reconocimiento de derecho, en base a lo reseñado en la fundamentación jurídica.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Comunidad Autónoma del País Vasco n.º 471/2007 (Sala de lo Social, Sección 1) de 13 febrero  
Recurso de Suplicación n.º 2502/2006.  
Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Iturri Gárate.

MINUSVÁLIDOS: Integración social: pensionista de incapacidad permanente total: reconocimiento automático de minusvalía en grado igual o superior al 33%: procedencia: aplicación de la Ley 51/2003, de 2 diciembre.

El TSJ desestima el recurso interpuesto por la entidad demandada contra la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de Bilbao, de fecha 19-06-2006, dictada en autos promovidos en reclamación de grado de minusvalía, en base a lo reseñado en la fundamentación jurídica.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Principado de Asturias n.º 269/2007 (Sala de lo Social, Sección 1) de 26 enero  
Recurso de Suplicación n.º 4566/2005.  
Ponente: Ilmo. Sr. D. Jorge González Rodríguez.

MINUSVÁLIDOS: Calificación del grado de minusvalía: pensionista de incapacidad permanente total: reconocimiento automático de minusvalía en grado igual o superior al 33%: desestimación: inaplicación de la Ley 51/2003, de 2 diciembre; procedimiento: determinación. Voto particular.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, n.º 62/2007 (Sala de lo Social, Sección 1) de 25 enero  
Recurso de Suplicación n.º 734/2006.  
Ponente: Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> del Carmen Sánchez-Parodi Pascua.

CONSORCIO SANITARIO DE TENERIFE: Despido nulo: MIR: superación de las pruebas selectivas: calificación del trabajador como «apto con limitaciones» por el médico de empresa del hospital universitario: falta de adopción por el centro de las medidas necesarias para facilitar su acceso al programa de formación.

El TSJ desestima el recurso de suplicación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 4 de los de Santa Cruz de Tenerife, de fecha 31-05-2006, dictada en autos promovidos sobre despido, confirmando lo resuelto en la misma.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Comunitat Valenciana n.º 3636/2006 (Sala de lo Social, Sección 1) de 28 noviembre de 2006  
Recurso de Suplicación n.º 1607/2006.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Teresa Pilar Blanco Pertegaz.

MINUSVÁLIDOS: Integración social: calificación del grado de minusvalía: pensionista de incapacidad permanente total: reconocimiento automático de minusvalía en grado igual o superior al 33 %: desestimación: alcance de la Ley 51/2003, de 2 diciembre.

El TSJ estima el recurso interpuesto por la Generalitat Valenciana contra la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 4 de Alicante, de fecha 20-02-2006, dictada en autos promovidos en reclamación sobre reconocimiento de grado de minusvalía, que es revocada en el sentido que se indica en la fundamentación jurídica.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Castilla y León, Valladolid, n.º 1599/2006 (Sala de lo Social, Sección 1) de 3 noviembre de 2006  
Recurso de Suplicación n.º 1599/2006.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Riesco Iglesias.

MINUSVÁLIDOS: Pensionista de incapacidad permanente total: reconocimiento de minusvalía en grado igual o superior al 33 % por aplicación de la Ley 51/2003, de 2 diciembre: alcance.

El TSJ estima el recurso de suplicación interpuesto por la parte demandada contra Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 3 de León, de fecha 07-06-2006, en autos promovidos sobre minusvalía, que queda revocada en el sentido que se indica en la fundamentación jurídica.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Principado de Asturias n.º 3262/2006 (Sala de lo Social, Sección 1) de 3 noviembre  
Recurso de Suplicación n.º 3810/2005.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jorge González Rodríguez.

MINUSVÁLIDOS: Pensionista de incapacidad permanente total: equiparación a un grado de minusvalía igual o superior al 33%: Ley 51/2003, de 2 diciembre: alcance: no equivale a una asimilación a todos los efectos; Votos particulares.

El TSJ desestima el recurso de suplicación interpuesto por don Antonio contra la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de Oviedo, de fecha 13-07-2005, dictada en autos promovidos por el recurrente contra la Consejería de Vivienda y Bienestar Social del Principado de Asturias, sobre reconocimiento de minusvalía.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Castilla y León, Burgos, n.º 1004/2006 (Sala de lo Social, Sección 1) de 19 octubre de 2006  
Recurso de Suplicación n.º 462/2006.  
Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez Toral.

MINUSVÁLIDOS: Pensionista de incapacidad permanente total: reconocimiento automático de minusvalía en grado igual o superior al 33%: aplicación de la Ley 51/2003 de 2 diciembre de 2003.  
El TSJ desestima el recurso de suplicación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del Juzgado de lo Social de Ávila, de fecha 28-02-2006, dictada en autos promovidos sobre Seguridad Social, confirmando lo resuelto en la misma.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Comunidad Foral de Navarra n.º 246/2006 (Sala de lo Social, Sección 1) de 28 septiembre de 2006  
Recurso de Suplicación n.º 259/2006  
Ponente: Ilmo. Sr. D. Víctor Cubero Romeo.

MINUSVÁLIDOS: Integración social: calificación del grado de minusvalía: pensionista de incapacidad total: reconocimiento automático de minusvalía en grado igual o superior al 33%: denegación.  
El TSJ desestima los recursos de suplicación interpuestos por las partes contra Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de Navarra, en autos promovidos sobre minusvalía.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Extremadura n.º 548/2006 (Sala de lo Social, Sección 1) de 7 septiembre de 2006  
Recurso de Suplicación n.º 422/2006.  
Ponente: Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Alicia Cano Murillo.

MINUSVÁLIDOS: Minusválidos: integración social: calificación del grado de minusvalía: concepto de minusválido; diferencias y conexiones entre incapacidad y minusvalía; pensionista de incapacidad permanente total: reconocimiento automático de minusvalía en grado igual o superior al 33%: procedencia: aplicación de la Ley 51/2003, de 2 diciembre.

El TSJ desestima el recurso de suplicación interpuesto por la Junta de Extremadura demandada, contra la Sentencia de 13-03-2006 del Juzgado de lo Social n.º 1 de los de Cáceres, dictada en autos promovidos en reclamación sobre Seguridad Social.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Comunidad Autónoma del País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1), de 27 junio de 2006  
Recurso de Suplicación n.º 571/2006.  
Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Benito-Butrón Ochoa.

MINUSVÁLIDOS: Pensionista de incapacidad permanente total: reconocimiento automático de minusvalía en grado igual o superior al 33%: aplicación de la Ley 51/2003 de 2 diciembre de 2003.  
El TSJ estima el recurso de suplicación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de los de Bilbao, de fecha 28-11-2005, dictada en autos promovidos en reclamación sobre grado de minusvalía, que es revocada en el sentido que se indica en la fundamentación jurídica.

Sentencia Audiencia Provincial Gipuzkoa n.º 2171/2006 (Sección 2), de 23 mayo de 2006  
Recurso de Apelación n.º 2012/2006.  
Ponente: Ilmo. Sr. D. Felipe Peñalba Otaduy.

PROPIEDAD HORIZONTAL (Ley 49/1960 reformada por Ley 8/1999): DERECHOS DE LOS PROPIETARIOS: SOBRE ELEMENTOS COMUNES: portero automático: restauración y mantenimiento: abstención de cerrar con pestillo bajo llave la puerta del portal: solicitud por viuda de 80 años con dolencias a la que bajar al portal para abrir la puerta cada vez que le llamaran ocasionaría un trastorno evidente.

LITISPENDENCIA: INEXISTENCIA: Falta de identidad de causa de pedir: pretensión sustentada en un precepto legal cuya redacción es posterior a la interposición de la demanda originadora del procedimiento respecto del que se invoca la litispendencia.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa declara haber lugar en parte al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante frente a la Sentencia, de fecha 18-10-2005, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de San Sebastián en juicio ordinario.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Comunidad Autónoma del País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1) de 16 mayo 2006

Recurso de Suplicación n.º 145/2006.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Benito-Butrón Ochoa.

MINUSVÁLIDOS: Integración social: pensionista de incapacidad permanente total: reconocimiento automático de minusvalía en grado igual o superior al 33%: procedencia: aplicación de la Ley 51/2003, de 2 diciembre.

El TSJ desestima el recurso interpuesto por la entidad demandada contra la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de San Sebastián, de fecha 17-10-2005, dictada en autos promovidos en reclamación de grado de minusvalía, en base a lo reseñado en la fundamentación jurídica.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Comunidad Foral de Navarra n.º 121/2006 (Sala de lo Social, Sección 1) de 10 mayo de 2006

Recurso de Suplicación n.º 117/2006.

Ponente: Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Carmen Arnedo Díez.

MINUSVÁLIDOS: Integración social: calificación del grado de minusvalía: pensionista de incapacidad permanente total: reconocimien-

to automático de minusvalía en grado igual o superior al 33%: desestimación.

El TSJ estima el recurso interpuesto por la entidad demandada contra la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Navarra, dictada en autos promovidos en reclamación de grado de minusvalía, que es revocada en el sentido reseñado en la fundamentación jurídica.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Comunidad Autónoma del País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1) de 25 abril 2006

Recurso de Suplicación n.º 3080/2005.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Modesto Iruretagoyena Iturri.

MINUSVÁLIDOS: Pensionista de incapacidad permanente total: reconocimiento automático de minusvalía en grado igual o superior al 33%: aplicación de la Ley 51/2003, de 2 diciembre.

El TSJ estima el recurso de suplicación interpuesto por don Paulino, contra la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de Bilbao, de fecha 10-05-2005, dictada en autos promovidos por el recurrente contra la Diputación Foral de Bizkaia, en reclamación sobre grado de minusvalía, que es revocada en el sentido que se indica en la fundamentación jurídica.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Comunidad Foral de Navarra n.º 94/2006 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 19 abril

Recurso de Suplicación n.º 4/2006.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Víctor Cubero Romeo.

MINUSVÁLIDOS: Pensionista de incapacidad permanente total: reconocimiento de minusvalía en grado igual o superior al 33% por aplicación de la Ley 51/2003, de 2 diciembre: desestimación.

El TSJ estima el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Navarro de Bienestar Social contra Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Navarra, en autos promovidos sobre Seguridad Social.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Comunidad Autónoma del País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 4 abril 2006

Recurso de Suplicación n.º 82/2006.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Iturri Gárate.



MINUSVÁLIDOS: Pensionista de incapacidad permanente total: reconocimiento automático de minusvalía en grado igual o superior al 33%: aplicación de la Ley 51/2003, de 2 diciembre.

El TSJ estima el recurso de suplicación interpuesto por la parte demandante contra Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Vitoria, de fecha 14-10-2005, en autos promovidos sobre reclamación de grado de minusvalía que es revocada en el sentido que se indica en la fundamentación jurídica.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Cantabria n.º 251/2006 (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 1 marzo de 2006

Recurso de Suplicación n.º 113/2006.

Ponente: Ilma. Sra. Dª. Mercedes Sancha Saiz.

MINUSVÁLIDOS: Integración social: calificación del grado de minusvalía: acreditación del grado: forma de efectuarse; pensionista de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez: reconocimiento automático de minusvalía en grado igual o superior al 33%: procedencia: aplicación de la Ley 51/2003 de 2 diciembre de 2003; procedimiento.

El TSJ desestima el recurso de suplicación interpuesto por la «Consejería de Sanidad, Consumo y Servicios Sociales del Gobierno de Cantabria» demandada, contra la Sentencia de 28-11-2005 del Juzgado de lo Social n.º 3 de los de Santander, dictada en autos promovidos en reclamación sobre reconocimiento de grado de minusvalía.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Cantabria n.º 183/2006 (Sala de lo Social, Sección 1) de 15 febrero de 2006

Recurso de Suplicación n.º 46/2006.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Rubén López-Tamés Iglesias.

MINUSVÁLIDOS: Pensionista de incapacidad permanente total: reconocimiento de minusvalía en grado igual o superior al 33% por aplicación de la Ley 51/2003, de 2 diciembre.

El TSJ desestima el recurso de suplicación interpuesto por la parte demandada contra Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Santander, de fecha 16-11-2005, en autos promovidos sobre Seguridad Social.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Cantabria n.º 176/2006 (Sala de lo Social, Sección 1), de 15 febrero

Recurso de Suplicación n.º 53/2006.

Ponente: Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Mercedes Sancha Saiz.

MINUSVÁLIDOS: Pensionista de incapacidad permanente total: reconocimiento de minusvalía en grado igual o superior al 33 % por aplicación de la Ley 51/2003, de 2 diciembre.

El TSJ desestima el recurso de suplicación interpuesto por la parte demandada contra Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 4 de Santander, de fecha 28-11-2005, en autos promovidos sobre Seguridad Social.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Cantabria n.º 126/2006 (Sala de lo Social, Sección 1<sup>a</sup>), de 6 febrero

Recurso de Suplicación n.º 1227/2005.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago Pérez Obregón.

MINUSVÁLIDOS: Pensionista de incapacidad permanente total: reconocimiento automático de minusvalía en grado igual o superior al 33%: aplicación de la Ley 51/2003, de 2 diciembre de 2003.

El TSJ desestima el recurso de suplicación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 4 de los de Santander, de fecha 14-11-2005, dictada en autos promovidos sobre reconocimiento de derecho, confirmando lo resuelto en la misma.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Cantabria n.º 34/2006 (Sala de lo Social, Sección 1<sup>a</sup>), de 18 enero

Recurso de Suplicación n.º 1160/2005.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús María Martín Morillo.

MINUSVÁLIDOS: Pensionista de incapacidad permanente total: reconocimiento de minusvalía en grado igual o superior al 33 % por aplicación de la Ley 51/2003, de 2 diciembre de 2003: procedimiento: determinación.

El TSJ desestima el recurso de suplicación interpuesto por la parte demandada contra Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Santander, de fecha 02-11-2005, en autos promovidos sobre Seguridad Social.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Comunidad Autónoma del País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1), de 2 noviembre 2005  
Recurso de Suplicación n.º 1390/2005.  
Ponente: Ilmo. Sr. D. Modesto Iruretagoyena Iturri.

MINUSVÁLIDOS: Pensionista de incapacidad permanente total: reconocimiento automático de minusvalía en grado igual o superior al 33%: procedencia: aplicación de la Ley 51/2003, de 2 diciembre; procedimiento: determinación. Voto particular.

El TSJ estima el recurso interpuesto por la actora contra la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Vizcaya, de fecha 11-02-2005, dictada en autos promovidos en reclamación de grado de minusvalía, que es revocada en el sentido reseñado en la fundamentación jurídica.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Región de Murcia n.º 795/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 4 julio  
Recurso de Suplicación n.º 644/2005.  
Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Rodríguez Gómez.

MINUSVÁLIDOS: Pensionista de incapacidad permanente total: reconocimiento automático de minusvalía en grado igual o superior al 33%: aplicación de la Ley 51/2003 de 2 diciembre de 2003.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Comunidad Autónoma del País Vasco (Sala de lo Social, Sección 9ª) de 14 junio 2005  
Recurso de Suplicación n.º 416/2005.  
Ponente: Ilmo. Sr. D. Emilio Palomo Balda.

MINUSVÁLIDOS: Pensionista de incapacidad permanente total: reconocimiento automático de minusvalía en grado igual o superior al 33%: aplicación de la Ley 51/2003 de 2 diciembre de 2003.  
El TSJ estima en parte el recurso de suplicación interpuesto por don Javier, contra la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 4 de Bilbao, de fecha 19-10-2004, dictada en autos promovidos por el recurrente contra la Diputación Foral de Bizkaia, en reclamación sobre grado de

minusvalía, que es revocada en el sentido que se indica en la fundamentación jurídica.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Extremadura n.º 253/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 28 abril de 2005

Recurso de Suplicación n.º 79/2005.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Bravo Gutiérrez.

LEYES, REGLAMENTOS Y OTRAS DISPOSICIONES LEGALES: aplicación de las normas: forma de efectuarse.

MINUSVÁLIDOS: Integración social: calificación del grado de minusvalía: determinación: reconocimiento de incapacidad permanente total; legislación aplicable.

El TSJ desestima el recurso de suplicación interpuesto por la parte actora contra Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de Badajoz, de fecha 03-12-2004, en autos promovidos sobre reclamación de derecho y cantidad.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Región de Murcia n.º 148/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 7 febrero

Recurso de Suplicación n.º 19/2005.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Abellán Murcia.

MINUSVÁLIDOS: Pensionista de incapacidad permanente total: reconocimiento automático de minusvalía en grado igual o superior al 33%: aplicación de la Ley 51/2003 de 2 diciembre de 2003.

El TSJ desestima el recurso de suplicación interpuesto por Instituto de Servicios Sociales contra la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de los de Murcia, de fecha 29-10-2004, dictada en autos promovidos sobre Seguridad Social, confirmando lo resuelto en la misma.

## BIBLIOGRAFÍA

HERNÁNDEZ VITORIA, M. J. «Una lectura de la Ley 51/03 desde las aportaciones del ordenamiento comunitario en materia de derechos fundamentales y del principio de no discriminación». En ITURRI GÁRATE, J.C. (director), *La protección jurídica civil, penal, administrativa y social de la persona con discapacidad*, Cuadernos de Derecho Judicial XV-2006. Madrid: Ed. CGPJ, 2006.

TOHARÍA CORTES, J. J. y GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J. J. *La Justicia ante el espejo: 25 años de estudios de opinión del CGPJ*. Madrid: Ed. CGPJ, 2005.

VV.AA., *Discapacidad Intelectual y Derecho*, IV Jornadas Fundación Aequitas. Madrid: Ed. Fundación Aequitas, 2004.

DAVARA & DAVARA, *Factbook. Comercio Electrónico*, 3ª edición, Madrid: Ed. Thomson-Aranzadi, 2004.

ALZAGA VILLAMIL, O., ARNALDO ALCUBILLA, E., CABRA DE LUNA, M. Á., LÓPEZ GUERRA, L. y DE LORENZO, R. (directores). *La Administración de Justicia y las personas con discapacidad*. Madrid: Ed. Escuela Libre Editorial, 2000.

CREMADES, B. M. «Los nuevos aires de reforma del arbitraje». En VV.AA., *Estudios acerca de la reforma de la Justicia en España*. Madrid: Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2004.



### PARTE III.

#### ARBITRAJE Y DERECHO PRIVADO





## CAPÍTULO 8

### ARBITRAJE EN DERECHO SOCIETARIO

María del Pilar Perales Viscasillas



## Capítulo 8

### ARBITRAJE EN DERECHO SOCIETARIO

*María del Pilar Perales Viscasillas*

I. Introducción.— II. Controversias.— III. La libre disposición.— IV. El convenio arbitral estatutario.— V. Algunos problemas procedimentales en el arbitraje societario.

#### I. INTRODUCCIÓN

La posibilidad de someter disputas societarias a arbitraje no ha ganado todavía aceptación plena en la doctrina y jurisprudencia española. Ambas, sin embargo, han evolucionado en el pensamiento jurídico desde posiciones restrictivas<sup>1</sup> hasta una visión más favorable al arbitraje societario, si bien todavía existen áreas que presentan una cierta incertidumbre jurídica. Se hacen realidad las palabras del profesor Polo<sup>2</sup> cuando señala que no todo es arbitrable en el derecho de sociedades, ni todo lo arbitrable es enteramente pacífico. Esta evolución del arbitraje en derecho de sociedades corre pareja a los avances del arbitraje internacional en otras materias sensibles del derecho mercantil como son

---

<sup>1</sup> Que contrastaban claramente con el reconocimiento del arbitraje societario bajo el CCo de 1829. Vid PERALES VISCASILLAS, Pilar. *Arbitrabilidad y convenio arbitral. Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho societario*. Navarra: Thomson- Aranzadi, 2005, pp. 35 y ss.

<sup>2</sup> POLO, Eduardo. «Introducción y ámbito de eficacia de la cláusula compromisoria en las sociedades mercantiles». En *Anuario de Justicia Alternativa, Revista del Tribunal Arbitral de Barcelona* (en adelante, citada como TAB), 1992, n.º4, p. 100.

el derecho de la competencia, el derecho de la propiedad industrial o el derecho concursal.<sup>3</sup> En esta visión favorable al arbitraje en materia societaria ha contribuido también de forma decisiva la nueva y vigente Ley de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003 (Ley 60/2003) (LA), que incorpora cambios importantes en la institución del arbitraje sobre todo en materia de arbitrabilidad (artículo 2 a) LA).

En este sentido, la desaparición de las prohibiciones del artículo 2 LA (1988) en la nueva LA lleva a una *presunción absoluta de arbitrabilidad*,<sup>4</sup> o en otros términos, el artículo 2.1 implica una «habilitación general en favor de la arbitrabilidad de la controversia»<sup>5</sup> en línea con lo que puede considerarse la tendencia actual del arbitraje comparado, tanto nacional como internacional. Presunción que implicará una interpretación favorable al arbitraje y que puede verse como un aspecto específico de otro principio de corte más general que ha ido evolucionando hasta nuestros días, que culmina, no sólo en la LA vigente, sino que encuentra numerosas muestras en nuestro ordenamiento jurídico. Se trata de la presunción favorable al arbitraje (*favor*

---

<sup>3</sup> Vid PERALES VISCASILLAS, M<sup>a</sup> del Pilar. «Los efectos del concurso sobre los convenios arbitrales en la Ley Concursal 22/2003 (I). La Ley (LL)», n.º 6035, 8 junio 2004, pp. 1-5; y parte II, LL, n.º 6036, 9 junio 2004, pp. 1-7; *id.* «Algunos problemas en torno a la arbitrabilidad: insolvencia y contrato de agencia». En *Foro de Derecho Mercantil*, octubre-diciembre 2004, n.º 179, pp. 7-29; e *id.*, «Arbitrabilidad de los derechos de la propiedad industrial y de la competencia». En *Anuario de Justicia Alternativa*, 2005.

<sup>4</sup> Así se pronunciaban bajo la LA (1988) José María CHILLON MEDINA/José Fernando MERINO MERCHAN, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. Madrid: Civitas, 1991, p. 169, estimando que se llegaría a dicha presunción absoluta si desapareciese el artículo 2.1 b) LA (1988). Recientemente y en relación con la nueva Ley, los mencionados autores entienden que se ha producido un «ensanchamiento de la arbitrabilidad de las controversias» (*Id.* Valoración crítica de la nueva Ley de Arbitraje. LL, 2 febrero 2004, n.º 5945, p. 2). Entiende, sin embargo, que no existen cambios significativos: DE NADAL, Elisabeth. «The New Spanish Arbitration Act: An Overview (Arbitration Act 60/2003 of December 23, 2003)». En *Mealey's International Arbitration Report*, April 2004, p. 43.

<sup>5</sup> LORCA NAVARRETE, Antonio María. «Algunos apuntes metodológicos sobre el proyecto de ley de arbitraje. LL, n.º 5904», 1 diciembre 2003, p. 2, refiriéndose a la Exposición de Motivos del Proyecto LA (2003). En un ámbito internacional, por

*arbitrii o favor arbitralis*).<sup>6</sup> Este principio, y en relación con el trabajo que nos ocupa, conviene que sea analizado para determinar el ámbito de lo inarbitrable en el universo societario; ámbito que puede no coincidir con el concepto de arbitrabilidad que se tenga en otros ordenamientos jurídicos e, incluso, como veremos, ni siquiera el concepto actual en el derecho español es equiparable al que se ha mantenido en otros momentos históricos, pues la arbitrabilidad es un concepto que ha variado y mutado a lo largo del tiempo.

En este trabajo analizaremos la llamada arbitrabilidad objetiva o *rationae materiae* que hace referencia a que la materia, que es objeto de la disputa, sea susceptible de su sometimiento a arbitraje, esto es, utilizando el lenguaje del artículo 2 LA que se trate de una materia de libre disposición conforme a Derecho. Como expresa la Exposición de Motivos II LA de forma muy clara:

Artículo 2. -«La arbitrabilidad de la controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles».

A tenor de lo indicado es claro que la arbitrabilidad objetiva coincide, en parte, con el objeto del convenio arbitral.

La arbitrabilidad objetiva no se agota, sin embargo, el aspecto mencionado, puesto que bajo el término «arbitrabilidad» es preciso referirse todavía a otra vertiente de la misma que se enlaza con la propia configuración del arbitraje y su objeto. Nos referimos al objeto mismo del arbitraje que conforme a la definición legal (artículo 2.1 LA) debe versar sobre «controversias». Optamos así por una concepción amplia

---

todos: HANOTIAU, Bernard. «L'Arbitrabilité et le favor arbitrandum: un réexamen». En *Journal du Droit International*, 1994, pp. 899 y ss.

<sup>6</sup> Vid CHOCRON GIRALDEZ, Ana María. *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: Bosch, 2000, pp. 56-62, aludiendo, además, a los principios del favor competencial —que favorece la competencia de los árbitros— favor jurídico o del fallo —sobre todo, al hilo de recurso de anulación por los motivos tasados y de aplicación restrictiva— y por último, el favor legal, que se manifiesta en la tendencia del legislador a inclinar a las partes hacia el arbitraje.

del término arbitrabilidad, frente a un concepto más restringido que abarcaría únicamente a la materia objeto del arbitraje las —materias de libre disposición— y no al objeto del arbitraje —la controversia—. La referencia a que el objeto del arbitraje recaiga sobre controversias se repite en el artículo 9 LA relativo al convenio arbitral. En este caso, el citado artículo 9 LA indica que el convenio arbitral deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje «todas o algunas de las controversias [...]».

La arbitrabilidad y el convenio arbitral pueden ser analizadas por la institución administradora del arbitraje,<sup>7 8</sup> así como por el árbitro en el inicio del procedimiento de arbitraje, de oficio, o a petición de alguna de las partes, o por el juez, aunque no, en principio, por el Registrador. En el ámbito del arbitraje societario una cuestión interesante que

---

MANTILLA-SERRANO, Fernando. «La nueva Ley española de arbitraje». En *Foro de Derecho Mercantil-Revista Internacional*, 2004, n.º 3, párrafo 2.3.

<sup>7</sup> La institución comprobará la arbitrabilidad de la materia, y además que le ha sido encomendada por las partes la administración de un determinado arbitraje y la efectividad de la concreta sumisión. Así, José María ROCA MARTINEZ, *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 213; Frederic MUNNE CATARINA, *La administración del arbitraje. Instituciones arbitrales y procedimiento prearbitral*. Pamplona: Aranzadi, 2002, pp. 97-98; y M<sup>a</sup> Ángeles JOVE PONS, «La administración del arbitraje por persona jurídica, con especial referencia al Tribunal Arbitral de Barcelona». En *Justicia*, 1997, n.º2, pp. 486-487.

Otros autores, sin embargo, se muestran contrarios a que las instituciones de arbitraje puedan controlar la arbitrabilidad o la validez y eficacia del convenio, entre otras razones, se alude a que dicho control prearbitral puede no tener demasiado sentido si el árbitro con posterioridad puede pronunciarse acerca de su competencia, y además al hecho de que al no procederse a una motivación en cuanto a la decisión se conculca el «*principio de no predeterminación de los árbitros por la propia institución*»; se defiende así un modelo de «*simple verificación de lo que se presenta a gestión o administración sin que implique esa actividad rechazar el encargo arbitral predeterminando la propia actividad de los árbitros*» (Antonio María LORCA NAVARRETE/Joaquín SILGUERO ESTAGNAN. *Derecho de arbitraje español*. Madrid: Dykinson, 1994, pp. 141-142).

<sup>8</sup> Por ejemplo, el artículo 2.3 Reglamento de la Corte Española de Arbitraje de 26 marzo 2004, únicamente señala que: «La Corte rechazará el inicio de las actuaciones cuando compruebe prima facie la inexistencia del acuerdo de voluntades,

se plantea es la de si el Registrador puede denegar la inscripción de una escritura de constitución o los estatutos de una sociedad que contenga una cláusula general de sometimiento a arbitraje de conflictos societarios. En principio, entendemos que el Registrador debe proceder a la aprobación de las escrituras y de los estatutos sin que pueda singularizar las específicas cuestiones que, en su opinión, podrán o no ser susceptibles de arbitraje.<sup>9</sup>

## II. CONTROVERSIAS

La anterior LA se refería como objeto del arbitraje a las *cuestiones litigiosas* (artículo 1 LA (1988), lo que en la opinión de la doctrina dominante significaba asimilar la función jurisdiccional a la arbitral, de tal forma que se entendía que al arbitraje sólo se podían someter cuestiones jurídicas pero no económicas; o en una posición muy similar, que los árbitros sólo podían decidir acerca de derechos y no opinar simplemente sobre determinados hechos; o finalmente que lo que no era susceptible de ser objeto de un pleito no podía ser tampoco objeto de un arbitraje. Asimismo, al tratarse de una cuestión litigiosa, se en-

---

o cuando exista un convenio que no encomiende la administración del arbitraje a la Corte». Y el artículo 13.7 del mismo Reglamento señala que la Corte únicamente podrá rechazar la petición de nombramiento de los árbitros cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento.

El artículo 4.3 Reglamento del TAB de 26 julio 2004 indica que: «la inexistencia o ineficacia del convenio arbitral no impedirá que el TAB pueda decidir dar traslado de la instancia a la parte instada a efectos de propiciar, si las circunstancias lo permitieran, una sumisión al arbitraje, en tal caso, el inicio del trámite prearbitral tendrá efecto a partir de esta sumisión».

<sup>9</sup> En este sentido, Bernardo Cremades, *El convenio arbitral*. En LL n.º 5754, 4 abril 2003, p. 3, (también en Revista de la Corte Española de Arbitraje (RCEA), 2003, pp.43-70) p. 8, entiende que «El Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado legitiman la inscripción registral de la cláusula estatutaria de las sociedades españolas pactando el arbitraje para litigios intrasocietarios [...]. El registrador, tras esta verdadera doctrina legal, no puede al calificar una escritura que contenga una cláusula arbitral entrar en la discriminación de qué materias sean o no susceptibles de arbitraje».

tendía, siguiendo en este caso lo preceptuado en el artículo 2 Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1953 (LADP), que no se consideraba arbitraje la intervención del tercero que no tuviese por objeto resolver un conflicto pendiente, sino completar o integrar una relación jurídica aún no definida totalmente (arbitrio de terceros).<sup>10</sup>

De conformidad con la vigente LA, el arbitraje recae sobre controversias o diferencias que surgen entre las partes. El artículo 2 LA establece que:

Artículo 2.- «Son susceptibles de arbitraje las *controversias* sobre materias de libre disposición conforme a Derecho».

En nuestra opinión, no es esencial al arbitraje la existencia de un conflicto sobre la tutela jurídica, esto es, que necesariamente haya de tratarse de un verdadero litigio entre las partes (conflicto jurídico) y no de una mera contraposición de intereses (conflicto económico).<sup>11</sup> Esta posición claramente jurisdiccional de la institución, de una parte, y de estrechez de miras en cuanto a las realidades que podían quedar englobadas en ella, de otra, responde a las líneas maestras configuradoras del arbitraje en la LADP.

En conclusión, entendemos que el litigio si bien será un elemento natural al arbitraje no es consustancial a él, por lo que sin dejar de reconocer que ciertamente el arbitraje sustituye a los procesos jurisdiccionales-contenciosos, ello no significa que no pueda alcanzar otras

---

<sup>10</sup> Así, por ejemplo: SAP Barcelona, 6 noviembre 2000 (RA 2001/60548).

<sup>11</sup> En contra bajo la LADP: STS 1 julio 1963 (RA 1968), en Luis MUÑOZ SABATE, *Jurisprudencia arbitral comentada* (Sentencias del Tribunal Supremo, 1891-1991). Barcelona: Bosch, 1992, p. 95, analizando la cláusula por la que se encomendaba a los árbitros de equidad: «el estudio de todas las relaciones jurídicas y económicas que hayan existido entre las partes comparecientes, señalando la extensión y límites de dichas relaciones».

Sí son esenciales y caracterizan, por tanto, al arbitraje su origen voluntario, la independencia de los árbitros respecto de las partes, el cumplimiento de los principios de igualdad, audiencia y contradicción en el proceso, y la fuerza ejecutiva del laudo.



funciones, ni que se deban equiparar totalmente ambas instituciones. Por ello, sustancial al arbitraje es que se resuelvan controversias en el sentido amplio del término, ya sean litigios o simples conflictos de intereses. La diferencia fundamental entre el arbitraje y el arbitrio de terceros reside en que en el arbitraje hay siempre una controversia —entendida ésta como se ha señalado como litigio o mero conflictos de intereses— lo que no siempre tiene que darse en el arbitramiento, y en cierto modo eso era lo que con defectuosa impropiedad jurídica parecía dar a entender el artículo 2.2 LADP al hace énfasis en la intervención del tercero dirigida a resolver un conflicto pendiente. Así las cosas, el arbitrio de terceros puede activarse por la mera voluntad de las partes de diferir una actividad negocial a un tercero, sin que ello implique, en nuestra opinión, que está implícita una discrepancia.

Ahora bien, dándose una discrepancia cuál es entonces la diferencia entre el arbitraje y el arbitrio de terceros, el dato diferencial debe situarse ahora en otro elemento: la voluntad de las partes. Son las partes las que decidirán dar a dicho conflicto un cauce resolutivo vía proceso

---

<sup>12</sup> Nos parece que en este sentido se dirige la SAP Barcelona (sección 15ª), 13 marzo 1992 (RCEA, 1993, pp. 167-172, con nota de S.B. y M.G.), que si bien inicialmente establece que las diferencias entre el arbitraje y el arbitrio de tercero vienen dadas por el tenor del artículo 2 LADP, y que la discrepancia entre las partes sobre determinadas partidas del balance de la compañía no revisten el carácter de verdadera res litigiosa, sino más bien el de un mero desacuerdo sobre el estado financiero de la empresa que había sido transmitida en bloque, y que la intervención del tercero dirigida a establecer los valores correctos de determinadas partidas contables, lo era para completar la reglamentación negocial, termina por entender que a dicho tercero se le consideró árbitro, por lo que la voluntad de las partes fue la de que el tercero emitiese su decisión con el propósito no meramente obligacional sino de crear *res iudicata* y fuerza ejecutiva forzosa mediante laudo.

Entre la doctrina, por una solución que atienda a la voluntad de las partes se inclinan: CHILLON/MERINO. *Tratado*, p. 29; José Fernando MERINO MERCHAN. *El «equivalente jurisdiccional» en el Derecho público español*. Madrid: Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2002, p. 18; y MUNNE CATARINA. *La administración*, p. 149, aunque véanse sus afirmaciones en p. 148. Con menores fundamentos, pero llegando a esa conclusión en el ámbito del derecho privado, pero no en el administrativo: HUERGO LORA, Alejandro. *La*

arbitral con el consiguiente efecto de cosa juzgada del laudo y donde determinados aspectos procedimentales son de obligado cumplimiento (artículo 24 LA: principios de igualdad, audiencia y contradicción), o vía obligacional.<sup>12</sup> Igualmente entendemos posible que se pueda acudir al arbitraje para la realización de una actividad comercial, así como para el reconocimiento de hechos.<sup>13</sup>

En cuanto a la posibilidad de que los árbitros puedan enjuiciar la modificación de la relación jurídica, esto es, el contrato social, debe destacarse que si el convenio arbitral prevé en sentido amplio la resolución de controversias entre los distintos participantes en la sociedad, entendemos, que los árbitros serán competentes para dirimir las disputas que surjan en torno a la posible modificación del contrato social. Estas situaciones se plantearán especialmente cuando algún socio pretenda «salir» de la sociedad por entender que se da una situación de opresión, o pretenda ejercitar su derecho de separación aun no existiendo una causa legal;<sup>14</sup> igualmente, se producirá en aquellas situa-

---

*resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo. La transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos.* Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2000, pp. 163-164: «las partes pueden celebrar un convenio arbitral específico y extender las competencias del arbitrador hasta equipararlas a las de un árbitro». Es la solución también en Alemania, véase: Oberlandesgericht Stuttgart, 23 enero 2002 (Case Law on Uncitral Texts (CLOUT) 664, en <http://www.uncitral.org>).

HERNÁNDEZ LÓPEZ, Vidal. «Los peritajes dirimentes. Distinción con el arbitraje (I)». En AC, n.º 24, semana 13-19 junio 1988, pp. 1493-1511. Parte II. En AC, n.º 25, semana 20-26 junio 1988, pp. 1557-1577; en AC, n.º 24, p. 1511 y n.º 25, pp. 1557 y ss, entiende que la distinción entre el arbitraje y la pericia dirimente estriba en la diferente causa, que en el arbitraje es la exclusión de la potestad jurisdiccional de ahí que el laudo tenga eficacia de cosa juzgada, y fuerza ejecutiva del laudo, y en los peritajes dirimentes ni la excluye ni es posible excluirla.

<sup>13</sup> Mayores detalles: PERALES VISCASILLAS, Arbitrabilidad y convenio arbitral, pp. 104 y ss.

<sup>14</sup> Vid sobre esta cuestión: Pilar PERALES VISCASILLAS. *La separación de socios y partícipes*. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, pp. 114-161.

<sup>15</sup> Entiende que la cuestión relativa a la exclusión de socios es plenamente arbitrable: Sentencia Juzgado de lo Mercantil de Málaga, 27 abril 2005 (RA 1248).

ciones en que la sociedad pretenda expulsar a algún socio aunque no concurra causa legal.<sup>15</sup> Entiéndase correctamente que no propugnamos que la salida del socio constituya la modificación del contrato social sobre la que los árbitros deberán pronunciarse, sino que los árbitros deberán pronunciarse sobre si la causa alegada para la salida del socio es una causa que implica la modificación de las bases esenciales de la sociedad y que justificaría la lícita salida del socio.

En cuanto a la intervención de terceros en materia societaria, ésta puede ser diversa, especialmente en materia de valoración de acciones o participaciones, ya sea por causa de transmisión de cuotas sociales o en supuestos de exclusión o separación de socios. En estos casos no es infrecuente que en los propios estatutos se establezca la participación de terceros dirigidos a valorar las acciones o participaciones en caso de desacuerdo entre las partes.<sup>16</sup> La cuestión será el papel que tendrán estos terceros.

---

<sup>16</sup> Por ejemplo, STS 29 noviembre 2000, donde el artículo 7 señalaba que: «Cuando algún accionista quiera enajenar sus acciones, vendrá obligado a comunicarlo a la sociedad, por carta certificada con acuse de recibo, dirigida al presidente del consejo de administración. Este, en el plazo de diez días, pondrá el hecho en conocimiento de los demás accionistas para que en el plazo de treinta días manifiesten su deseo de hacer uso del derecho preferente que les reconoce, de adquirir tales acciones. En el caso de que sean varios los accionistas que deseen hacer uso de dicho derecho, se repartirán entre ellos las acciones que pretendan enajenar en proporción a la proporción de cada interesado. En el caso de que no haya accionistas que quieran adquirir las acciones, podrá hacerlo la compañía, cumpliendo las formalidades legales, en el plazo de otros treinta días, y en el supuesto de que no haya ningún accionista que desee adquirirlas, ni la Sociedad decida hacerlo, podrá procederse libremente a la enajenación, con tal de que se haga dentro del plazo de seis meses a contar de la notificación del propósito de vender, pues en caso contrario deberá repetirse el ofrecimiento. De no haber acuerdo sobre el precio de las acciones a enajenar, éste será determinado por tres árbitros de equidad, elegidos de conformidad con lo que dispone la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje [...]». En opinión del TS, tales árbitros no son tales si no arbitradores y ello porque no tienen por objeto resolver una controversia jurídica, sino solventar un extremo no jurídico de una relación jurídica como es el señalamiento del precio en la compraventa. Comentando la sentencia, Antonio PERDICES HUETOS, STS 29 noviembre 2000. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, abril-septiembre 2001, n.º 56, marginal 1517, pp. 582 y ss., parece entender

La doctrina societaria se muestra más bien conservadora en este punto y considera que los supuestos en que se deja la fijación del precio de acciones o participaciones a un tercero —experto independiente o auditor— a lo largo y ancho de las Leyes societarias son casos de arbitrio de terceros y no de arbitraje.<sup>17</sup>

En nuestra opinión, el papel que en su caso, asumirá el tercero dependerá de diversos factores, aunque particularmente de la existencia de una controversia y de la voluntad de las partes expresada en el convenio arbitral, que podrían, pese a la existencia de una controversia, otorgar a dichos terceros el papel de arbitradores y no de árbitros. Aún existiendo la controversia, subsistiría el problema de si el arbitraje puede

---

que se trata no tanto de un arbitrio de terceros como un supuesto de dictamen arbitral. El dictaminador no completa o integra una relación jurídica aún no definida totalmente, sino que determina o fija la cuantía a que asciende el precio ya programado en la Ley o en los estatutos, siendo que en este caso es el valor real lo que deben dictaminar o fijar. De ahí que su labor sea declarativa o de fijación. En su opinión, si fijado el valor real de las acciones por los dictaminadores arbitrales, se produjese controversia acerca de su corrección, entonces se podría acudir a un arbitraje para resolver la cuestión.

<sup>17</sup> Así, por todos, lo expresa claramente Cremades, *El arbitraje societario*, p. 5, la intervención de expertos independientes en los casos de los artículos 38, Ley de Sociedades Anónimas (texto refundido de 1989) (LSA) y 100, Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995 (LSRL), designados por el registrador mercantil, no son verdaderos árbitros, sino mandatarios para rellenar ciertas lagunas contractuales y cuya regulación camina por el sendero del arbitramiento del artículo 1447 CC. Su decisión forma parte del contenido contractual y, por lo tanto, revisable ulteriormente en vía jurisdiccional o arbitral.

La exposición de la doctrina en este punto puede verse en otro trabajo anterior: M<sup>a</sup> del Pilar PERALES VISCASILLAS, «La valoración de acciones y participaciones por el auditor: una perspectiva jurídica». En *Revista La Ley*, 20 de septiembre 2000 (I), pp. 1-5; y 21 septiembre 2000 (II), pp. 1-7.

<sup>18</sup> El impacto se notará especialmente en las llamadas cláusulas de liquidación societaria, por las que los socios de una sociedad acuerdan diferir a un tercero la liquidación del haber social. Situación que será arbitrable o no dependiendo de la existencia de una controversia entre las partes.

En estos casos, la jurisprudencia, al amparo de la LADP, consideró que no podía hablarse de arbitraje sino de arbitramiento. Así por ejemplo: STS 8 octubre 1963, en MUÑOZ SABATE, *Jurisprudencia arbitral*, pp. 97-98, que no puede calificar el convenio

ser válido para resolver controversias meramente económicas. Nuevamente sobre este particular se puede responder afirmativamente.<sup>18</sup> Por supuesto que los árbitros no podrán sustituir a los órganos sociales —junta general y administradores— o a terceros (expertos o audi-

---

relativo a la sumisión del dictamen de tres personas que habían de concretar los ingresos y gastos habidos en la explotación del negocio común (sociedad civil irregular o mera asociación de cuentas en participación) de transacción, puesto que no existe «una concreta divergencia entre las partes y le falta además el medio transaccional indispensable de las mutuas concesiones de las mismas para soslayar un pleito o yugularlo»; tampoco lo puede calificar de arbitraje por falta de formalización y previa sumisión a lo que en su día dicten los árbitros. Y STS 14 junio 1968 (RA 3184), en MUÑOZ SABATE, *Jurisprudencia arbitral*, pp. 115-116, donde se califica de arbitraje impropio (artículo 3.2 LADP, lo que implica que lo considere un supuesto de arbitramiento pues las partes deben aceptar la decisión del tercero después de emitida) el acuerdo de los socios de una SRL por el que dos de ellos dejarían la sociedad, quedando subsistente entre los otros dos. Para ello se designan dos personas para que determinen el haber líquido de la sociedad y el valor de las cuotas sociales de los socios separados. Interesante es la SAP Madrid, 24 febrero 2003 (sección 18ª), que califica de una «especie de arbitraje técnico» la cláusula del contrato de venta de acciones conforme al cual el desacuerdo en torno a la liquidación de los posibles beneficios se sometía al dictamen de una firma de auditores, siendo, además, que existía una cláusula de arbitraje.

Sin embargo, por la posibilidad de que los árbitros lleven a cabo funciones liquidatorias (árbitro-liquidador) se inclina: José María MUÑOZ PLANAS, *Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles. Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*. Madrid, 1978, pp. 492-494.

Aunque generalmente no se entra a discutir la naturaleza jurídica o económica de la materia o, en su caso, la existencia o inexistencia de una controversia, no es infrecuente que en la práctica arbitral se realicen arbitrajes, por ejemplo, para determinar el valor de las acciones porque existe una discrepancia en torno a la valoración realizada por el tercero, sobre todo, en relación con el método empleado para realizarla (Corte Permanente de Arbitraje, laudo parcial 22 noviembre 2002 y laudo final de 19 septiembre 2003, *Yearbook of Commercial Arbitration* (YCA), 2003, XXIII, pp. 100-168); o para permitir que un árbitro divida y distribuya los bienes de una sociedad (TS India, 13 mayo 1999, YCA, 2000, XXV, pp. 721-733); o para que el árbitro resuelva los conflictos sobre ajuste del precio de compra en las fusiones y adquisiciones (PETER, Wolfgang. «Arbitration of Mergers and Acquisitions: Purchase Price Adjustment Disputes». En *Arbitration International*, vol. 19, n.º 4, pp. 491-505, señalando los dos posibles niveles de resolución de disputas: el llamado *expert arbitration* o *expertise-arbitrage* (*Schiedsgutachten*) que no es un arbitraje en el sentido propio del término y el arbitraje.

tores, fundamentalmente), que no son en el sentido estricto de la palabra órganos de la sociedad, en aquellas cuestiones en que su competencia esté atribuida de forma legal e imperativa.<sup>19</sup> En estas circunstancias, las partes no tienen la libre disposición de la materia, por lo que los árbitros no pueden decidir, por ejemplo, la transformación o la fusión de una sociedad hurtando de su competencia a la junta general.<sup>20</sup> En cambio, en aquellas situaciones en que las partes sí ostentan la libre disposición, y esto ocurre generalmente en los supuestos de valoraciones de acciones y participaciones, las partes sí podrán diferir a los árbitros las controversias que entre ellos se susciten, como al efecto hemos indicado al referirnos al artículo 68 LSA, y al artículo 100 LSRL. En este último supuesto, el arbitraje podrá tener lugar en dos distintas hipótesis. Una sería el del árbitro-experto encargado de la

---

<sup>19</sup> Estamos, pues, de acuerdo con el profesor Polo, *Introducción*, p. 91, en relación con el artículo 63.3 LSA, cuando señala que la concesión o denegación de la autorización no puede encomendarse en los estatutos a la decisión de los árbitros, algo que se había mantenido en ocasiones por la doctrina antes de la nueva Ley (así: MUÑOZ PLANAS, *Algunos problemas del arbitraje*, pp. 445-446). El profesor MUÑOZ PLANAS se refiere a la posibilidad de sustituir el sistema pericial previsto en el derogado artículo 20 LSRL 1953 —valoración de las participaciones sociales en los casos de transmisión de participaciones— por otro distinto, esto es, el arbitraje, en la escritura. Sin embargo, el artículo 123.2 RRM es claro: «los estatutos no podrán atribuir a un tercero la facultad de consentir o autorizar la transmisión». En opinión del profesor Polo (id., p. 93) «se trata, en definitiva, de una aplicación concreta del criterio de que los acuerdos y decisiones que constituyen competencia de los órganos sociales no son materia sobre la que se pueda pactar el compromiso arbitral, ya que no estamos ante una cuestión litigiosa en sentido estricto, sino de la decisión sobre una cuestión social interna que compete a un órgano social».

*Vid* en este sentido: SAP Barcelona, 6 noviembre 2000 (RA 2001/60548).

<sup>20</sup> Pero sí podrán decretar la nulidad de la fusión (artículo 246 LSA). En el derecho belga, también se considera arbitrable la nulidad de una fusión y escisión (CAPRASSE, Olivier. *Les sociétés et l'arbitrage*. Paris: Bruylant (Bruxelles)/LGDJ, 2002, pp. 226-227). En este ordenamiento se entiende que los árbitros no pueden gestionar la sociedad, aunque sí solucionar los litigios derivados de dicha gestión: CAPRASSE, pp. 172-174, resaltando que la sustitución de los órganos de gestión por los árbitros no presenta en realidad un problema de arbitrabilidad en sentido estricto.

valoración de las participaciones sociales en los casos de separación y exclusión de socios: «a falta de acuerdo sobre el valor razonable<sup>21</sup> de las participaciones sociales [...], las participaciones serán valoradas por el auditor de cuentas distinto al de la sociedad». La otra significaría que el árbitro puede decidir el nombramiento de la persona/experto encargado de la valoración de las participaciones: «a falta de acuerdo sobre [...] la persona o personas que hayan de valorarlas [...], las participaciones serán valoradas por el auditor de cuentas distinto al de la sociedad, designado por el Registrador mercantil del domicilio social [...]». No podrá, sin embargo, el árbitro nombrar al experto independiente en los casos del artículo 38.1 LSRL, y ello porque el procedimiento en este caso es esencialmente unilateral, no existe controversia entre las partes y, por lo tanto, el arbitraje no puede tener lugar.

En relación con la adopción de acuerdos que corresponde tomar a la junta general, ya hemos señalado que no podrá someterse dicha decisión a los árbitros, pero sí se podrá acudir al arbitraje para resolver «las controversias que surjan derivadas de la falta de adopción del acuerdo por el órgano social correspondiente, o de la oposición al mismo a otras decisiones orgánicas y funcionales tomadas por los órganos sociales o las personas que desempeñan los cargos en virtud del ejercicio de las propias competencias y facultades».<sup>22</sup>

Esta posición general así diseñada permite su aplicación a numerosas materias societarias, por ejemplo, la exclusión o separación de so-

---

<sup>21</sup> Como se sabe originalmente la norma establecía que sería el valor real. El valor real fue sustituido por el valor razonable por virtud de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (BOE 23 noviembre 2002, n.º 281), por lo que sorprenden que algunas ediciones de los Códigos y Leyes mercantiles todavía se refieran al valor real.

<sup>22</sup> Nuevamente: POLO, Introducción, p. 88. De acuerdo también: MUÑOZ PLANAS, *Algunos problemas*, nota 111. En el mismo sentido: ESCURA, «Introducción al tema del arbitraje en materia de sociedades anónimas». En *TAB*, 1992, n.º 4, p. 10; y Tomás GIMÉNEZ DUART, «Impugnación de acuerdos sociales y otras cuestiones». En *TAB*, 1992, n.º 4, p. 21. *Vid infra*, capítulo III, apartados V.6 y VII.3 a.1. Así también en el derecho estadounidense en relación con los administradores:

cios, de tal forma que los árbitros no pueden sustituir a la Junta que es el órgano competente para acordar la exclusión<sup>23</sup> o para tomar la decisión acerca de la causa legal que, en su caso, dará lugar al ejercicio del derecho de separación (por ejemplo, las enumeradas en el artículo 95 LSRL). Aunque sí son arbitrables las disputas que surjan entre la sociedad y el socio con motivo de la exclusión o separación,<sup>24</sup> como la cuestión de si se ha producido o no la causa —legal o estatutaria— que da lugar a la expulsión o a la separación; o si procede o no considerar efectuada validamente la separación cuando hay discrepancia respecto

---

Note, Arbitration, pp. 280-281. En el derecho francés se llega a igual conclusión y así se entiende desde dos famosas sentencias de 9 enero 1979 que los litigios que tengan por objetivo dirimir acerca del reparto de competencias entre los órganos sociales no son arbitrables, y ello porque los árbitros no pueden sustituir a los órganos sociales, ni las partes tienen el poder de contravenir el reparto legal de funciones establecidas. Se entiende en este sentido que son cuestiones de orden público, aunque se exceptúan los litigios relativos a las dificultades de ejecución de una decisión tomada por un órgano social (COHEN, Daniel. *Arbitrage et société*. Paris: LGDJ, 1993, pp. 127-134, exponiendo el ejemplo de las filiales comunes, donde las situaciones de bloqueo pueden ser habituales; Jean-Baptiste RACINE, *L'Arbitrage commercial international et l'ordre public*. Paris: LGDJ, 1999, pp. 88-90; y Bernard HANOTIAU, *Recueil Des Cours. Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 2002, tome 296 de la collection. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2003 (citado como HANOTIAU, *L'arbitrabilité*, 2002), pp. 165-166, quien señala que sí es arbitrable la demanda del accionista dirigida a satisfacer su derecho de información cuando el mismo le es negado por los administradores).

<sup>23</sup> Aunque sí es arbitrable el supuesto del artículo 99 LSRL donde se requiere, además del acuerdo de la junta general, resolución judicial firme cuando el socio no se conforme con la exclusión: José María MUÑOZ PLANAS/José María MUÑOZ PAREDES, «La impugnación de acuerdos de la junta general mediante arbitraje». En *Revista de Derecho Mercantil* (RDM), 2000, n.º 238, p. 1476, nota 66.

<sup>24</sup> La SAP Madrid, 24 septiembre 2002 (sección 21ª) enjuicia precisamente un supuesto en el que un socio minoritario (SA, propietaria del 20% del capital social) de una SA demanda arbitralmente su separación de la sociedad. Aunque no queda del todo claro, parece deducirse de una de las pretensiones de la sociedad, así como de la opinión de la SAP respecto a la naturaleza jurídica del derecho de separación, que la discusión se centra en torno a si concurre causa legal justificativa de la separación, al no existir previsión estatutaria al respecto. El tribunal señala que la cuestión es arbitrable. Tras hacer un recorrido por el significado y origen del derecho de separación como derecho legal cuya normativa es impe-



a la observancia de los requisitos de tiempo y forma que la Ley impone para su ejercicio.<sup>25</sup>

Pueden también, aplicarse las conclusiones que anteceden a una hipótesis no del todo infrecuente en materia societaria y que ha sido

---

rativa y de mínimos, señala que nada impide que estatutariamente se pacten otros causales de separación, de lo que deduce que es válida la previsión estatutaria de someter esta materia a arbitraje y por lo tanto debe predicarse la arbitrabilidad por disponibilidad de la materia. Asimismo, y haciéndose eco de la postura doctrinal por la que se limita la arbitrabilidad a las sociedades cerradas, apunta que la sociedad en cuestión es precisamente una sociedad de esas características. Señala, además, en relación con el objeto del arbitraje que siendo éste la separación del socio, quedaría incompleto si los árbitros no evaluarán la parte del socio separado, por lo que los árbitros han resuelto sobre puntos sometidos a su decisión.

La Sentencia se refiere también a otras cuestiones, interesa destacar la relativa a la recusación de uno de los árbitros por la «amistad íntima» con los socios integrantes de la sociedad que pretenden la separación. El árbitro, conocido y reputado catedrático de Derecho Mercantil (don Alberto B.R.C.) resulta ser «discípulo predilecto y amigo íntimo» del también catedrático de Derecho Mercantil, don Joaquín G. y D.C. (fallecido en el año 1983), a la postre padre y suegro respectivamente de los dos socios a los que pertenece la sociedad que pretenden separarse. Acertadamente la SAP rechaza este motivo de recusación porque «aunque se tenga por probada la amistad íntima entre el árbitro recusado y su maestro don Joaquín G. y D.C., lo que en absoluto ha quedado acreditada es la amistad íntima entre don Alberto B. y la hija de don Joaquín G. doña Teresa G. y L.C. Siendo así que sería en esta última relación de amistad y no en la primera donde radicaría la causa de recusación».

Frente a esta sentencia se presentó recurso de amparo ante el TC alegándose vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva por incurrir en irrazonabilidad y arbitrariedad al reconocer un inexistente derecho de separación del socio en atención a motivos de equidad y en supuesta oposición al régimen imperativo de la LSA. El TC en STC 9/2005, 17 enero 2005, no entra en dichas consideraciones puesto que no se revisa el laudo —fondo del asunto, especialmente cuando el laudo está fundamentado y razonado—, sino que el tribunal sólo puede entrar al examen de las alegaciones relativas a la vulneración del artículo 24 CE. *Vid* el comentario en: Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, «La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por 'justa causa' en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005 de 17 de enero de 2005». En *Revista de Derecho de Sociedades* (RDS), 2006, n.º 26, I, pp. 269-309.

<sup>25</sup> MUÑOZ PLANAS, «Algunos problemas...», pp. 474-476 y pp. 482-483, siguiendo al profesor Garrigues, en materia de exclusión, aunque de acuerdo con Girón parece

muy comentada por la doctrina debido a la existencia de una RDGRN de 27 abril 1989,<sup>26</sup> que en una situación de *impasse* de la sociedad excluye el arbitraje por no considerar cuestión litigiosa la resolución de los empates del Consejo de administración. Entendemos que este tipo de situaciones son arbitrables. Las hipótesis de *impasse* —ya sea en Junta general o en el Consejo de administración— provocadas por el empate entre dos socios o grupos de socios que avocan a la sociedad a una situación de imposible funcionamiento son arbitrables: en primer lugar, existe una controversia entre las partes —los dos socios o grupos de socios o entre los miembros del Consejo que pretenden decisiones irreconciliables— y en segundo lugar, los árbitros no sustituyen ni suplantán el papel de la junta o del órgano de administración sino que, por el contrario, completan la voluntad social. Ello es, además, coherente con la visión contractualista de la sociedad, y así al igual que es posible el arbitraje, por ejemplo, en el caso de los artículos 1447 y 1598 CC, entendemos posible dicho medio de resolución de disputas para completar la voluntad social, máxime porque los argumentos constitucionales alegados en la RDGRN no son aplicables al arbitraje, que es una institución distinta del poder jurisdiccional.

---

que la decisión de excluir adoptada por los árbitros podría ser válida (*Id.*, nota 138). A su juicio, la libre disponibilidad deriva de que el derecho a la condición de socio es un derecho subjetivo. Igualmente MUÑOZ PLANAS/MUÑOZ PAREDES, p. 1476, nota 66.

En el derecho comparado se entiende que las disputas relativas a la separación y a la exclusión de socios son arbitrables: HANOTIAU, *L'arbitrabilité*, 2002, pp. 166-168, refiriéndose también a los supuestos de exclusión forzosa (*freeze-out*); efectivamente así lo pone de relieve para el derecho belga: CAPRASSE, pp. 218 y ss, en relación tanto con la exclusión de socios en las cooperativas, y la exclusión forzosa en las sociedades capitalistas tanto por justos motivos como por la venta forzosa en favor de los accionistas que detentan más del 95% del total de las acciones. En el derecho francés: COHEN, p. 124. En el derecho italiano la cuestión es discutida, sobre todo, cuando la exclusión o la separación conlleva la disolución societaria.

<sup>26</sup> RCEA, 1990, pp. 133-137.

### III. LA LIBRE DISPOSICIÓN

El artículo 2.1 LA estima que:

Artículo 2.1.- «Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho».<sup>27</sup>

El concepto de la libre disposición sobre el que gira la arbitrabilidad de la materia sometida a arbitraje es un concepto indeterminado que la doctrina española ha tratado de identificar con la materia patrimonial, de tal forma que las materias patrimoniales podrán ser objeto de arbitraje. Este criterio se encuentra también en el derecho comparado, especialmente en el ordenamiento suizo (artículo 177.1 Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza). Sea como fuere, lo cierto es que la libre disponibilidad de la materia se ve limitada por ciertos criterios: las normas imperativas o de orden público y las competencias exclusivas de los tribunales. No obstante, estos límites han sufrido un proceso de erosión que expande el concepto de lo arbitrable en el derecho español, siendo una buena muestra de esta evolución el derecho societario y particularmente la impugnación de acuerdos sociales. Efectivamente, la tendencia mayoritaria de nuestra doctrina y jurisprudencia contraria a la arbitrabilidad, que contó, sin embargo, con algunas voces críticas, sufrió un duro revés en el año 1998 merced de dos decisiones prácticamente paralelas en el tiempo tanto de la DGRN (RDGRN 19 febrero 1998) (RA 1118), como de nuestro alto Tribunal (STS 18 abril 1998) (RA 2984). Ambas decisiones marcan un punto de inflexión en el estudio de la arbitrabilidad societaria hasta el punto que las voces contrarias a la arbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales están hoy claramente en minoría, al tiempo que ese reconocimiento a la arbitrabilidad de dicha materia —que se erigió en inarbitrable por excelencia en el campo societario— animó a una visión más favorable hacia la arbitrabilidad de otros ámbitos del derecho societario.

---

<sup>27</sup> Es un criterio seguido ampliamente en otros ordenamientos jurídicos como Francia, Italia, Holanda, Croacia y Grecia. *Vid* mayores detalles: PERALES VISCASILLAS, «Arbitrabilidad y convenio arbitral», p. 127, nota 1.

Las decisiones indicadas, como veremos respaldadas en cierto modo por los cambios legislativos en las normas sobre procedimiento en la LSA, no sólo constituyeron un revulsivo para la doctrina que cambió de parecer de forma inmediata y saludaron con espíritu renovado —lógico a la luz de los cambios experimentados en el arbitraje y, en general, en nuestro derecho, desde el año 1951— las nuevas relaciones entre el arbitraje y la impugnación de los acuerdos sociales, sino que también tuvieron su impacto en el legislador.<sup>28</sup>

La paradigmática STS 18 abril 1998 (RA 2984)<sup>29</sup> en relación con la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales muy claramente indicó que:

La posibilidad de someter a un arbitraje la nulidad de la Junta General y la impugnación de acuerdos sociales fue admitida por esta Sala en Sentencias de 26 abril 1905 y 9 julio 1907; la sentencia de 15 octubre 1956 cambió el criterio y negó aquella posibilidad, que fue reiterado por las Sentencias de 27 enero 1968, 21 mayo 1970 y 15 octubre 1971;

---

<sup>28</sup> Efectivamente, un año más tarde, en 1999, se aprueba la Ley General de Cooperativas (Ley 27/1999, 16 julio 1999) (BOE, n.º 170 de 17 de julio), cuya Disposición Adicional Décima ya reconoce la arbitrabilidad de dos materias controvertidas: la impugnación de los acuerdos sociales y la nulidad de acuerdos sociales, siguiendo los postulados de la STS 18 abril 1998.

<sup>29</sup> Son varios los criterios establecidos por esta sentencia tanto en relación con la validez de los convenios arbitrales estatutarios como en relación a la arbitrabilidad de la nulidad de la junta de accionistas y la impugnación de acuerdos sociales. Criterios que han sido seguidos por numerosas sentencias de las AP, destacando la AP de Vizcaya (sección 4ª), 25 enero 2001 (AC, Audiencias, n.º 28, 9 al 15 julio 2001, @625), enjuiciando una SRL, y SAP Navarra (sección 2ª), 4 junio 2001 (RCEA, 2002, pp. 170-187; y *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* (RVDPA), 2003, n.º 3, pp. 775-787; SAP Vizcaya, 13 febrero 2002 (sección 4ª) (RA 219114); y SAP Pontevedra (sección 6ª), 10 febrero 2003). En las dos primeras se minimiza el hecho de que no constituya todavía doctrina jurisprudencial. Así la primera señala: «El argumento de que es la única sentencia con un contenido semejante en los últimos tiempos no es suficiente para que no se aplique, pues lo cierto es que tampoco se han dictado, después de ella, resoluciones en sentido contrario que puedan dar a entender una jurisprudencia dubitativa o

actualmente, tras las reformas legales, tanto la legislación de arbitraje como de la societaria, esta Sala debe pronunciarse conformando la última doctrina o volviendo a la más antigua. Esta Sala estima que, en principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la junta de accionistas, ni la impugnación de acuerdos sociales; sin perjuicio de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo. Se tienen en cuenta varios argumentos: la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de «ius cogens» pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal de resolverlas; el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empiece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos; no son motivos para excluir el arbitraje este Poder Judicial que se refiere a la jurisdicción nacional frente a la extranjera, ni el artículo 118 de la Ley de Sociedades Anónimas que se refiere a la competencia territorial, ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público, como excluyente del arbitraje.

---

cambiante en esta materia; lo que simplemente ha ocurrido es que el TS no ha tenido oportunidad de pronunciarse con posterioridad al 18 abril 1998, siendo lógico suponer que, si se hubiese sometido a su decisión un supuesto similar, hubiera seguido la misma línea pues no es lógico pensar que se modifique un criterio seguido durante tantos años para volver al anterior a la primera oportunidad». La segunda indica que: «Ya hemos expuesto, por qué razones entendemos que debemos acatar el precedente jurisprudencial, concretado en la sentencia de 18 de abril de 1998, el hecho, de que tal sentencia, no sea constitutiva de «doctrina jurisprudencial» (además de ser una opinión particular, de la parte recurrente en anulación, pues no debe olvidarse, a efectos del n.º 6 del artículo 1 del Código Civil, no afectado por la Ley de Enjuiciamiento Civil, que el Tribunal Supremo, en definitiva, viene a ratificar, la doctrina jurisprudencial, mantenida desde comienzos del pasado siglo, hasta el año 1956), según entiende la parte recurrente en anulación, en nada empece, nuestra posición, de acatamiento del precedente [...]». Sigue también estos pronunciamientos: SAP Madrid, 9 febrero 2004 (sección 10ª) (RA 250614).

La STS 18 abril 1998 ha sido confirmada parcialmente por las SSTS 30 noviembre 2001 (RA 9855) y 15 septiembre 2004 (RA 5476) en lo atinente a la validez de la cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje. *Vid* también SAP Barcelona, 6 noviembre 2000 (RA 2001/60548), que considera bajo la vigente LA plenamente arbitrable la materia relativa a la nulidad de acuerdos sociales.

Si bien la RDGRN 19 febrero 1998 no se refiere nada más que de forma tangencial a la arbitrabilidad y sus relaciones con la competencia exclusiva de los tribunales,<sup>30</sup> sí lo hace de forma clara la STS 18 abril 1998. El TS correctamente valora la incidencia de la competencia exclusiva de nuestros tribunales señalando que no pueden ser argumentos en contra del arbitraje ni el artículo 22 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ):

Artículo 22.- «Que se refiere a la jurisdicción nacional frente a la extranjera».

Ni el artículo 118 LSA:

Artículo 118.- «Que se refiere a la competencia territorial».

En definitiva, para el TS, se trata de normas que dirimen la competencia entre tribunales de justicia, pero sin que ello implique la exclusión de la arbitrabilidad de la disputa.

No dice, sin embargo, el TS qué criterios son los que servirán para enjuiciar los límites a la arbitrabilidad, de tal forma que se deja la puerta abierta para discutir, en su caso, los extremos, entendemos, también cuestiones o derechos, que, formando parte de las materias sobre nulidad o impugnación de acuerdos sociales, podrían ser considerados como inarbitrables. Buena muestra de la polémica que ello va a generar son tanto las opiniones doctrinales generadas, como la jurisprudencia (menor) que empieza a perfilar los extremos de la sentencia del Supremo.

Destacan, en este sentido, dos sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, que vienen a significar una vuelta hacia el criterio de la imperatividad de la norma, que parecía ya estar superado. Nos referi-

---

<sup>30</sup> En concreto en su Fundamento de Derecho 3º indica que: «finalmente, la exclusividad de la vía judicial para la impugnación de los acuerdos sociales, si bien goza de un reiterado respaldo jurisprudencial [...] está pendiente de confirmación tras las últimas reformas legales, tanto de la legislación de arbitraje como de la societaria, y hoy día es doctrinalmente cuestionada en base a diversos argumentos».

mos a la SAP Barcelona, 17 febrero 1999 y la SAP Barcelona, 16 mayo 2003 (sección 15ª). En el mismo sentido, el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao, n.º 1, 2 noviembre 2005, considera que la impugnación de acuerdos sociales por violación del derecho de información del socio (falta de entrega de la memoria) es inarbitrable, y ello porque el derecho de información es norma de *ius cogens*.

Puntualizar, también, en relación con la STS de 1998 que sólo tangencialmente se refiere al orden público, si bien queda clara la separación entre la norma imperativa y el orden público, y que ambos no se erigen en límites a la arbitrabilidad, excepción hecha de la violación del orden público procesal.<sup>31</sup>

Además de la materia reseñada, existen otras donde la arbitrabilidad es pacífica.<sup>32</sup> Así sucede con: la transmisión o cesión de acciones o participaciones, incluyendo los supuestos de existencia de cláusulas restrictivas de la transmisión; el cese de los administradores en el ejercicio de su cargo, las controversias sobre las indemnizaciones que pudiesen corresponderles, o la cuantía o procedencia de su retribución, la responsabilidad civil de los administradores,<sup>33</sup> las materias que se relacionan con el derecho de voto, como las relativas a los acuerdos y

---

<sup>31</sup> Vid también: SAP Santa Cruz de Tenerife, 27 octubre 2006 (RA 2007/953).

<sup>32</sup> Los detalles en PERALES VISCASILLAS, *Arbitrabilidad y convenio arbitral*, pp. 170-172.

<sup>33</sup> Éste es considerado, sin embargo, problemático en relación a su posible sometimiento a arbitraje por Manuel BOTANA AGRA, Acerca de la sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos de sociedades anónimas. Derecho de lo Negocios, enero 1999, n.º 100, p.11. La SAP Navarra (sección 2ª), 4 junio 2001 (RCEA, 2002, pp.170-187), en un *obiter dicta*, entiende que el régimen de ejercicio de la acción social de responsabilidad, frente a los administradores, regulado en el artículo 134 LSA, no es arbitrable y ello porque es una regulación imperativa, que la actuación sólo se entiende en sede jurisdiccional, y además con un designio proclive a salvaguardia del interés, del grupo minoritario de accionistas, concretado en el 5% del capital social, con cuya oposición, no se puede verificar un acto de disposición material del derecho deducido en juicio. Asimismo, se refiere a la inarbitrabilidad de los delitos societarios regulados en los artículos 290 a 297 del Código Penal. Por contra, es claramente arbitrable para la STS 15 septiembre 2004 (RA 5476), en relación con una SRL.

sindicatos de voto las cuestiones relativas al reparto de dividendos u otros beneficios entre los socios, las controversias sobre la valoración de acciones y participaciones,<sup>34</sup> etc.

La cuestión de si la nulidad de la sociedad puede quedar sometida a arbitraje recibe respuestas diferentes en el derecho comparado. En favor se muestran los ordenamientos belga,<sup>35</sup> suizo, sueco o estado-unidense. En otros países, como Italia o Francia, la doctrina considera dicha materia inarbitrable, aunque se inicia un cierto cambio de perspectiva.<sup>36</sup> En España, se trata de una cuestión muy debati-

---

También considera que la acción para exigir la responsabilidad de los administradores sociales al amparo del artículo 134 LSA es arbitrable: Auto de la Audiencia Provincial de Girona, 15 marzo 2001 (RCEA, 2002, pp. 146-149); y CAMPO VILLEGAS, El arbitraje societario, pp. 19-20, entiende de conformidad con la RDGRN 19 febrero 1998 y SAP Las Palmas de Gran Canaria, 5 julio 1996, que la acción social de responsabilidad del administrador sí es arbitrable, y ello porque el orden público no está afectado («al orden público pertenecen las normas configuradoras del nombramiento, ejercicio y representación, pero no las consecuencias patrimoniales de su relación jurídica y actuación»); no es aceptable, en su opinión, el argumento de que la cláusula arbitral implica una renuncia anticipada de acciones, pues el convenio afecta al cauce procesal, pero no a la acción; por último, opina que son cuestiones de naturaleza patrimonial y, por lo tanto, disponibles puesto que van dirigidas a obtener la indemnización y la reparación del daño causado. Por lo que respecta a la acción individual de responsabilidad, señala que las acciones ejercitadas por los terceros no son arbitrables por cuanto a éstos no les afecta la cláusula estatutaria, y en relación con las acciones de los socios frente a los administradores sólo serán arbitrables cuando la actuación dañosa del administrador lo haya sido en su esfera de competencia orgánica, aunque se excediese.

La SAP Santa Cruz de Tenerife, 27 octubre 2006 (RA 2007/953) parece insinuar que la responsabilidad *ex lege* de los administradores no es arbitrable, pero sí si deriva del contrato privado de sociedad.

<sup>34</sup> *Vid supra*, capítulo II, apartado IV.

<sup>35</sup> *Vid* CAPRASSE, pp. 155-159.

<sup>36</sup> *Vid* RACINE, pp. 90-91 (*against*); and COHEN, pp. 142-147 (*in favour*), who speaks on the new developments. COHEN, pp. 142-147, as well as HANOTIAU, *L'arbitrabilité*, 2002, pp. 163-164, in relation with the decision of the Cour de Cassation (Ch. commerciale), 9 April 2002, *Tolouzy c/SNC Philam*, RA, 2003, n.º 1, pp. 103-114, note by Paul Didier. See also: Cour de Cassation (2ª Ch. civile), 4 April 2002, *Société Barbot CM (SA) c/société Bouygues Bâtiment et autre*, RA, 2003, n.º 1, pp. 103-114, note by Paul Didier.



da.<sup>37</sup> Lo mismo sucede en relación con la materia relativa a la disolución de la sociedad.<sup>38</sup>

#### IV. EL CONVENIO ARBITRAL ESTATUTARIO

La posibilidad de incluir una cláusula de arbitraje societario en los estatutos de las sociedades de capital<sup>39</sup> es indiscutible en el derecho comparado, así como en nuestro derecho como lo confirma tanto el acuerdo al que llegaron las Cámaras de Comercio, el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores por el que se establecía una cláusula estatutaria modelo de arbitraje societario, que recibió la aprobación de la DGRN mediante Resolución 1 octubre 2001.<sup>40</sup> Resolución que se vio propiciada por la nueva doctrina asentada por la STS

---

*For Italian Law: Fabrizio CRISCUOLO, Sulla compromettibilità in arbitri della questione di nullità del contratto. En L'arbitrato. Fondamenti Tecniche. Dir: Enrico Caterini y Giovanna Chiappetta. Quaderni della Rassegna di diritto civile diretta da Pietro Perlingieri. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, s.p.a., 1995, pp. 133-145, contrary to the arbitrability.*

<sup>37</sup> Vid CARAZO LIÉBANA, María José. *El arbitraje societario*. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 168-170; y PERALES VISCASILLAS, pp. 183-185.

<sup>38</sup> Lo considera arbitrable SAP Barcelona, 16 septiembre 2004 (RA 305489).

<sup>39</sup> En cuanto a la aptitud de los Reglamentos internos y los pactos parasociales para incluir un convenio arbitral, véase: PERALES VISCASILLAS, *Arbitrabilidad y convenio arbitral*, pp. 200-203; y Fernando OLAIZOLA MARTÍNEZ, «El arbitraje societario en los tiempos de la globalización». En *Revista Jurídica del Notariado*, 2005, n.º 56, pp. 85 y ss.

<sup>40</sup> La cláusula modelo indica:

- «1. Toda controversia o conflicto de naturaleza societaria, entre la sociedad y los socios, entre los órganos de administración de la sociedad, cualquiera que sea su configuración estatutaria y los socios, o entre cualquiera de los anteriores, se resolverá definitivamente mediante arbitraje de derecho por uno o más árbitros en el marco de la Corte Española de Arbitraje del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, de acuerdo con su reglamento y estatuto, a la que se encomienda la administración del arbitraje y la designación del árbitro o tribunal arbitral.
2. Todas las impugnaciones de acuerdos sociales o decisiones adoptados en una misma junta o en un mismo consejo de administración y basadas en causas

18 abril 1998 y RDGRN 19 febrero 1998.<sup>41</sup> El apartado 1º de la cláusula somete a arbitraje «Toda controversia o conflicto de naturaleza societaria entre la sociedad y los socios, entre los órganos de administración de la sociedad, cualquiera que sea su configuración estatutaria y los socios, o entre cualquiera de los anteriores». Si bien la dicción es lo suficientemente amplia para incluir cualquier disputa societaria, la referencia que se realiza en el apartado 2º de la cláusula a: «las impugnaciones de acuerdos sociales o decisiones adoptados en una misma junta o en un mismo consejo de administración y basadas en causas de nulidad o de anulabilidad», despeja la duda acerca de la intención de los redactores de la cláusula de someter dichas disputas a arbitraje.

---

de nulidad o de anulabilidad se sustanciarán y decidirán en un mismo procedimiento arbitral.

3. La Corte Española de Arbitraje no nombrará árbitros o árbitro en su caso en los procedimientos arbitrales de impugnación de acuerdos o de decisiones hasta transcurridos 40 días desde la fecha de adopción del acuerdo o decisión impugnada y, si fueren inscribibles, desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.
4. En los procedimientos de impugnación de acuerdos sociales la propia Corte Española de Arbitraje fijará el número de los árbitros y designará y nombrará a todos ellos.
5. Los socios, por sí y por la sociedad que constituyen, hacen constar como futuras partes su compromiso de cumplir el laudo que se dicte.

Algunas instituciones arbitrales españolas ofrecen también cláusulas modelo de arbitraje societario. Por ejemplo, la Corte Vasca de Arbitraje reproduce la anterior, aunque en relación con el numeral 3 el plazo es de 15 días y el TAB ofrece la siguiente cláusula tipo: «Todas las cuestiones societarias litigiosas que se planteen entre la sociedad y sus administradores o socios, entre aquellos y estos, o estos últimos entre sí, se someten al arbitraje institucional del Tribunal Arbitral de Barcelona, de la Asociación Catalana para el Arbitraje, encargándole la designación de árbitros y administración del arbitraje de acuerdo con su reglamento. Se exceptúan de esta sumisión aquellas cuestiones que no sean de libre disposición».

En la doctrina es interesante el modelo ofrecido por Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, «Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos». En *RDS*, 2005, I, n.º 24, pp. 244-245.

<sup>41</sup> La STS 18 abril 1998 ha sido confirmada parcialmente por las SSTS 30 noviembre 2001 (RA 9855) y 15 septiembre 2004 (RA 5476) en lo atinente a la validez de la cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje.

Este reconocimiento al arbitraje estatutario ha sido posteriormente refrendado por el artículo 15 de la Orden JUS/1445/2003, 4 junio por la que se aprueban los estatutos orientativos de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, que ofrece un modelo de cláusula de solución de disputas que, como no podía ser de otra forma, opta por un contenido amplio.<sup>42</sup>

Artículo 15.- «Toda cuestión que se suscite entre socios, o entre éstos y la sociedad, con motivo de las relaciones sociales, y sin perjuicio de las normas de procedimiento que sean legalmente de preferente aplicación, será resuelta[...] (a elegir ante los Juzgados o Tribunales correspondientes al domicilio social o mediante arbitraje formalizado con arreglo a las prescripciones legales)».<sup>43</sup>

Aunque no se nombra a los administradores, ha de entenderse que las disputas relacionadas con el órgano de administración están incluidas en la cláusula, puesto que a tenor del artículo 139.3 LSRL para ser nombrado administrador de una SRL Nueva Empresa se necesita la condición de socio.<sup>44</sup>

Una vez admitida la posibilidad de incluir en los estatutos sociales dicho tipo de cláusulas, se presentan una serie de problemas en torno al quórum necesario para su aprobación, eficacia temporal, contenido

---

<sup>42</sup> BOE, 5 junio 2003, n.º 134, pp. 21819 y ss.

*Vid* también: la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales. Comisión General de Codificación. Sección Segunda de Derecho Mercantil, y cuyo artículo 16 señala: «1. Las controversias derivadas del contrato de sociedad que surjan entre socios, entre socios y administradores, y entre cualquiera de éstos y la sociedad, incluidas las relativas a la separación, exclusión, y determinación de la cuota de liquidación, podrán ser sometidas a arbitraje».

<sup>43</sup> Es también interesante el modelo de cláusula estatutaria de arbitraje propuesto por Raeschke-Kessler, que aparece reproducido en HANOTIAU, *L'arbitrabilité*, 2002, p. 162, nota 406. *Vid* asimismo, los recogidos de la práctica estatutaria italiana: SILINGARDI, pp. 191-210.

<sup>44</sup> Este precepto fue introducido por la Ley 7/2003, de 1 de abril de 2003, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo de 1995 de Sociedad de Responsabilidad Limitada, BOE, n.º 79, 2 abril 2003.

—objetivo y subjetivo— de la cláusula,<sup>45</sup> su interpretación y mayorías necesarias tanto para la aprobación como para la modificación de una cláusula de arbitraje en los estatutos sociales.

No era infrecuente que la antigua doctrina societaria —obre todo con anterioridad a 1998— aludiese a la posición del socio respecto de la cláusula arbitral atendiendo al momento de su incorporación, originaria o sobrevenida, a la sociedad. Si el socio era socio fundador su vinculación al convenio permanecía imprejuizada, puesto que la cláusula de arbitraje despliega sus efectos frente a las partes que lo suscribieron: los socios y la sociedad. Incluso, si el convenio se había suscrito entre los socios fundadores, la sociedad también se entendía que, sin duda, formaba parte del convenio.

Se alzaron sin embargo, algunas voces críticas en relación con los socios que se incorporaban a la sociedad tras el momento fundacional aludiéndose fundamentalmente a que la mera compra de unas acciones o participaciones no implicaba que se prestase el consentimiento inequívoco al convenio arbitral. Tras la STS 18 abril 1998 y RDGRN de 19 febrero 1998, sin embargo, se consagra la doctrina predominante en el moderno arbitraje societario según la cual el socio no fundador queda vinculado al convenio por la simple adhesión a los estatutos.<sup>46</sup>

La RDGRN 19 febrero 1998, que atañe a una sociedad de responsabilidad limitada unipersonal, se refiere a un problema del arbitraje societario, típico, entre otros, del arbitraje con múltiples partes, esto es, el de los efectos del convenio arbitral sobre los no firmantes originales de la cláusula. La RDGRN considera los efectos que sobre los socios

---

<sup>45</sup> Sería posible pactar el arbitraje en los estatutos únicamente para cierta categoría de socios. Así lo entiende en relación con el derecho francés: COHEN, p. 259, por ejemplo, el arbitraje sería posible para los accionistas que ostenten acciones cuyo valor nominal sea superior a determinado porcentaje. Con todo, el autor señala que estos supuestos serán bastante infrecuentes en la práctica. Y, entre nosotros: MUÑOZ PLANAS, Algunos problemas de arbitraje, pp. 420-421.

<sup>46</sup> En contra BOTANA, p. 18.

tiene la existencia de un convenio de arbitraje que forma parte de los estatutos sociales para señalar en su fundamento de Derecho 3º que:

[...] puede el convenio arbitral integrarse en los propios Estatutos para la solución de las controversias de carácter social, en cuyo caso, por más que pueda calificarse como regla paraestatutaria, se independiza de la voluntad de los fundadores para pasar a ser una regla orgánica más, como lo puedan ser las restricciones a la transmisión de participaciones sociales, la obligación de realizar prestaciones accesorias, el régimen de separación y, tantas otras que en la medida en que son objeto de publicidad registral vinculan y sujetan a quienes en cada momento lo estén al conjunto normativo constituido por los propios Estatutos. Un pacto compromisorio extrasocial o no inscrito vinculará tan sólo a los contratantes y sus herederos, pero, si se configura como estatutario y se inscribe, vincula a los socios presentes y futuros. El convenio arbitral inscrito configura la posición de socio, el complejo de derechos y obligaciones que configuran esa posición, en cuyo caso toda novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación, la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria [...].

La STS 18 abril 1998, relativa a una Sociedad anónima, reproduce exactamente varios de los considerandos de la RDGRN, confirmando la doctrina señalada en torno a la vinculación de los socios futuros al convenio (*Vid.* Fundamento Jurídico II).

Esta posición que, fue afirmada por las dos decisiones ya mencionadas, y respaldada ampliamente por nuestra doctrina, recibe apoyo, además, en el vigente artículo 9.1 LA que ya no se refiere a la necesidad de que en el convenio se exprese la voluntad «inequívoca» de someterse al arbitraje.

Entendemos que no existen diferencias de tratamiento dependiendo de si se trata de una sociedad anónima abierta o una sociedad cerrada, puesto que tanto los estatutos de unas como los de las otras estarán inscritos en el Registro Mercantil, y al igual que vincularán a los socios, en su caso, las cláusulas restrictivas de la transmisibilidad de las acciones o participaciones, también quedarán vinculados a la cláusula arbitral. A mayor

abundamiento, asimismo, se reconoce en la LA posible validez de la incorporación por referencia del convenio arbitral, esto es, se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas que se establecen en el apartado anterior (artículo 9.4). Es decir y esto, es particularmente interesante en materia de sociedades cotizadas, aunque el argumento es válido para cualquier tipo, se rechaza el argumento que podría hacerse relativo a que el accionista-inversor no podrá quedar sometido al convenio arbitral, puesto que ni tiene ni va a tener los estatutos en su mano. Pues bien, aparte del hecho de que el conocimiento potencial se equipara al conocimiento efectivo, y que el socio al adquirir unas acciones se integra en una situación jurídica compleja (Cfr. artículo 48 LSA), lo cierto es que es plenamente aplicable la regla de la LA que sanciona la validez de los convenios arbitrales incorporados por referencia.

Superada esta ya la polémica relativa al quórum necesario para modificar los estatutos en el sentido de incluir un convenio arbitral, entendiéndose en la actualidad que basta con la mayoría.

La eficacia del convenio frente a los administradores, auditores y liquidadores resulta clara cuando expresamente consta su consentimiento al convenio arbitral. Existen sin embargo, otras situaciones necesitadas de una cierta guía interpretativa y en las que se presentan algunas dudas en torno a la vinculación de los administradores, liquidadores y los auditores al convenio, particularmente si la cláusula no los menciona expresamente.

Principalmente la respuesta negativa a la inclusión de los administradores en el ámbito del convenio se basaba en que faltaba el consentimiento expreso al convenio arbitral, sin que fuese considerado suficiente la aceptación del cargo. Sin embargo, esta postura fue rechazada por la RDGRN 19 febrero 1998 que señaló contundentemente que:

Los Administradores, aunque no ostenten la condición de socios, no por ello son terceros desvinculados del régimen estatutario en su relación orgánica con la sociedad, pues si así fuera tampoco podrían invocar en su favor los derechos que, como puede ser la retribución, les reconocieran, la

acción para exigirles responsabilidad es en gran medida renunciable (artículo 69 LSRL en relación con el artículo 134 LSA) y la irrenunciabilidad a la responsabilidad derivada del dolo (artículo 1102 CC) no es lo mismo que la renuncia a un procedimiento para su exigencia.

(Fundamento de Derecho 3º). Ello implicó una adhesión de nuestra doctrina a este pronunciamiento que mantuvo que los estatutos sociales configuran el haz de obligaciones, deberes y derechos de los administradores por lo que al aceptar el cargo están asimismo consintiendo inequívocamente en someterse a los estatutos y, en consecuencia, también al convenio arbitral.<sup>47</sup> Efectivamente, las leyes societarias prevén que el nombramiento de los administradores surte efecto desde el momento de su aceptación (artículos 125 LSA, 58.4 LSRL, y 141.1 RRM) y que deberán cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos (artículo 127 bis LSA).

La posición de la DGRN ha sido también seguida por la jurisprudencia, destacando el Auto AP Girona, 15 marzo 2001, que ha señalado en un supuesto en el que la cláusula de arbitraje no mencionaba a los administradores que:

En el ámbito de actuación de los socios, a través de los órganos de la sociedad, está la designación de los administradores sociales, el seguimiento de la actividad social y, en su caso, la discrepancia con la forma como una sociedad se administra [...]. Parece claro que una incidencia o derivación de la actuación social de los socios es el nombramiento de los administradores sociales, así como su eventual responsabilidad. Tampoco puede olvidarse que [...] el socio ha intentado que la junta se convoque para decidir sobre la interposición de una acción de responsabilidad de los administradores, sin que haya tenido éxito, lo que le permite, en los términos legales, instar tal acción. En consecuencia,

---

<sup>47</sup> CAMPO VILLEGAS, Elías. «El arbitraje societario en la nueva doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo». En *TAB*, 1998, n.º10, p. 18, porque los estatutos le vinculan; *Id.* «Experiencia y prácticas arbitrales en el Tribunal Arbitral de Barcelona». En *TAB*, RVDPA, 2004, n.º 1, p. 37; y POLO, *Introducción*, p. 76.

nos encontramos ante una «derivación» de la actuación de los socios, en el sentido literal de la palabra, ya que, como no fue la propia sociedad quien decidió ejercitar la acción; la ejercitan los demandantes. Si a ello se une que dichas derivaciones o incidencias, «cualquiera que fuere su naturaleza y materia» quedan sujetas a arbitraje, según los términos empleados, resulta evidente que en el caso que nos ocupa ha existido un pacto de sumisión al sistema arbitral, ya que la materia de que tratamos no se ve afectada por la concisa y categórica exclusión en ella contenida (impugnación de acuerdos sociales).<sup>48</sup>

En relación a los auditores y los liquidadores la cuestión se complica, porque, en primer lugar, no suele coincidir en éstos la cualidad de socio; en segundo término, porque se discute su relación con la sociedad, esto es, y a diferencia de lo que sucede con los administradores, se duda de si son o no órganos de la sociedad; y, por último, porque los modelos de cláusulas de arbitraje societario que existen si bien mencionan a los administradores no se refieren ni a los auditores ni a los liquidadores.<sup>49</sup> Sin embargo, en nuestra opinión, se

---

<sup>48</sup> Auto AP Girona, 15 marzo 2001, RCEA, 2002, p. 148. Éste es otro de los argumentos que emplea el tribunal para entender que la cláusula cubre la acción dirigida contra los administradores sociales. En opinión del tribunal, la cláusula contempla una concreta excepción al arbitraje —la materia de impugnación de acuerdos sociales— «puede decirse que, si sé hubiese pretendido excluir otra clase de acciones de un eventual arbitraje, por ejemplo, las de responsabilidad de los administradores sociales, pudo haberse dicho con la claridad y contundencia que se hizo para el caso expuesto, cosa que no se hizo». La argumentación ciertamente correcta pudo haber sido completada con otra, a saber: que la cláusula contempla la exclusión de la impugnación de acuerdos sociales, por lo tanto, exceptúa de su ámbito de aplicación un tipo de controversia societaria que en puridad de términos no entraría en el sentido restringido de la misma. De ello se deriva que la intención de los firmantes del convenio no era darle a la cláusula la interpretación restringida que pretenden los apelantes.

<sup>49</sup> Por ejemplo, por virtud del acuerdo de las Cámaras de Comercio, el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores se estableció una cláusula estatutaria modelo de arbitraje societario, que recibió la aprobación de la DGRN mediante Resolución 1 octubre 2001: «1. Toda controversia o conflicto de naturaleza societaria, entre la sociedad y los socios, entre los órganos de administración de la sociedad, cualquiera que sea su configuración estatutaria y los socios, o



impone una respuesta similar a la ya indicada en relación con los administradores.<sup>50</sup>

En primer término, los auditores aceptan también el encargo (artículos 205 LSA, 154 RRM en relación con el artículo 141 RRM, y 192.2 RRM) por lo que ha de presumirse que se someten también al contenido estatutario, y en segundo lugar, porque la acción de responsabilidad se rige por lo dispuesto para los administradores de la sociedad (artículo 211 LSA), por lo que al menos, podrá mantenerse que existiendo un convenio arbitral que expresamente se refiera a los administradores, podrá entenderse también incluido en él a los auditores.<sup>51</sup>

En cuanto a los liquidadores, también han de aceptar el encargo, siendo que en numerosas ocasiones y, sobre todo, en sede de SRL, son los mismos administradores los que pasan, mudando su vestidura, a liquidar a la sociedad (artículo 110 LSRL), por lo que nuevamente si existe una cláusula de arbitraje societario, se entenderán automáticamente subsumidos en ella.<sup>52</sup> Por otra parte, la responsabilidad se exigirá en procedimiento ordinario de conformidad con el párrafo 2º del artículo 279 LSA, procedimiento que puede ser sustituido por el arbitral.

En este sentido, el derecho italiano se inclina por la solución indicada, y así el Decreto de 17 enero 2003 establece en su artículo 34.4 que

---

entre cualquiera de los anteriores [...]». O en la cláusula modelo del TAB: «Todas las cuestiones societarias litigiosas que se planteen entre la sociedad y sus administradores o socios, entre aquellos y estos, o estos últimos entre sí [...]».

<sup>50</sup> También cree que los auditores quedan sometidos al convenio: Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, «¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000». En *TAB*, 2001, n.º 2, pp. 135-136.

<sup>51</sup> En todo lo no previsto en la LSRL se aplica lo establecido en la LSA (artículo 84 LSRL).

<sup>52</sup> En este sentido, véase el artículo 114 LSRL que señala que el régimen jurídico de los liquidadores seguirá el establecido para los administradores, y artículo 69 LSRL que en relación a la responsabilidad de los administradores de la SRL se remite a lo dispuesto en la LSA.

los estatutos pueden prever que la cláusula de arbitraje tenga por objeto resolver las controversias que surjan contra los administradores, los síndicos, y los liquidadores, en cuyo caso la aceptación del encargo les vincula a la cláusula.<sup>53</sup>

Si, para finalizar, se plantea un litigio incluido en el ámbito objetivo del convenio con posterioridad al cese de los administradores, liquidadores y auditores, el convenio recobra eficacia frente a ellos.

## V. ALGUNOS PROBLEMAS PROCEDIMENTALES EN EL ARBITRAJE SOCIETARIO

Un argumento que suele indicarse en contra de la arbitrabilidad de las materias mercantiles sensibles, afectadas o no por un foro de competencia exclusiva, sobre todo si hablamos del derecho de sociedades, aunque también del derecho de la competencia, la propiedad industrial, y el concursal, consiste en aludir a los efectos *inter partes* del laudo arbitral: al tratarse de un método de resolución de disputas privadas, los efectos del laudo no pueden alcanzar a terceros no firmantes del convenio. A su vez, el interés de terceros o mejor dicho la afectación del laudo a terceros no firmantes del convenio arbitral se cita como un exponente del orden público que impediría el recurso al arbitraje. Además, este problema se predica igualmente en relación a las cuestiones relativas a la validez de determinados derechos —derechos de la propiedad industrial— o contratos —como el de sociedad— que por estar sometidos a requisitos de constitución en un registro público, la decisión adoptada por un laudo arbitral no puede alcanzar eficacia frente a terceros (incluidos, como se indica en relación con la acción

---

Recuérdese, además, que el artículo 345 CCo (1829) señalaba que las reclamaciones contra los liquidadores por la división del haber social se decidirían por jueces árbitros.

<sup>53</sup> Vid Decreto Legislativo de 17 enero 2003, n.º 5 «*Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n.º 366*», publicado en la *Gaceta Oficial* n.º 17 de 22 enero 2003, *Supplemento Ordinario*, n.º 8, y que entró en vigor el 1 enero 2004.

de impugnación de acuerdos sociales, los socios que, aun siendo parte en el convenio arbitral, no participaron en la litis).<sup>54</sup> Se produce así una tensión entre el poder jurisdiccional de los árbitros y el laudo que emiten frente a los efectos pretendidos que una decisión así debería producir.

En el derecho español el argumento que liga la inarbitrabilidad con la exclusividad del foro sobre la base de la eficacia del laudo no puede mantenerse, y ello porque los efectos de la cosa juzgada afectan, como se sabe, a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes (artículo 222.3 Ley de Enjuiciamiento Civil, 2000 (LEC)). Si la regla general es, pues, la *res iudicata inter partes*, es claro que la eficacia de la sentencia o del laudo no puede servir de argumento en que basar la inarbitrabilidad de las materias sujetas a foros exclusivos o a requisitos constitutivos registrales, puesto que la eficacia *inter partes* se predica de todas las sentencias recaigan o no éstas sobre materias para las cuales se ha previsto una competencia exclusiva. De esta forma, la autoridad registral sería meramente ejecutoria de una decisión previa adoptada por un órgano arbitral, o si se prefiere, que la decisión del árbitro tiene efectos entre las partes, pero el Estado puede reconocer a esa decisión, mediante el acceso registral pertinente o en su caso, mediante declaración legal, efecto frente a todos.

---

<sup>54</sup> Como ha señalado CAMPO VILLEGAS, *El arbitraje societario*, p. 30, el laudo arbitral, al igual que la sentencia, no podrá imponerse nunca ni afectar a terceros que no fueran parte de la litis, no produciéndose la extensión de la cosa juzgada; entiende, además (*Id.*, p. 31), que los intereses de terceros quedan protegidos de diversas maneras: no afecta la cosa juzgada a quienes no suscribieron el pacto arbitral ni a los que no fueron parte en el proceso; no se inscribirá el laudo en el Registro Mercantil mientras no se dé cumplimiento a la normativa que estructura el sistema societario protector; y, por último, la infracción en el laudo de aquella normativa daría lugar a su nulidad por contravención con el orden público (arg. ex. artículo 45.5 LA (1988)). *Id. El arbitraje en las sociedades*, pp. 43-45. *Id.* «Experiencia y prácticas arbitrales en el Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB)». En *RVDPA*, 2004, n.º 1, p. 32.

En nuestra opinión, el problema se supera de una forma relativamente sencilla: reconocer la eficacia *erga omnes* al laudo cuando así se ha previsto para las sentencias, así como posibilitar el acceso registral del laudo en igualdad de condiciones que una sentencia -lo que, en nuestra opinión, resulta implícito del hecho de que a los laudos firmes se les reconoce efectos de cosa juzgada (artículo 43 LA), por lo que serían aplicables los preceptos legales que expresamente extienden la eficacia de las sentencias a terceros. Así, precisamente sucede en materia de impugnación de acuerdos sociales, donde se extiende la eficacia de la sentencia a terceros en el artículo 222.3 LEC, que expresamente señala que la sentencia afectará a todos los socios, aunque no hubieren litigado. Así, además, lo establecía el artículo 122 LSA antes de su derogación por la LEC («La sentencia que estime la acción de impugnación producirá efectos frente a todos los accionistas, pero no afectará a los derechos adquiridos por terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado»).<sup>55</sup>

Ahora bien, se notará que la extensión de la eficacia de la sentencia frente a terceros lo es únicamente en tanto que se trata de los socios de la sociedad, pero no frente a terceros no socios para quienes podría todavía quedar pendiente la posibilidad de impugnar judicialmente, como sucede precisamente en materia de impugnación de acuerdos sociales, donde los terceros que ostenten un interés legítimo están legitimados para impugnar los acuerdos sociales (nulos) que puedan resultar lesivos a sus intereses (artículo 117.1 LSA). Sin desconocer que estas situaciones no afectan a la arbitrabilidad, sino que en realidad nos hallamos ante un problema procesal, lo cierto es que algunos autores se han servido de dicho argumento para negar la posible

---

<sup>55</sup> Un comentario al antecedente de este precepto en la LSA 1951, puede verse en: GIMENO SENDRA, José Vicente. *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas y cooperativas*. Madrid: Civitas, 1985, pp. 127 y ss. El TS austriaco entiende posible la extensión de los efectos del laudo a todos los socios: STS Austria 10 diciembre 1998, en LEW, Julian D.M./MISTELIS, Loukas/KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2003, p. 388, nota 28.

arbitrabilidad en materia de impugnación de acuerdos sociales, o cuando se ha estimado posible, se han intentado diversas soluciones.

Se ha propuesto por ejemplo, esperar a que los terceros que ostenten un interés legítimo decaigan en sus derechos, puesto que nada impide que estos terceros puedan ejercitar las acciones que estimen oportunas. Si bien el plazo de un año o de cuarenta días previstos en el artículo 116 LSA no parecen presentar problemas, sí lo sería la no caducidad de la acción cuando los actos resulten contrarios al orden público. Se presentan asimismo problemas de compatibilidad en el caso en que se presenten dos demandas, puesto que sería posible que recayesen dos resoluciones contradictorias, siendo que se ha estimado que la primera en el tiempo es la que debe prevalecer. Otras soluciones consistirían en reconocer la arbitrabilidad de la controversia únicamente cuando afecte a las partes del convenio arbitral; la que propugna la validez del arbitraje sobre demandas incidentales de nulidad, las que proponen una acumulación de procedimientos, bien en favor del arbitraje, bien en favor de los órganos jurisdiccionales, una abstención del árbitro (declinatorio en favor de los tribunales jurisdiccionales), o la comunicación a los terceros del procedimiento arbitral o su posible intervención.

Esta diversidad de propuestas aunque favorecen en su mayoría al arbitraje, no solucionan eficazmente el problema cuando nos encontramos con terceros cuyos intereses legítimos resultan afectados. Por otra parte, algunas soluciones simplemente son inviables en nuestro ordenamiento jurídico, como la que mantiene que la inscripción de la cláusula arbitral en el Registro Mercantil hace que la misma resulte oponible a terceros.

En nuestra opinión, lo primero que se ha de hacer es tener en cuenta la realidad societaria de nuestro país. El predominio de la sociedad cerrada hace que la mayor parte de los litigios afecten únicamente a la sociedad y el socio involucrado o, en su caso, a todos los socios, lo que, como ya hemos señalado, no presenta problemas para el arbitraje. Pero es que, aunque se tratase de una sociedad abierta, también en este caso hallaremos que muchos de los litigios tienen un carácter netamente

privado o con escasa repercusión frente a terceros. Existiendo terceros verdaderamente afectados, creemos que se impone una solución similar a la del artículo 11.2 LEC, que concede legitimación, entre otros, al grupo de afectados cuando los perjudicados por un hecho dañoso estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables. Esta es precisamente la situación que se produce en el seno del arbitraje societario. Los accionistas y, en su caso, acreedores, son perfectamente determinables, por lo que es lógico que bastase con que un afectado o un grupo de afectados interpusiera la demanda para que el resultado del laudo se extendiese frente a todos (artículo 222.3, primer inciso LEC). No estamos, por lo demás, en presencia de hipótesis incardinables en el apartado 3º del artículo 11 LEC, que únicamente concede legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios cuando se trate de intereses difusos, porque en este caso la pluralidad de afectados es indeterminada o difícil determinación.<sup>56</sup>

En este sentido, entendemos que la solución propuesta a este problema servirá mejor al éxito y buen destino del arbitraje si se realiza con un alcance general y no fragmentado. Es además, una solución que ha recibido apoyo legal en el derecho italiano por virtud del artículo 35.2 del Decreto Legislativo de 17 enero 2003.

---

<sup>56</sup> En este caso no sería posible el arbitraje. *Vid* por ejemplo: SAP Barcelona, 3 noviembre 2003 (sección 14ª) en el que RENFE demanda la nulidad de un laudo arbitral de la Junta Arbitral de Consumo de Cataluña por el que se le condena a insertar determinada información en los billetes de tren. El arbitraje se insta por un consumidor frente a RENFE. La compañía basa la anulación en el motivo 4º del artículo 45 LA (1988) ya que la decisión del laudo no afecta a una única persona sino a todos los usuarios. El consumidor efectivamente no limita su pretensión al resarcimiento de los daños sufridos por la falta de claridad del contenido informativo del billete sino que pretende que el título se modifique, por lo que pretende una acción colectiva que afecta a intereses difusos cuya legitimación corresponde en exclusiva a las asociaciones de consumidores (artículo 11.3 LEC). El tribunal continúa razonando que aún en la hipótesis de que el consumidor tuviese legitimación para ejercitar la acción colectiva, no cabría tampoco el arbitraje por tratarse de materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tienen el poder de disposición, esto es, disposición de derechos colectivos o como los denomina el legislador «intereses difusos» que pertenecen o afectan a un número indeterminado de personas.

Se señalan asimismo otros problemas de tipo procedimental que impedirían o serían problemáticos en el arbitraje: que la suspensión del acuerdo impugnado, posibilidad admitida en el artículo 120 LSA, y la anotación preventiva de la demanda del artículo 121 LSA, son supuestos que caen fuera de la competencia de los árbitros. En el primer caso, se entiende que la suspensión sólo puede ser decidida por el Juez, ya que puede afectar no sólo a los socios interesados sino también a los terceros;<sup>57</sup> en el segundo, se indica que el mandamiento para que se anote preventivamente la demanda de impugnación sólo puede ser emitido por el juez de primera instancia del partido judicial correspondiente y nunca por los tribunales arbitrales.<sup>58</sup> Se alude igualmente a la quiebra de la confidencialidad del arbitraje por la necesaria inscripción del laudo en materia de impugnación de acuerdos sociales; y, por último, a los problemas que en sede de arbitraje presenta el que la acción se inicie por un grupo minoritario de accionistas.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> NEILA NEILA, José María. «A vueltas sobre la cláusula estatutaria de sometimiento a arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales». En *LL*, 1999, n.º 3, D-179, p. 2134.

<sup>58</sup> NEILA NEILA, José María. «A vueltas...», p. 2134, quien entiende que no son de aplicación los preceptos de la LA (1988) donde se prevé el auxilio jurisdiccional y ello porque en la LA se prevé dicho auxilio para dos supuestos que constituyen *numerus clausus*.

<sup>59</sup> CREMADES, Bernardo. *El arbitraje societario*, p. 3, se refiere a este problema señalando que en el derecho estadounidense se permite la arbitrabilidad de las *derivative actions*, esto es, aquellas interpuestas por un grupo minoritario de accionistas que actúan en su propio nombre, pero solicitando la tutela judicial o arbitral para la sociedad de la que son accionistas cuando la sociedad no acciona en su propio nombre. *Vid* no obstante, HANOTIAU. *L'arbitrabilité*, 2002, p. 158 (*Id. L'arbitrabilité des litiges en matière de droit des sociétés. Liber amicorum Claude Reymond*. Paris: Litec, 2004, pp. 97-109 (citado como *L'arbitrabilité*, 2004), p. 99), que señala que las *derivative actions* no están permitidas en el contexto de las sociedades cotizadas en bolsa porque es difícil concebir que una cláusula de arbitraje pueda vincular a miles de accionistas repartidos por el mundo por la sola razón de haber adquirido acciones. No obstante, cita el caso *In Re Salomon Inc. Shareholders Derivative Litigation*, 1994, donde sí se admitió. *Vid* también en este sentido: MOURRE, Alexis. «Arbitrage, conflits de juridictions et ADR dans la résolution des litiges entre actionnaires». En *International Business Law Journal*, 2004, n.º 3, pp. 301-302.

Otra cuestión que incide en el arbitraje societario es si el arbitraje debe ser de derecho o de equidad. Invertida en la vigente LA el criterio preferencial de la LA (1988) por el arbitraje de equidad, nuestro derecho arbitral se suma a la corriente general comparada estableciendo como regla general los arbitrajes de derecho.<sup>60</sup> Así el artículo 34.1 LA señala que:

Artículo 34.1. - «Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello».

En materia de arbitraje societario ha sido durante largo tiempo discutida la posibilidad de que determinados asuntos societarios pudiesen dirimirse en arbitraje de equidad. Se acudía a argumentos basados en la imperatividad de las normas societarias para sostener la imposibilidad de laudar en equidad. Esta posición no fue siempre compartida por la totalidad de nuestra doctrina que pronto deslindó entre norma imperativa y norma de orden público, entendidas éstas como normas destinadas a la protección del interés público y de terceros,<sup>61</sup> de tal forma que se entendió que se erigían como un límite infranqueable para el arbitraje.

Entendemos sin embargo, que en nuestro ordenamiento jurídico es posible un arbitraje de equidad para dirimir controversias societarias. Laudar en equidad no significa arbitrariedad, sino someter la decisión al leal y saber entender de los árbitros. Esa decisión tomada según su leal saber y entender significa que en materia de arbitraje societario los árbitros no podrán desconocer el marco legal societario.<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> *Vid* sin embargo, siguiendo la tendencia de la LA (1988) el artículo 9 (Tipos de arbitraje) del Reglamento de la Corte Vasca de Arbitraje de 12 enero 2004: «Existen dos tipos de arbitraje: de derecho y de equidad. Por el hecho de someterse al presente reglamento, se entiende que las partes han optado por que los árbitros decidan conforme a equidad. No obstante, las partes podrán optar, mediante acuerdo expreso, por que el arbitraje sea de derecho».

<sup>61</sup> Así Polo, *Introducción*, p. 98.

<sup>62</sup> Así entiende la SAP Girona, 17 noviembre 2004 (RA 2353) que «el único límite del arbitraje de equidad estaría en la regulación de derecho necesario, de tal manera que no podría privarse al socio de su derecho de adquisición preferente ni reducirle los derechos estatutarios que tiene reconocido al efecto».



En primer término, porque, como señala el artículo 34.3 LA, aplicable también a los arbitrajes de equidad:

Artículo 34.3.- «En todo caso, los árbitros decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables».

Es decir, la decisión en equidad ha de estar en consonancia con las estipulaciones del contrato, lo que en el caso del arbitraje societario significa tener en cuenta las previsiones de la escritura y de los estatutos, los cuales, incorporarán directa o indirectamente las leyes societarias españolas. En consecuencia, el árbitro tendrá en cuenta al dictar un laudo de equidad las disposiciones legales societarias, máxime si éstas se constituyen en los principios configuradores del tipo.

En segundo lugar, que se impondrá en gran parte de las situaciones una fusión o combinación entre el arbitraje de derecho y de equidad, como reconoce la Exposición de Motivos (VII) LA: «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».

En cualquier caso, y atendiendo a que la mayor parte de las disputas societarias involucrarán cuestiones jurídicas, lo más conveniente es que el arbitraje sea de derecho, o si es de equidad, que se prevea la participación de algún abogado.

Para finalizar, nos referiremos al nombramiento de los árbitros en los casos de arbitraje multiparte. El sistema de nombramiento de los árbitros en la LA (1988), excesivamente complejo y detallado, cede ante las nuevas disposiciones de los artículos 15 a 20 LA. El sistema de la LA (1988) no se salvó de las críticas numerosas. Las vigentes disposiciones de la LA giran en torno al principio de igualdad en la designación de los árbitros. Ello se hace patente en el artículo 15.2 LA cuando se indica que :

Artículo 15.2.- «Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad».

---

*Vid* también: Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid, 17 abril 2006, y de 5 julio 2006.

Además, y en relación con el nombramiento de árbitros en el marco del arbitraje societario, surgen algunas otras cuestiones de interés:

¿Puede alguno de los órganos sociales ejercer de árbitro? Por ejemplo, los administradores, algún cargo representativo de la junta general, o los auditores.

Tanto el artículo 12.1 LA (1988) como el 13 LA señalan que pueden ser árbitros las personas naturales, aunque no dice que sólo puedan ser árbitros las personas naturales; además, el artículo 15.1 LA establece que en los arbitrajes internos de derecho, se requiere que el árbitro sea abogado en ejercicio, «salvo acuerdo expreso en contrario». En principio, pues, nada se opondría a la posibilidad de que personas físicas vinculadas al organigrama societario pudiesen ejercer de árbitros. El obstáculo a dicha posibilidad, sin embargo, reside en la aplicación del principio de la independencia e imparcialidad de los árbitros (artículo 17.1 LA, que además añade que el árbitro no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial), por lo que si hablamos de controversias nacidas o relacionadas con la sociedad, los socios o algunos de sus órganos, habrá que concluir en la imposibilidad de que puedan los órganos de la sociedad por medio de sus representantes o las personas físicas que desarrollen alguna función en la sociedad, ejercer como árbitros.<sup>63</sup> En este sentido, la SAP Madrid, 30 enero 1996 (sec-

---

<sup>63</sup> En este sentido puede resultar muy útil como guía interpretativa las *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, aprobadas el 22 mayo 2004 por el Consejo del *International Bar Association* (IBA). Se establecen unas listas rojas, naranjas y verdes de situaciones que pueden o no afectar a la independencia y la imparcialidad del árbitro. Por ejemplo, forma parte de la lista roja aquellas situaciones en las que el árbitro es el director, administrador o miembro del Consejo de una de las partes del litigio, o si el árbitro tiene un interés financiero significativo en el resultado del caso. Asimismo, entra en la categoría de la lista verde y, en consecuencia, no se entiende que se vulnere la independencia y la imparcialidad del árbitro si el árbitro posee un número insignificante de acciones de una sociedad cotizada que es parte en el litigio. La literatura jurídica acerca de la independencia y la imparcialidad del árbitro es numerosa sobre todo en el campo del arbitraje internacional, puede verse: «The arbitral process and the independence of arbitrators». En *ICC Publication*, n.º

ción 11ª)<sup>64</sup> consideró nulo el convenio arbitral por el que necesariamente debían formar parte del colegio arbitral el Presidente y el Vice-Presidente, siendo designados los otros tres árbitros por el Consejo de Administración Social. Estimó el tribunal que dicha cláusula colocaba «a cualquier socio en patente situación de inferioridad, consecuente posición de privilegio del Consejo, de su Presidente y Vice-Presidente, o de la mayoría del capital en lo tocante a la misma designación de árbitros previstos». Exactamente la misma cláusula fue también considerada nula por la SAP Madrid, 9 febrero 2004 (sección 10ª) (RA 250614), aplicando el artículo 9.3 LA (1988) y considerando que:

Artículo 9.3.- «Sitúa a los miembros del Consejo de Administración en evidente posición de predominio en relación con las controversias en las que sea o deba ser parte la Sociedad o cualquier órgano de ésta o los socios titulares de la mayoría del capital, frente a un socio minoritario».

En cuanto a si ¿pueden los órganos societarios designar a los árbitros? En el derecho español, a falta de norma expresa sobre el particular, la cuestión no se presenta tan clara como en el derecho italiano. El artículo 15.2 LA señala que las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, «siempre que no se vulnere el principio de igualdad». Precisamente, las ya comentadas SSAP Madrid, 30 enero 1996 (sección 11ª) y 9 febrero 2004 (sección 10ª) (RA 250614) consideraron nulo el convenio arbitral por el que

---

472, París, 1991; «The Status of the Arbitrator. Special Supplement». En *ICC Court of Arbitration Bulletin*, Publication n.º 565, 1995; y OKEKEIFERE, Andrew I. «Appointment and challenge of Arbitrators under the UNCITRAL Model Law: Agenda for improvement». *Int. A.L.R.*, 1999, n.º 5/6, pp. 167-174 (Part I), and 2000, n.º 1, pp. 13-18 (Part II).

En nuestra jurisprudencia puede verse recientemente el caso resuelto por la SAP Navarra, 24 mayo 2004 (RA 198818), donde entiende que el árbitro que aparecía expresamente designado en el convenio arbitral no puede ser recusado por ser el abogado de una de las partes en otro litigio, puesto que su nombramiento en el convenio fue consentido por todas las partes, conociendo todas la relación profesional entre el árbitro y una de las partes.

<sup>64</sup> RCEA, 1996, pp. 125-130, con nota de M.G. de O.

parte de los árbitros eran nombrados por el Consejo de Administración y ello porque se quebraba el principio de igualdad: se colocaba a cualquier socio en patente situación de inferioridad. Esta es la posición que entendemos aplicable al derecho español.<sup>65</sup> La única excepción a la regla general así expresada es que la elección de los árbitros para dirimir una disputa entre socios se adoptase en junta general por unanimidad, puesto que el interés particular no podría identificarse con el interés mayoritario sino con el interés de todos los socios.

Por supuesto, que cumpliéndose el principio de igualdad en la designación de los árbitros, y si no se designa a un tercero —generalmente la institución arbitral— la elección de los árbitros, corresponderá a los administradores nombrar al árbitro que corresponda (artículo 128 LSA).

---

<sup>65</sup> *Vid* además: STS 20 diciembre 2004 (sala de lo social) (RA 2005/763), donde los árbitros eran designados por la sociedad cooperativa.

## CAPÍTULO 9

### ARBITRAJE Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

Marta Gonzalo Quiroga



# Capítulo 9

## ARBITRAJE Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

*Marta Gonzalo Quiroga*

I. Introducción.— II. Arbitrabilidad de las controversias en Derecho de la Competencia.— 1. Arbitrabilidad concurrencial: Planteamiento y perspectiva actual.— A) Patrimonialidad y disposibilidad.— B) Atribución imperativa de jurisdicción.— C) Derecho comunitario de la competencia y perspectiva arbitral: La Reforma del Reglamento n.º 17/1962 en el actual Reglamento 1/2003.— 2. Arbitrabilidad concurrencial en los distintos ordenamientos jurídicos.— 3. Apertura jurisprudencial a la arbitrabilidad en sede judicial y arbitral.— A) Jurisprudencia en sede judicial.— a) A vueltas con el detonante de la arbitrabilidad de la controversia en Derecho de la competencia: caso *Mitsubishi*.— b) La consolidación jurisprudencial en Europa.— B) Jurisprudencia en sede arbitral.— III. Derecho aplicable.— 1. Breve precisión sobre el Derecho aplicable al fondo de la controversia en Derecho de la competencia. ¿Aplicación obligatoria o facultativa para los árbitros?.— 2. Eficacia y capacitación del árbitro internacional en la aplicación de la normativa competencial.— IV. Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN

Las relaciones entre el arbitraje privado y el Derecho de la competencia se han caracterizado por su conflictividad. En principio, se veía un contrasentido vincular al arbitraje, basado en la autonomía de la voluntad de las partes, con el Derecho de la competencia, cimentado so-

bre la imperatividad de las políticas económicas de los Estados. No obstante, ambas instituciones han estado predestinadas a entenderse desde el inicio. De un lado, el Derecho de la competencia es esencial para garantizar el correcto funcionamiento empresarial en el comercio interno e internacional. Del otro lado, el arbitraje privado es el mecanismo de solución de conflictos más utilizado por los empresarios para resolver sus controversias en dicho comercio. Tarde o temprano era, pues, inevitable que ambos se encontraran. De ahí que, tal y como se pondrá de manifiesto en las páginas siguientes, de forma natural sus relaciones han pasado de ser más o menos clandestinas o de dudosa legitimidad, sobre todo en cuanto a la arbitrabilidad inicial de las controversias en derecho de la competencia, a entenderse con la mayor normalidad en el estadio globalizado actual de desarrollo del comercio internacional.

Es más, gracias precisamente, a dichas relaciones no es exagerado afirmar que en los últimos tiempos el arbitraje se ha podido abrir camino en ámbitos hasta hace muy poco tiempo hostiles a la idea y al sentido de la propia institución arbitral.<sup>1</sup> Ello se explica porque el Derecho de la competencia ha sido uno de los primeros ámbitos materiales en abrirse a la arbitrabilidad de la controversia internacional. De hecho, a partir del emblemático asunto *Mitsubishi* en 1985 se extendió el papel de los árbitros a sectores que hasta entonces les habían sido vedados por su fuerte vinculación con las políticas imperativas de los Estados. Se abrieron las compuertas de la arbitrabilidad en materias intervenidas por el orden público y comenzó a caer el muro que separaba las políticas estatales de la institución arbitral.

---

<sup>1</sup> En efecto, al igual que en muchos de los sectores objeto de análisis en la presente obra colectiva la originaria inarbitrabilidad de la mayoría de los ámbitos materiales aquí tratados, por estar estos fuertemente intervenidos por la normativa imperativa, normas de protección u orden público provocaba un recelo inicial hacia el arbitraje. Realidad que hoy dista de ser un obstáculo insalvable hacia su arbitrabilidad. Para profundizar sobre el particular, *Vid*, GONZALO QUIROGA, M. *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial*. Madrid: Dykinson, 2003 y J.B. RACINE. *L'arbitrage comercial international et l'ordre public*. París: LGDJ, 1999.



Esta situación ha provocado, al lado de la lógica consolidación y confianza en el arbitraje, que surjan nuevos desafíos para la institución arbitral a los de por sí ya existentes en el Derecho de la competencia, en particular. En concreto, en Europa, la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma y, en España, su adaptación en la nueva Ley de Defensa de la Competencia (LDC) en vigor desde el 1 de septiembre de 2007,<sup>2</sup> ha llevado a plantear nuevas cuestiones jurídicas que se suman a las dificultades ya existentes entre el arbitraje y el Derecho de la competencia.<sup>3</sup> De ahí que, el presente trabajo pretenda trazar soluciones satisfactorias a la variedad de problemas que surgen de las relaciones entre el Derecho de la competencia y el arbitraje. Para ello, el análisis se detendrá en el estudio de la arbitrabilidad y consecuente competencia de los árbitros en las controversias que afecten al Derecho de la competencia (II) y la postura que debería entonces tomar el árbitro, facultativa u obligatoria, frente a la aplicación de dicha normativa (III). Todo ello, haciendo especial hincapié en la doctrina, jurisprudencia y práctica europea y española en la actual era globalizadora.

---

<sup>2</sup> El 4 de julio de 2007 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado español*, BOE, el texto de la nueva ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia que sustituirá a la Ley 16/1989, corrigiendo alguno de los errores detectados en el pasado y equiparando el régimen español a muchos de los aspectos esenciales de la normativa comunitaria de la competencia. Aspecto, éste último, de indudable trascendencia ya que permitirá, en líneas generales, una aplicación más ágil y eficaz de dicha normativa.

<sup>3</sup> Evidenciando como a los de por sí viejos problemas del arbitraje en Derecho de la competencia se han añadido nuevos retos, en especial, en el Derecho europeo de la competencia, *vid.* CALVO CARAVACA A.L. y J. RODRÍGUEZ RODRIGO, «Arbitraje y Derecho europeo de la competencia: viejos problemas y nuevos dilemas». En *La Ley*, año XXVI, n.º 6301, 2005, pp. 1-70, [www.laley.net](http://www.laley.net)

## II. ARBITRABILIDAD DE LAS CONTROVERSIAS EN DERECHO DE LA COMPETENCIA

### 1. Arbitrabilidad Concurrencial: Planteamiento y Perspectiva Actual

#### A) Planteamiento general: Patrimonialidad y disponibilidad

La arbitrabilidad es la más efectiva manifestación del acotamiento del arbitraje como institución. Como noción fundamental sirve para precisar cuándo una determinada materia puede ser objeto de un procedimiento arbitral. Su gran importancia a la hora de conformar el presupuesto material del arbitraje choca con el hecho de que, aún en la actualidad, su verdadero alcance y significado sigue siendo sumamente impreciso y altamente controvertido.<sup>4</sup> Teniendo en cuenta, además, la dificultad de que la arbitrabilidad de la controversia puede plantearse en cuatro momentos procesales muy distintos.<sup>5</sup> La polémica asociada a la misma la describe como una cuestión heterogénea, ambigua y compleja por naturaleza dotada de una relatividad material, territorial, temporal y personal dependiendo, todo ello, del carácter de la diferencia, interno o internacional.<sup>6</sup> Ello se debe a que, a fin de cuentas, la

---

<sup>4</sup> Indeterminación puesta de relieve, entre otros, en los trabajos de ARFAZADEH, H. «Arbitrability under the New York Convention: The Lex Fori Revisited». En *Arbitration International*, 2000, 1, pp. 77-78; BOUZA VIDAL, N. «La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral». En *REDI*, vol. LII, 2000-2, pp. 372-394 y B. HANOTIAU, *Rec.Cours*, 2002, t. 296.

<sup>5</sup> Estos, según B. HANOTIAU, son los siguientes: 1. Ante el tribunal arbitral al que se pretenda someter la contienda entre las partes. 2. Ante un tribunal estatal al que se le pide que resuelva si la oposición de la parte demandada basada en la no arbitrabilidad del litigio se ajusta a Derecho. 3. Ante el órgano judicial nacional al que se le solicita la anulación de un laudo arbitral dictado en dicho asunto, carente de arbitrabilidad según el ordenamiento competente declarado aplicable por dicho tribunal estatal. 4. Finalmente, ante el tribunal estatal que, bien a instancia de parte o bien de oficio, debe verificar si un laudo arbitral extranjero reúne los presupuestos necesarios para obtener su reconocimiento y ejecución, *cf., loc. cit.*, p. 44.

<sup>6</sup> Materialmente, los litigios susceptibles de ser resueltos mediante arbitraje difieren según los sistemas jurídicos y las tradiciones arbitrales más o menos consolidadas en los mismos. No existe unanimidad a la hora de establecer un criterio

arbitrabilidad es más bien un problema coligado al de los intereses particulares de los distintos Estados en aquellos ámbitos materiales susceptibles de afectar a su soberanía nacional en cada momento determinado.<sup>7</sup> De ahí que para trascender hacia la arbitrabilidad de la controversia internacional lo primero que habría que buscar, en cada sistema jurídico en particular, son los límites refrendados por las normas imperativas y el orden público, en este caso, del Derecho de la competencia.

---

general a partir del cual precisar la validez del presupuesto material del convenio arbitral. Los criterios tradicionales que parten de la patrimonialidad, la disponibilidad, la ausencia de una atribución imperativa de jurisdicción y su no contradicción con el orden público son variables y no están internacionalmente aceptados. A su vez, territorialmente, la determinación *ratione materiae* es relativa, limitada y condicionada por las normas del foro que, en cada momento, conozca del problema. De suerte que, según el tribunal estatal que decida sobre la cuestión de la arbitrabilidad, una misma controversia podría ser arbitrable en unos ordenamientos e inarbitrable en otros, alimentando una desigualdad que no conjuga bien con la uniformidad a la que aspira el arbitraje internacional. Temporalmente, no ha lugar a congelar el presupuesto material porque la arbitrabilidad evoluciona con las nuevas necesidades emergentes del comercio internacional. Personalmente, la delimitación de la arbitrabilidad varía dependiendo de la sede que resuelva sobre la misma, judicial y arbitral, y según la fase del procedimiento arbitral en que sea llevada a cabo dicha determinación. Ello se debe a que la cuestión de su validez puede ser resuelta tanto por jueces como por árbitros en la primera etapa del proceso arbitral, fase negocial o prearbitral, o en la fase de reconocimiento y ejecución del laudo, aunque aquí sólo por el juez estatal. En general, para mayor información sobre la amplia polémica asociada a la arbitrabilidad en todos los ámbitos y sedes descritos, *Vid* M. GONZALO QUIROGA, «Dualidad de competencias, judicial y arbitral, en la determinación de la ley aplicable al presupuesto material del arbitraje internacional», *Working Papers*, 2002/20, URJC, 2002, pp. 4-6.

<sup>7</sup> Cada Estado decide soberanamente qué materias pueden ser objeto de arbitraje y cuándo éstas dejan de serlo. Así se explica que, hasta hace menos de cincuenta años, la institución privada arbitral era juzgada incapaz de resolver con justicia y equidad sobre aquellas controversias que afectasen a materias especialmente delicadas para la soberanía nacional, fuertemente protegidas por el orden público y la normativa imperativa. En consecuencia, la competencia de los árbitros en todos aquellos ámbitos materiales intervenidos por el orden público se estimaba preventivamente prohibida y, por ende, todas estas materias entraban directamente a pertenecer a la categoría de lo automáticamente inarbitrable. En este sentido, se entendía el conflicto insuperable entre arbitrabilidad y materias im-

Las normas de defensa de la competencia se caracterizan porque su campo de aplicación espacial es autolimitado y extraterritorial. Se aplican de forma inmediata autónomamente de que la situación esté localizada en el extranjero y de la normativa que quiera ser aplicada. Su empleo responde a dónde se localicen los efectos anticompetenciales en cuestión de acuerdo con la conocida «teoría de los efectos».<sup>8</sup> Independientemente de si las prácticas en contra de la competencia afectan a un determinado país o grupo de países actuará el arsenal de leyes de policía económicas de la competencia, sin importar el domicilio, la *lex societatis*, la nacionalidad, ni la sede de las empresas concernidas. Así pues, la normativa de la competencia constituye un ejemplo típico de las normas calificadas de «leyes de policía» aplicables, en todo caso, a las relaciones económicas internacionales.<sup>9</sup> Terminología que explica la inclusión de la adjetivación económica del término, el cual ha derivado hacia el de «leyes de policía económicas», que abarcan el conjunto del Derecho de la competencia.<sup>10</sup> De ahí que sea habitual encontrar

---

perativas o de orden público, habida cuenta de la prohibición radical de arbitrar en aquellas controversias que versasen sobre el orden público, dando lugar a los denominados «zonas o blocs de incompetencia» que sustraían materias enteras al arbitraje debido a su relación directa o indirecta con el orden público. Sobre aquellos *blocs de incompetencia* o las *zonas inmunes al arbitraje*, cf., P. LEVEL, «L'arbitrabilité». En *Rev. arb.*, 1992, n.º 2, p. 234.

<sup>8</sup> Teoría clásica enunciada, entre otros, por B. Goldman, «Les champs d'application territoriales des lois sur la concurrence», *R. des. C.*, t. 128, 1969-III, p. 637 y por J.G. Castel, «The Extraterritorial Effects of Antitrust Laws». En *R. des. C.*, t. 179, 1983-I.

<sup>9</sup> Reflejo de la aplicación de dicha terminología en la práctica judicial relativa al arbitraje, *Vid* la Sent. del Tribunal Federal Suizo, de 28 de abril de 1992, *Rev. arb.*, 1993, n.º 1, p. 124, con nota de L. IDOT. En la práctica arbitral, *Vid* el laudo de la CCI n.º 2811/1978, *Journ. dr. int.*, 1979, n.º 4, pp. 983-986, con observaciones de Yves DERAIS, *ibid.*, pp. 986-989, *Jur. arb. CCI*, Yves DERAIS, 1985, esp. p. 231, donde se ha estimado, que los artículos 85 y 86 del Tratado CE (actuales artículos 81 y 82 CE), son «leyes de policía» y, en calidad de tales, deben ser aplicadas imperativamente por los árbitros.

<sup>10</sup> La indisoluble asociación del adjetivo económico con las leyes de policía es práctica corriente en la jurisprudencia al referirse a las normas de Derecho de la competencia. Así, en la Sentencia de la *Cour d'appel de Paris (1º Ch Civ)* de 14 de octubre de 1993, *Société Aplix c. Société Velcro*, *Rev. arb.*, 1994, n.º 1, pp. 164-170, con nota de Ch. JARROSSON, *ibid.*, pp. 170-173.

a las normas de Derecho de la competencia situadas en la «zona gris» de la normativa. Son normas de Derecho privado, por su objeto, a la vez que de Derecho público, por su objetivo. Conjugan lo público y lo privado sobre la base de una triple naturaleza, penal, administrativa y civil o de Derecho privado.

En este contexto, tres son las condiciones mínimas necesarias para que un árbitro sea competente sobre una materia que pertenezca al Derecho de la Competencia. Que la materia sea patrimonial, disponible y que no recaiga sobre ella una atribución imperativa de jurisdicción, ya sea a un órgano Administrativo o Judicial, que sustraiga al juicio de los árbitros el conocimiento de esa controversia. Pues bien, en el ámbito comunitario, las condiciones primeras se concretan en que el derecho controvertido sea de naturaleza patrimonial, disponible y que no sea una de las competencias exclusivas de los Estados miembros o de las Instituciones Europeas.

En primer lugar, la naturaleza patrimonial del Derecho de la competencia es incuestionable. Nos encontramos en el ámbito económico por excelencia donde los derechos son arbitrables sin restricción patrimonial alguna. El desarrollo de la práctica empresarial en el ámbito internacional ha llevado a extremar la vigilancia de los distintos Estados a través de la aplicación necesaria de la normativa de defensa de la competencia para impedir que proliferen cualquier tipo de concentración de empresas o de prácticas restrictivas a las mismas en la economía de mercado. El objetivo del Derecho de la competencia entra pues, dentro de un objetivo más ambicioso centrado en un interés general de orden público económico internacional. Como se ha enunciado, la caracterización general de la normativa de la competencia responde a la consideración de leyes de policía económicas integrantes del orden público económico de dirección. En el arbitraje internacional económico los *Antitrust Issues* tienen un importante impacto para las transacciones económicas internacionales que deben ser tenidas en cuenta por el árbitro internacional. Además, la aplicación por un árbitro de la normativa relativa al Derecho de la competencia no implica contrariedad con el orden público.

Sin embargo, desde el punto de vista de la disponibilidad, varias son las cuestiones que hay que aclarar. La disponibilidad, en Derecho de la competencia, ha sido más veces puesta en duda desde la doctrina y las escasas legislaciones que tratan específicamente el tema del arbitraje en el Derecho de la competencia que desde la práctica arbitral.<sup>11</sup> A diferencia de la desconfianza de la que hacen gala los tribunales y las legislaciones estatales al enjuiciar un convenio arbitral inserto en un contrato que pueda afectar al Derecho de la competencia, el juez privado debe presumir la *bona fide* de las partes reflejada en el convenio de arbitraje que lo ha legitimado. Por un lado, se considera arbitrable, porque es disponible, el Derecho a invocar la nulidad de los acuerdos que prohíban las prácticas de competencia; el Derecho a invocar la ilicitud de los comportamientos prohibidos por las mismas reglas; y el de invocar la validez de los acuerdos que se benefician de una exención por categoría individual.<sup>12</sup> De lo contrario, se consideran indisponibles y, por tanto, inarbitrables, el Derecho a comprobar y hacer cesar las infracciones contrarias al Derecho de la competencia y el Derecho a constatar las exenciones individuales y los certificados negativos de la infracción.<sup>13</sup> De ahí que sea la fuerte presencia de las competencias exclusivas en materias relativas al Derecho de la competencia la que provoca la indisponibilidad del objeto, pero no su carácter no dispositivo en sentido estricto. Ello provoca que, en éste ámbito, el factor de peso sea la atribución imperativa de jurisdicción a partir de la cual se provoca el desencadenamiento de la indisponibilidad del objeto mate-

---

<sup>11</sup> *Vid Infra.*, dichas legislaciones en el apartado II. 2.

<sup>12</sup> Entre los numerosos autores que esquematizan de esta manera la posibilidad de arbitrar o no en Derecho de la competencia, cf. J.M. CHILLÓN MEDINA y J.F. MERINO MERCHÁN, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. Madrid: Cívitas, 2006, p. 967.

<sup>13</sup> En la sentencia dictada por la *Cour d'appel de Paris (1<sup>o</sup> Ch Civ)*, de 14 de octubre de 1993, *Société Aplix c. Société Velcro*, *Rev. arb.*, 1994, n.º 1, pp. 164-170, con nota de Ch. JARROSSON, *ibid.*, pp. 170-173, sin dejar de reconocer la arbitrabilidad de las controversias relativas al Derecho de la competencia, se subraya que, por aquel entonces, las competencias atribuidas a la Comisión eran un límite infranqueable a la aplicabilidad por los árbitros del Derecho de la competencia. Luego veremos que dicha exclusividad ha cambiado constituyendo una de las principales novedades del Reglamento comunitario, *Vid, infra.*, apartado II. 1. C.

rial. Por ello, se merece una referencia especial la atribución imperativa de jurisdicción como cuestión de competencia.

### *B) Atribución imperativa de jurisdicción*

El criterio de las competencias exclusivas en el Derecho de la competencia merece una referencia aparte porque de él deriva el problema principal de la consideración del orden público en la arbitrabilidad. Tradicionalmente, la aplicación de ésta normativa se identificaba con una atribución imperativa de jurisdicción que imposibilitaba dicha arbitrabilidad y consecuente competencia de los árbitros. Existía una tríada de atribuciones de competencias susceptibles de entrar en conflicto con la propia competencia arbitral. En primer lugar, entre los árbitros y las jurisdicciones especializadas en Derecho de la competencia. En segundo lugar, entre los árbitros y la jurisdicción común de los tribunales estatales. Y, en tercer lugar, dentro del marco comunitario, el conflicto que se puede presentar entre los árbitros y la Comisión, autoridad comunitaria encargada de decidir sobre determinadas cuestiones de la normativa europea sobre la competencia.

Atendiendo a la primera hipótesis susceptible de plantear el conflicto de competencias, entre los árbitros y las jurisdicciones especializadas en Derecho de la competencia, en los distintos ordenamientos existen órganos específicos o jurisdicciones especializadas que se encargan de aplicar las normas sobre competencia y de decidir sobre los procedimientos administrativos o penales de aplicación de las conductas restrictivas a la misma. En España, ésta jurisdicción especializada es el Tribunal de Defensa de la Competencia, órgano legitimado para pronunciarse sobre una sanción administrativa o penal al respecto. Se está, entonces, ante un supuesto de imposibilidad material o de inarbitrabilidad en sentido estricto donde el aparente conflicto de competencias es un falso problema ya que es claro que el árbitro, juez privado, no dispone de poder para imponer sanciones administrativas ni penales. Únicamente son las autoridades especializadas las que tienen dicha competencia sancionadora. En consecuencia, el problema inicial de conflicto competencial es falso, no se trata de un verdadero

conflicto de competencias sino, más bien, de una delimitación funcional entre distintos órganos que deciden en un mismo ámbito material.

La segunda hipótesis susceptible de entrar en conflicto de competencias se da entre los árbitros y los tribunales ordinarios. Los jueces estatales también intervienen en el Derecho de la competencia al decidir sobre las consecuencias civiles de la violación de las legislaciones de la competencia. En este punto no se encuentra ninguna disposición normativa que prohíba que los árbitros se pronuncien sobre una sanción de la misma manera que un tribunal civil.<sup>14</sup> Es el arbitraje privado y comercial tal y como se conoce en todos los sentidos. Los árbitros, al igual que las jurisdicciones estatales, pueden pronunciarse sobre la nulidad del contrato o sobre la nulidad de determinadas cláusulas que vayan en contra del Derecho de la competencia a pesar de ser ésta una materia de orden público. No se discute que los jueces privados puedan establecer indemnizaciones para resarcir los daños y perjuicios provocados a las víctimas de la práctica anticompetitiva, decidiendo sobre las consecuencias civiles de la violación del Derecho de la competencia, pues es ésta una práctica habitual en el arbitraje, tanto interno como internacional.<sup>15</sup>

Es importante destacar aquí el emblemático laudo de la CCI n.º 1397/1966.<sup>16</sup> En este caso, la controversia enfrentaba a dos sociedades, una francesa y otra italiana, que fabricaban productos muy similares en el mercado. La primera demandó a la segunda ante un árbitro, con sede en Bélgica, por no haber respetado el acuerdo de exclusividad que le prohibía vender en Francia sus productos. La parte demandada alegó la nulidad de dicho acuerdo de concesión de exclusividad vertical

---

<sup>14</sup> Y así lo expresa la Sentencia de la *Cour d'appel de París* (1ª Ch., sect. C.), de 20 de febrero de 1989, *Société Phocéenne de Dépôt c. Société Dépôts Pétroliers de Fos*, *Rev. arb.*, 1989, n.º 2, p. 280, con nota de L. IDOT, p. 303.

<sup>15</sup> El árbitro, sin lugar a dudas, puede estatuir sobre las consecuencias civiles de una infracción, cf. V.P. ANCEL, «Conventions d'arbitrage, conditions de fond, litiges arbitrables», *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 212, 1986, p. 14; y L. IDOT, *ibid.*, *Op. cit.*, p. 15.

<sup>16</sup> *Journ. dr. int.*, 1974, n.º 4, pp. 878- 884, también, en *Jur. arb. CCI*, Yves DERAIS, 1985, pp. 61-65, con observaciones de Yves DERAIS, *ibid.*, pp. 65-67, esp. p. 66.



por violación de las normas comunitarias de la competencia, en concreto del artículo 85.1 TCE, lo que conllevaba que el árbitro no era competente para decidir sobre una controversia en la que estaba en juego el orden público comunitario representado por las normas del Derecho de la competencia y, menos aún, para aplicarlas. Sin embargo, el juez privado rechazó los argumentos de la demandada y se pronunció sobre el fondo del asunto, estimando que las materias relativas al Derecho de la competencia sí son arbitrables y que, además, pueden ser aplicadas por los árbitros como orden público comunitario. No encontró, ni en las disposiciones del derecho francés, aplicable al litigio, ni en el artículo 177 TCE, la obligación de remitir la controversia y supeditarla a lo que diga la Comisión Europea. En consecuencia, tampoco nos encontramos aquí con un conflicto competencial real, puesto que, en definitiva, tanto los jueces como los árbitros gozan de las mismas atribuciones y reservas a la hora de aplicar el Derecho de la competencia.

La tercera y última hipótesis que ahora sí, podría provocar un auténtico conflicto de competencias, tiene lugar en el ámbito comunitario y se da entre el árbitro o el tribunal arbitral y, hasta hace poco, únicamente con la Comisión Europea. Y decimos, hasta hace poco, porque hasta la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, ningún Tribunal estatal, al igual que ningún árbitro, estaba autorizado para conceder exenciones por categoría. La única autorizada para tal fin era la Comisión Europea. Exclusividad que, como se ha especificado, se ha modificado con la reforma del Reglamento comunitario citado.

*C) Derecho comunitario de la competencia y perspectiva arbitral: La Reforma del Reglamento n.º 17/1962 en el actual Reglamento 1/2003*

Como se recordará, en el anterior Reglamento n.º 17 del Consejo, de 26 de febrero de 1962, de aplicación de los artículos 85 y 86 TCE, actuales artículos 81 y 82 CE, se había discutido la arbitrabilidad de la controversia en este sector. Cuestión que fue resuelta positivamente en el sentido de afirmar que las controversias relacionadas con el De-

recho de la competencia eran arbitrables y que, en consecuencia, los árbitros podían aplicar Derecho europeo de la competencia, siempre y cuando se cumplieran los límites establecidos en el Derecho comunitario. Límites, por otra parte, similares a los de un órgano judicial de un Estado miembro. Es decir, los árbitros no podían aplicar más que las normas de Derecho europeo de la competencia que tuviesen un efecto directo y con respecto a las cuales la Comisión no tuviese asignada una competencia exclusiva. Y, es que, el Reglamento del 62 señalaba que el sistema de autorización de las exenciones individuales o por categorías recogidas en el apartado 3 del artículo 81, *ex* artículo 85.3, era competencia exclusiva para todos los asuntos objeto de exención conforme al artículo 81. 3, de la Comisión.<sup>17</sup> De suerte que, es evidente que existía una competencia exclusiva atribuida a la Comisión, por

---

<sup>17</sup> En 1962 el Consejo adoptó el Reglamento n.º 17, primero de aplicación de los artículos 85 y 86 TCE, actuales 81 y 82 CE, que instauró el sistema de control y los procedimientos de aplicación de dichos artículos. La Comisión llevaba aplicando este Reglamento desde hacía más de 40 años sin introducir ningún cambio significativo al respecto. El Reglamento n.º 17 había creado un sistema basado en la aplicabilidad directa de la prohibición contenida en el apartado 1 del artículo 85 (82.1) y en la notificación previa de los acuerdos para los cuales se solicite una exención con arreglo al artículo 85.3 (actual 81.3). La Comisión y las Autoridades Nacionales podían aplicar el apartado 1 del artículo 85, artículo 81.1; sin embargo, la facultad de conceder exenciones con arreglo al apartado 3 del artículo 81, había sido concedida exclusivamente a la Comisión. Pues bien, aunque éste era un sistema que en su origen fue el único viable dista de ser adecuado para la Comunidad de hoy. La intensa actividad de notificaciones de acuerdos a Bruselas por parte de las empresas para que la Comisión conceda o no una exención, se han enredado en una maraña de trámites burocráticos que han visto frustrados los intereses comunes de la Industria europea. Debido al monopolio de la exención consignado en el Reglamento n.º 17, los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden aplicar el apartado 3 del artículo 85, actual 81.3 y, como no tienen ese poder, las empresas, en la práctica, bloqueaban la acción judicial mediante una notificación a la Comisión. En definitiva, la inadecuación de la normativa comunitaria de Defensa de la competencia en los 35 años que lleva de vida era patente y, así lo ponía de manifiesto, entre otros muchos autores, M. WAELBROECK. «Trente-cinq années de politique communautaire de la concurrence», *Cuestiones actuales de derecho comunitario europeo IV*, Cuadernos de Derecho internacional n.º 9, Córdoba: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1998, pp. 327-341.

lo que todo debate en torno a esta cuestión sería estéril. No obstante, gracias a la reforma del Reglamento citado, se produjo un importante cambio a este respecto. La nueva regulación trató de paliar el grave colapso que en la práctica sufría la Comisión como consecuencia de las continuas notificaciones previas recibidas por las empresas. La saturación producida por esta situación provocó cambiar de sistema y del sistema de autorización se pasó al sistema de excepción legal y de control *a posteriori*.

En efecto, en Europa, la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma, supuso la puesta en marcha de la mayoría de las propuestas de reforma recogidas en el *Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los actuales artículos 81 y 82 CE* dentro del Programa de la Comisión n.º 99/027,<sup>18</sup> donde se recogía la abolición del sistema exclusivo de notificación y de exención y su sustitución por un sistema más flexible que no centralizase estas funciones en la Comisión. Propuesta que abrió el paso para que todos los apartados del artículo 81 fueran aplicados por las jurisdicciones especializadas y los tribunales nacionales. Así, las reformas acontecidas han girado en torno a una descentralización efectiva que ha convertido la norma de exención del apartado 3 del artículo 81 en directamente aplicable y sin decisión previa de la Comisión. El papel de la Comisión desde este momento ha quedado circunscrito a luchar contra aquellas infracciones de Derecho de la competencia consideradas más graves. De tal modo que, hoy en día, el artículo 81 en su totalidad puede ser aplicado por la Comisión, las autoridades de la competencia y los tribunales nacionales, tal y como ya ocurre en el caso del apartado 1 del artículo 81 y 82.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> DOCE, C, n.º 132 de 12 de mayo de 1999.

<sup>19</sup> Es particularmente ejemplificativa la descripción que hace de la nueva situación M. BLESSING, «Mientras, hasta ahora, la música del Derecho europeo de la competencia era tocada básicamente por la Comisión como un solista, pronto será una orquesta de 15 a 25 músicos quienes toquen esta música compuesta por el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, con arreglos de la Comisión, con algunas letras del Tribunal de Justicia de la comunidad Europea y del Tribunal de

Ahora bien, si el sistema de competencias ha equiparado el artículo 81.3, con el artículo 81.1.2 y 82 ¿significa, en lo que respecta al arbitraje, que éste también va a poder ser aplicado por los árbitros? Es decir, se trata de concretar si, al igual que ya ocurriera con los artículos 81.1, 81.2 y 82 TCE, un órgano arbitral dispone de las mismas facultades que un órgano judicial de un Estado miembro para declarar la existencia de una exención en virtud del artículo 81.3 TCE. En el punto n.º 99 del Libro Blanco se decía que los órganos jurisdiccionales, pilar indispensable para la aplicación del Derecho comunitario, incluido el de la competencia, aplican el artículo 81, en tres tipos de procedimientos:

Artículo 81.- «Las acciones por responsabilidad contractual (Litigio entre las partes), Las acciones por responsabilidad extracontractual (Litigio entre una o más partes y un tercero). Y, las solicitudes de medidas cautelares».

En la actualidad, ya hemos visto que las tres pueden también ser conocidas por un árbitro.<sup>20</sup> Pero, de otra parte, ni en el Libro Blanco ni, posteriormente, en el Reglamento comunitario, se nombra al arbitraje y la deducción implícita del mismo no puede hacerse en todos los supuestos.

No obstante, según parte de la doctrina más prestigiosa, existen cuatro importantes razones para justificar que los árbitros pueden apli-

---

Primera Instancia. No siendo una sorpresa, el director de esta orquesta será la Comisión, y la Comisión tiene reservado el derecho a tocar el primer violín cuando el interés público así lo exija. Sin embargo, si bien esta nueva orquesta —con músicos de Portugal a Polonia, Malta y Chipre— tocará afinadamente y de acuerdo con los mismos compases, será objeto de vigilancia. Los tribunales arbitrales, aunque básicamente tocan el mismo tipo de música, no forman parte de esta nueva orquesta. Ellos tocan música de cámara, sin un director, y con especiales solistas que habrán estudiado su parte con el máximo cuidado», cf., *Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues*. Zürich: Helbing & Lichtenhahn, 2003, p. 16.

<sup>20</sup> Así fue evidenciado en la paradigmática sentencia del TJCE, en relación con las medidas cautelares y el arbitraje, as. C-391/95, de 17 de noviembre de 1998, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in firma Deco-Line*, objeto de comentario por numerosos autores en la doctrina española. Vid B.M. CREMADES, «Convenio de Bruselas y Arbitraje». En *La Ley*, 1999, p. 67 y E. ARTUCH IRIBERRI, «La solicitud de medidas cautelares ante el juez nacional de acuerdo al Convenio

car el artículo 81 TCE en su totalidad:<sup>21</sup> 1.<sup>a</sup>) Uno de los objetivos de la reforma en el procedimiento comunitario es la *aplicación integral* del artículo 81 TCE, ya sea por parte de los órganos jurisdiccionales o por parte de los árbitros. La Comisión, desde la adopción del *Libro Blanco*, ha buscado conseguir que los órganos competentes para aplicar el artículo 81 TCE, lo sean para aplicarlo en su totalidad: lo de menos es determinar quiénes son los competentes, lo importante es que esos órganos puedan aplicar todo el artículo 81 TCE, y no sólo algunos apartados del mismo. 2.<sup>a</sup>) La función que desarrollan los árbitros es similar a la que llevan a cabo los órganos jurisdiccionales. Esta *naturaleza jurisdiccional* de la labor arbitral hace que la posición de los árbitros se pueda equiparar a la que tienen los órganos jurisdiccionales a la hora de aplicar los artículos 81 y 82 TCE. El hecho de que la nueva regulación en materia de competencia no mencione a las instancias arbitrales como órganos competentes para aplicar las normas de Derecho europeo de la competencia, puede deberse a que la Comisión haya estimado que no era necesaria su inclusión. Si la Comisión hubiera querido que los árbitros no fueran competentes para la aplicación del artículo 81.3 TCE, habría dispuesto una disposición expresa, excluyendo a estos órganos como autoridades competentes en este sentido. 3.<sup>a</sup>) Una de las principales ventajas del arbitraje es su *celeridad*. Si el árbitro no pudiese aplicar el artículo 81.3 TCE, a la hora de resolver los casos de ententes planteados ante él, y ante la imposibilidad de plantear una cuestión prejudicial al TJCE, sólo le quedaría recurrir a los jueces para que estos le dijese si concurren las condiciones de exención del tercer párrafo del artículo 81. Esta suspensión del proceso arbitral y subsiguiente pregunta a los órganos jurisdiccionales nacionales retrasaría en exceso la solución del caso y perjudicaría una de las principales ventajas del arbitraje: la rapidez. Esta única opción que le quedaría al árbitro, en realidad, no sería una vía efectiva en todo caso,

---

de Bruselas de 27 de septiembre e 1968: precisión de su significado y de las relaciones con un procedimiento arbitral en curso», 1998, 5, D-343, pp. 2372-2378.

<sup>21</sup> Literalmente, según, W. ABDELGAWAD, «L'arbitrage international et le nouveau règlement d'application des articles 81 et 82 CE». En *Rev. Arb.*, n.º 2, 2004, pp. 256-260.

ya que, no existen mecanismos previstos de colaboración entre los árbitros y los órganos jurisdiccionales en este sentido. Además, nada garantiza que la aplicación del artículo 81.3 TCE por parte de un juez sea siempre más acertada que la pueda realizar un árbitro. No hay razones, entonces, para que los árbitros no puedan ser órganos competentes en relación con el artículo 81.3 TCE. Y, la 4.<sup>a</sup>) y última razón, además, la reforma también tiene como finalidad favorecer la privatización del Derecho de la competencia. En efecto, salvo que el asunto tenga un interés comunitario superior, los particulares acudirán a las jurisdicciones nacionales y a las autoridades nacionales de competencia para dirimir sus controversias, siendo éstos los órganos que se encuentran mejor situados para defender los derechos subjetivos de los particulares recogidos en el artículo 81 TCE (Considerando 7 Reglamento 1/2003). Suponer la arbitrabilidad del Derecho europeo de la competencia abunda en la consecución de este objetivo de privatización.

Sin embargo, a pesar de estos datos interpretativos aparentemente positivos, no hay que dejar de denunciar que la indiferencia comunitaria hacia el arbitraje hoy en día sigue siendo notable. No pasa de meras declaraciones de intenciones procedentes, la mayor parte de ellas, no por propia iniciativa sino a raíz de hechos puntuales que le obligan a posicionarse sobre la institución arbitral. De hecho, hasta las últimas Sentencias planteadas ante el Tribunal de Luxemburgo cabe afirmar que, no es que el TJCE haya sido más o menos amable con el arbitraje, es que ni siquiera lo había tenido en cuenta. Con todos estos precedentes no ha resultado extraño que, en líneas generales, la reforma del Reglamento comunitario sobre competencia no haya afectado en esencia al arbitraje. De nuevo, se ha perdido una inestimable oportunidad para equiparar la jurisdicción arbitral a la estatal en el ámbito comunitario. Los árbitros siguen sin ser reconocidos de manera equivalente a las jurisdicciones nacionales, por lo que las nuevas prerrogativas a éstas asignadas no se ampliarán al arbitraje.

Ello es lógico en cuanto a la facultad de conceder exenciones a las empresas en atención a las prácticas que pudieran resultar contrarias al Derecho de la competencia. La exención, en cuanto tal, tiene un

carácter eminentemente administrativo de Derecho público que es indisponible y no admite la competencia de un árbitro. Sin embargo, se podría haber posibilitado otra vía alternativa mediante la cual los árbitros pudieran solicitar a un tribunal nacional a través del auxilio jurisdiccional, para que sean estos los que verifiquen la exención de un acuerdo al que se refiera el artículo 81.3. O bien, ya que los árbitros no pueden plantear cuestiones prejudiciales al TJCE, porque no son considerados como una forma de jurisdicción en toda su amplitud, se aboga para que los jueces privados soliciten directamente cuestiones prejudiciales a los propios Tribunales internos de Defensa de la Competencia a modo de auxilio jurisdiccional. Tal y como ocurre en Suecia, donde nada impide a las partes o a los propios árbitros dirigirse a la Administración Nacional Sueca de la Competencia, *Konkurrensverket*, para solicitar cualquier tipo de información relativa al Derecho de la Competencia que soliciten tanto los árbitros como los particulares o las empresas.<sup>22</sup> En otras palabras, se aboga por una mayor colaboración entre jueces y árbitros estrictamente necesaria para la consolidación de una auténtica cultura arbitral imprescindible en el desarrollo globalizador actual del comercio internacional.<sup>23</sup>

Por ello, una vez superada la arbitrabilidad de la controversia en Derecho de la competencia, se insiste en destacar la difícil posición en la que se encuentra el árbitro al tener que aplicar el orden público comunitario del Derecho de la competencia. A diferencia de las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros, las cuales cuando tienen alguna duda sobre la aplicación del orden público contenido en la normativa imperativa comunitaria sobre la competencia, artículos 81 y 82 CE, pueden recurrir a la cuestión prejudicial ante el TJCE; los árbitros no tienen la posibilidad de hacer uso de ella. No sería equitati-

---

<sup>22</sup> Cf., S. JARVIN, «La nouvelle loi suédoise sur l'arbitrage». En *Rev. arb.*, 2000, n.º 2, pp. 27-85.

<sup>23</sup> Sobre la colaboración y el auxilio jurisdiccional, Vid, J. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, «Naturaleza y ámbito del arbitraje en la Ley 60/2003. Asistencia judicial al arbitraje». En *Diario La Ley*, año XXVIII, n.º 6745, jueves, 28 de junio de 2007, [www.laley.net](http://www.laley.net)

vo pretender la colaboración entra la justicia pública y la privada cuando el trato que recibe la segunda se encuentra en estos aspectos discriminado en la práctica. Ya va siendo hora de levantar la prohibición que pesa sobre el acceso a la cuestión prejudicial por parte de la justicia arbitral si se pretende conseguir una correcta aplicación del orden público comunitario que favorezca la justicia global en la UE.

## 2. Arbitrabilidad concurrencial en los distintos ordenamientos jurídicos

En las fuentes legislativas internas que conforman el panorama internacional no es habitual hallar normas referidas a la arbitrabilidad del Derecho de la competencia. De hecho, en la actualidad, únicamente son tres los ordenamientos jurídicos que contienen disposiciones concretas al respecto: el Derecho suizo, el austriaco y el alemán, sin contar con las últimas legislaciones arbitrales que hacen referencia al tema.

El legislador suizo fue uno de los primeros en reconocer la arbitrabilidad de las controversias internacional en cuestiones relativas al Derecho de la competencia cuando eran invocados los artículos 85 y 86 TCE, hoy artículos 81 y 82 CE. El artículo 18 de la Ley federal suiza sobre cárteles de 20 de diciembre de 1985 estableció de manera expresa la arbitrabilidad de las materias de Derecho de la competencia y así se ha mantenido en la nueva Ley federal suiza de cárteles de 6 de octubre de 1995. Si bien, esta ley se pronuncia expresamente sobre la nulidad de los acuerdos de «cártel», distingue los que son internos de los internacionales y si el «cártel» es internacional el arbitraje está permitido, no estándolo, por tanto, en el primer caso.<sup>24</sup> El legislador suizo admitió así, de forma similar al Derecho alemán, procedente de la antigua sección 19 de la Ley alemana de 1957, la arbitrabilidad de las diferencias que conciernen al Derecho de la competencia, siempre

---

<sup>24</sup> Además, el citado artículo 18 declara nula toda cláusula de arbitraje que no otorgue a las partes la posibilidad de dirigirse, si así lo prefieren, a la jurisdicción ordinaria, *cf.*, L. IDOT, «Rapport introductif. L'arbitrabilité, le droit applicable et l'ordre public des litiges intéressant la concurrence», *op. cit.*, pp. 18-19. Y por J.P. MAIRE y D. HAHN, «L'arbitrabilité...», *op. cit.*, 1993, p. 84. *Vid* también, el laudo de la CCI n.º 2811/1978, *Jour. arb. CCI*, Yves DERAIS, 1985, p. 230.



que las partes se reserven el derecho a recurrir al juez estatal una vez que haya surgido la controversia (recurso opcional al juez). De otro lado, el artículo 124 de la ley austriaca de 1988 sobre la competencia se basa en un sistema que permite autorizar los acuerdos que no considere restrictivos para la competencia, en cuyo caso el arbitraje está permitido, de aquellos que sí considera restrictivos y, en consecuencia, no son autorizados y el arbitraje quedaría excluido.

Pero lo anterior es excepcional. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos en general y de las legislaciones de arbitraje en particular no se encuentran disposiciones específicas que relacionen a la institución arbitral con el Derecho de la competencia. Situación que motiva que su inclusión en la ley de arbitraje sueca haya sido un hecho a destacar.<sup>25</sup> La adopción de esta ley, el 4 de marzo de 1999, en vigor a partir del 1 de abril de 1999, se ha caracterizado por la amplia polémica que ha suscitado la arbitrabilidad de la controversia en el Derecho de la competencia. Esta estuvo largo tiempo debatiendo la cuestión de la arbitrabilidad de las diferencias que afectasen al Derecho de la competencia para acabar al final, y no sin ciertas discrepancias y reservas, por admitirla dejando de lado las consideraciones públicas de la misma. Así, el artículo 1.3 de la Ley ha acabado reconociendo expresamente que los efectos contractuales y civiles del Derecho de la competencia serán de ahora en adelante arbitrables indistintamente de que la cuestión que interese al Derecho de la competencia sea una cuestión principal relativa a la controversia o una cuestión conexa. Atribuir esta competencia a los árbitros constituye uno de los medios más eficaces para impedir que una de las partes obstaculice el procedimiento de arbitraje mediante la invocación de la nulidad del compromiso arbitral por tratarse de una materia afectada por el Derecho de la competencia.

En el resto de legislaciones arbitrales, baste señalar que en los sistemas basados en los criterios patrimoniales y en los de libre disponibi-

---

<sup>25</sup> Para un mayor abundamiento, *Vid.* al respecto, S. JARVIN, «La nouvelle loi suédoise sur l'arbitrage», *loc. cit.*, pp. 27-85.

lidad de derechos, como es el caso español basado en la libre disposición conforme a derecho, según el artículo 2 de la Ley española 60/2003 de arbitraje (LA),<sup>26</sup> se entiende que, de manera tácita, está reconocida la arbitrabilidad de las controversias relativas a los Derechos de la competencia, ya que estos son de carácter patrimonial y también disponibles.<sup>27</sup> Aunque, eso sí, como se ha comprobado, la mayoría de las fuentes legislativas internas, ni en uno ni en otro marco, son partidarias de referirse expresamente a la arbitrabilidad de las controversias en este ámbito.

### 3. Apertura jurisprudencial a la arbitrabilidad concurrencial en sede judicial y arbitral

Son varios los casos jurisprudenciales, tanto judiciales como arbitrales, que han resultado claves para alcanzar la aceptación de la arbitrabilidad de la controversia en Derecho de la competencia. De ahí que se haya considerado conveniente, en el apartado siguiente, analizar las referencias jurisprudenciales para llegar a su aceptación en ambos casos.

#### A) *Jurisprudencia en sede judicial*

##### a) *A vueltas con el detonante de la arbitrabilidad de la controversia en Derecho de la competencia: caso Mitsubishi*

<sup>26</sup> BOE, n.º 309 de 26 de diciembre de 2003.

<sup>27</sup> Para un mayor abundamiento en estos sistemas en relación con la patrimonialidad y la disponibilidad y su repercusión en el Derecho de la competencia, *Vid* los respectivos trabajos de A. MCCLELLAN, "Arbitrability, Applicable Law and Public Policy. EC Situation", p. 99; L. IDOT, P. 20; J.P. MAIRE y D. HAHN, p. 81; B. GOLDMAN, p. 112; P. BERNARDINI, "La situation en Italie", pp. 119-124. Todos ellos, en las páginas señaladas, dentro de la obra conjunta, *Competition and Arbitration Law*, *op. cit.* Específicamente en el Derecho francés, *cf.* como la desventurada referencia al orden público que se contiene en el artículo 2060 del Código Civil ha provocado numerosos debates sobre la arbitrabilidad de las demandas relativas al Derecho de la competencia, en P. LEVEL, "L'arbitrabilité", *Rev. arb.*, 1992, n.º 2, p. 213.

Como es sabido, fue un caso norteamericano de 2 de julio de 1985, el famoso asunto *Mitsubishi*, el primero en el que se permitió a un Tribunal arbitral la aplicación de la normativa de la competencia estadounidense contenida en la *Sherman Act*.<sup>28</sup> Con anterioridad, la jurisprudencia norteamericana se había manifestado a favor de la inarbitrabilidad del Derecho *Antitrust* en numerosas ocasiones.<sup>29</sup> Sin embargo, en 1985, el caso *Mitsubishi* marcó el final del escepticismo de los Tribunales norteamericanos hacia el arbitraje y rechazó de manera definitiva los argumentos de orden público utilizados en la «*American Safety*» considerados, desde entonces hasta nuestros días, inaplicables en el arbitraje comercial internacional. *Mitsubishi* fue el primero en reconocer, en términos generales, que las controversias que afectasen al Derecho de la competencia podían ser decididas por un árbitro y sus soluciones fueron claves en tres importantes ámbitos.

<sup>28</sup> Sentencia *U.S. Court of Appeals, First Circuit* de 20 de diciembre de 1983, *Soler Chrysler Plymouth c. Mitsubishi Motors Corporation*, *Year. Comm. Arb.*, vol. X, 1985, p. 519, comentada por J.A. BERTRAND, «Arbitration: Public Policy Exception to Arbitration of Antitrust Issues- *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth*», *Harvard Int. L.J.*, vol. 25, 1984, pp. 427-433. Sentencia definitiva de la *Supreme Court* de 2 de julio de 1985, *Mitsubishi Motors Corporation c. Soler Chrysler Plymouth*, *Year. Comm. Arb.*, vol. XI, 1986, p. 555, *Rev. arb.*, 1986, n.º 2, p. 273, comentada, entre otros, por J. ROBERT «Une date dans l'extension de l'arbitrage international. L'arrêt Mitsubishi contre Soler», *ibid.*, pp. 173; S. JARVIN. «Arbitrability of Anti-trust Disputes: The Mitsubishi v. Soler Case», *Journ. int. Arb.*, 1985, n.º 3, p. 78; Th. CARBONNEAU. «Mitsubishi: the folly of quixotic internationalism». En *Arb. Int.*, 1986, p. 116 y J. BEECHY, «Arbitrability of Antitrust/Competition Law Issues-Common Law» *Arb. Int.*, 1996, p. 179.

<sup>29</sup> Entre aquella jurisprudencia, contraria a la arbitrabilidad de la controversia que versara sobre la normativa *Antitrust*, destacaron los rígidos argumentos empleados en la paradigmática sentencia de 1968, el asunto *American Safety Equipment Corp. v. Mc Guire & Co*, que subrayaba el inequívoco carácter público de las controversias que afectaban a intereses nacionales de tal calibre como los referidos a la *Sherman Act*, dirigidos a fomentar una economía de mercado competitiva, *Vid La Sentencia del Tribunal de Apelación American Safety Equipment Corp. v. Mc Guire & Co de 1968*, 391 F. 2d 821, 826 (1968), comentada, entre otros, por V.R. PITOFKY, «Arbitration and Antitrust Enforcement», *New York University Law Review*, 1969, p. 1072. También, entre la jurisprudencia contraria a la arbitrabilidad de la controversia *Antitrust*, *Vid United States District Court, Eastern District of Michigan, Southern Division*, de 15 de marzo de 1977, *Year. Comm. Arb.*, vol. III, 1978, p. 291.

El primero, extendió la permisividad de la arbitrabilidad de las diferencias en Derecho de la competencia desde EEUU hacia el resto de la jurisprudencia internacional. La interpretación del convenio de arbitraje en el momento del nacimiento de la controversia desencadenó en que, tras la jurisprudencia sentada en *Mitsubishi*, se consideraran arbitrables todas las controversias fundadas sobre el Derecho de la competencia siempre y cuando se dieran determinadas condiciones entre las que se encontraban que el árbitro aplicase realmente dicha normativa competencial caracterizada por su imperatividad de orden público económico de dirección. El segundo, posibilitó que de la arbitrabilidad de las controversias internacionales en materias referidas al Derecho de la competencia se pasase a su arbitrabilidad, también interna, con las mismas restricciones y reservas.<sup>30</sup> Y, el tercero, contagió la arbitrabilidad en los EEUU a otras controversias que hasta la fecha eran inarbitrables, como era el caso de la Ley Rico y de las *Securities Act* de 1934, permitiendo por tanto la arbitrabilidad en materias donde tradicionalmente, por su fuerte vinculación con el orden público y las políticas imperativas estatales se había considerado radicalmente imposible arbitrar.

Ahora bien, dicha permisividad no significaba una arbitrabilidad ilimitada en éstas y otras materias sensibles al orden público,<sup>31</sup> sino una confianza dada a los árbitros para que apliquen una normativa de tan alto interés general, cual era la relativa a la normativa *Antitrust*, con la garantía de que siempre quedará la fase de control al laudo arbi-

---

<sup>30</sup> Un estudio ilustrado con casos prácticos de cómo gracias al asunto *Mitsubishi*, la arbitrabilidad de los derechos *Antitrust* fue extendida a los aspectos internos del arbitraje en EEUU, lo ofrece D. HASCHER, «Les conditions d'arbitrabilité et la jurisprudence. Introductory report». En *Competition and Arbitration Law. Institute of International Business Law and Practice*. París: ICC Publishing, 1993, pp. 159-160. En la misma monografía, *Vid* también los trabajos relativos a la situación norteamericana relativa al arbitraje y los *Antitrust issues*, en los trabajos de D.W. RIVKIN, «Arbitrability, Applicable Law and Public Policy. The U.S. Situation», *ibid.*, pp. 125-145; S. JARVIN, «Arbitrability, Applicable Law and Public Policy. Comments on U.S. Court decisions», *ibid.*, pp. 145-153 y B. BALL, «Case Law and Arbitrability. Arbitrability Under United States Law», *ibid.*, pp. 181-199.

<sup>31</sup> *Vid* las críticas a la tendencia a una arbitrabilidad sin límites en la jurisprudencia arbitral norteamericana posterior a *Mitsubishi* en Th.E. CARBONNEAU, «L'arbitrage en droit américain», *loc. cit.*, pp. 3-50, esp. p. 46.

tral para ver si la aplicación ha sido correcta. Es lo que se denomina, la «*Second Look Doctrine*».<sup>32</sup> De manera que, la verdadera causa que reconcilió el arbitraje internacional con las hasta entonces tan estrictas normas de seguridad de los EEUU (*U.S. Securities Laws*) y provocó el abandono de la celosa aplicación extraterritorial de la normativa *Antitrust* fue el incremento de la confianza en el arbitraje y la mayor aplicación del Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (CNY),<sup>33</sup> junto a la concepción flexible del concepto de orden público. A partir de aquí la corriente federal a favor del arbitraje, «*The Federal Policy Favoring Arbitration*», ha prevalecido en la mayoría de los casos sobre la excepción de orden público alegada en su contra. De modo que si existiera alguna duda sobre si la materia es o no arbitrable en el arbitraje internacional deberá resolverse a favor de la arbitrabilidad. Es el «*Favor Arbitrandum*» o el «*Federal Policy Favoring Arbitration*» en toda su extensión.<sup>34</sup>

Definitivamente, el asunto *Mitsubishi* tuvo una repercusión mundial y fue el verdadero detonante que permitió la arbitrabilidad de la controversia internacional en materias relacionadas con la libre competencia en el arbitraje internacional, pero las partes serán sancionadas y el laudo será anulado si el mecanismo arbitral es utilizado para escapar de la imperatividad de la normativa anticompetencial. En consecuencia, no es cierto que *Mitsubishi* supusiera un reconocimiento absoluto de la arbitrabilidad de la controversia *Antitrust*. En realidad, fue el primer caso de flexibilidad y confianza en el árbitro internacional, donde el con-

---

<sup>32</sup> Doctrina que obliga a los tribunales estadounidenses a verificar si los árbitros aplican correctamente el Derecho Antitrust norteamericano y a denegar el exequátur por razones de orden público si no hubiera sido así, *cf.*, L.G. RADICATI DI BROZOLO, «Antitrust: a paradigm of the relations between mandatory rules and arbitration —a fresh look at the Second look—» En *Int. Arbitration L. R.*, 1, 2004, p. 27.

<sup>33</sup> Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, *BOE*, n.º 164, de 11 de julio de 1977.

<sup>34</sup> Ejemplificando decisiones jurisprudenciales estadounidenses seguidoras de la «*Federal Policy Favoring Arbitration*», *Vid* la Sentencia de la *Supreme Court of the United States*, de 6 de marzo de 1995, n.º 94-18, *Antonio y Diana Mastrobuono c. Shearson Lehman Hutton, Inc., et al.*, *Year. Comm. Arb.*, vol.

trol del orden público en la arbitrabilidad se traspasaba de la fase negocial a la fase postarbitral o de control al laudo arbitral según la «*Second Look Doctrine*». Es decir, se permitiría la arbitrabilidad y consiguiente competencia de los árbitros en estas materias siempre y cuando los jueces del control tuviesen la oportunidad de comprobar, en la fase final, si dichos árbitros habían aplicado efectiva y correctamente la normativa *Antitrust*. La permisividad de la arbitrabilidad en la fase inicial se encontraba así, de un lado, condicionada a que los jueces privados aplicasen efectivamente dicha normativa y, de otro lado, salvaguardada por una red de protección constituida por el obligado control de la sentencia arbitral cuando ésta fuese presentada para su ejecución en los Estados Unidos.

#### b) *La consolidación en la jurisprudencia europea*

Tras la apertura a la arbitrabilidad forjada por la alta jurisdicción estadounidense en el asunto *Mitsubishi* fueron muchos los casos jurisprudenciales internacionales y concretamente europeos que se contagiaron de la permisividad alcanzada, aceptando inmediatamente la competencia de los árbitros para decidir sobre aquellas controversias que afectasen al Derecho de la competencia. En Francia, país que es sede de numerosos procedimientos arbitrales, la jurisprudencia acabó admitiendo ampliamente la arbitrabilidad de los litigios relativos al Derecho europeo de la competencia tras los casos *Almira Films* en 1989,<sup>35</sup> *Ganz* en 1991,<sup>36</sup> *Labinal*,<sup>37</sup>

---

XXI, 1996, p. 181 y en la *Rev. Arb.*, 1995, n.º 2, p. 295, con nota de LA NIDDAM y la Sentencia del *United States District Court, Southern District of Florida, Miami Division* de 3 de marzo de 1996, n.º 95-492-CIV-MOORE, *Year. Comm. Arb.*, vol. XXII, 1997, pp. 948-953.

<sup>35</sup> *Cour d'appel de Paris (1ª Ch. Suppl.)* de 16 de febrero de 1989, *Société Almira Films c. Pierrel ès qual*, *Rev. arb.*, 1989, n.º 4, pp. 711-715, con nota de L. IDOT, *ibid.*, pp. 715-722.

<sup>36</sup> Sentencia de la *Cour d'appel de Paris (1er Ch. Suppl.)* de 29 de marzo de 1991, *société Ganz et autres c/ société nationale des chemins de fer tunisiens*, *Rev. arb.*, 1991, n.º 3, pp. 478-481, con nota de L. IDOT, *ibid.*, p. 478.

<sup>37</sup> *Cour d'appel de Paris, première chambre, section A.* - 19 de mayo de 1993, *Société Labinal c/Société Mors et Société Westland Aerospace Ltd.*, *Journ. dr. int.*, 1993, n.º 4, pp. 957-979, con nota de L. IDOT, *ibid.*, pp. 979-989.

*Velero*<sup>38</sup> y *Aplix*,<sup>39</sup> estas tres últimas en 1993 y, desde entonces, hasta nuestros días. Por su parte, la jurisprudencia italiana también se decantó, a partir de 1991, por la arbitrabilidad de la controversia en Derecho de la competencia.<sup>40</sup> En Suiza, el reconocimiento de la arbitrabilidad de las controversias internacionales en cuestiones relativas al Derecho de la competencia se tradujo en el posterior reconocimiento jurisprudencial que confirmaba dicha arbitrabilidad en asuntos tales como *Société G. v. Société V* en 1992. Finalmente, en el año 2003, la jurisprudencia sueca admitió que los árbitros a la hora de dictar sus laudos debían tener en cuenta las normas que protegen intereses públicos para, así, evitar que éstos puedan ser recurridos por contravenir los principios de orden público.<sup>41</sup>

No obstante, hasta fechas relativamente recientes, el máximo exponente de la justicia comunitaria, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, no había tenido ocasión de pronunciarse al respecto para, al final cuando lo ha hecho a las puertas del nuevo siglo en el asunto *Benetton*, no haber aludido ni siquiera al tema de la arbitrabilidad de la controversia en Derecho de la competencia. Ello sembró dudas en la doctrina europea en relación a cómo debía entenderse la ausencia de referencia a la arbitrabilidad de la controversia en Derecho de la competencia en dicho asunto para acordar, con carácter general, que dicha ausencia debía interpretarse en sentido positivo. Y ello porque, tras un análisis de los fundamentos de la STJCE, de 1 de junio de 1999, As. C-12/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, se puede afirmar que tanto los árbitros, como la jurisprudencia y el propio

---

<sup>38</sup> Sentencia del Tribunal de París de 14 de octubre de 1993, *Rev. Arb.*, p. 164, con nota de Ch. JARROSON.

<sup>39</sup> *Cour d'appel de Paris (1<sup>o</sup> Ch Civ)* de 14 de octubre de 1993, *Société Aplix c. Société Velcro*, *Rev. arb.*, 1994, n.º 1, pp. 164-170. Nota de Ch. Jarrosson, *ibid.*, pp. 170-173.

<sup>40</sup> Decisión de la Corte de apelación de Bolonia de 14 de octubre de 1991, *Year. Comm. Arb.*, 1993, p. 422.

<sup>41</sup> Decisión de la Corte de Apelación del oeste de Suecia de 29 de diciembre de 2003, *Dirland Telecom AB*, *Vid*, G. BLANKE, «The role of EC Competition Law in International Arbitration: a Playdoyer», *Eur. Bus. L. Rev.*, vol. 16, 1, 2005, p. 173.

TJCE dan por sentada la arbitrabilidad de las controversias en este ámbito, consolidando así implícitamente en la jurisprudencia europea los argumentos sentados en el asunto *Mitsubishi*.<sup>42</sup>

La cuestión básica de este asunto versaba sobre las cinco cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJCE, ninguna de ellas referidas a la arbitrabilidad de la controversia sino, sobre todo, a si los árbitros deberían aplicar la normativa comunitaria *ex officio* siendo, por tanto, éste un tema que atañe específicamente al Derecho aplicable.<sup>43</sup> De hecho, de las distintas cuestiones que el *Hoge Raad* holandés planteó al TJCE en el asunto *Benetton*, únicamente las tres primeras se pueden relacionar más o menos directamente con el tema de la arbitrabilidad del Derecho comunitario de la competencia. Estas hacían alusión a si el árbitro estaba obligado a aplicar el artículo 81 CE incluso en los casos en los que las partes no hubieran invocado su aplicación (primera y

---

<sup>42</sup> En efecto, aunque inicialmente resultó sorprendente que el propio TJCE no hiciera alusión a la arbitrabilidad de la controversia en las cuestiones que afectan al Derecho de la competencia dos son las principales razones que ha ofrecido la doctrina para justificar dicha ausencia. La primera, trata de trasladar el problema de la arbitrabilidad de la fase negocial a la fase postarbitral, en consonancia con la doctrina de la *Second Look*. De manera que se permite el desarrollo del procedimiento arbitral en controversias referidas al Derecho de la competencia y, una vez dictado el laudo, a la parte reticente le queda por impugnarlo en virtud del artículo V. 2 CNY. La segunda razón justifica la falta de alusión a la arbitrabilidad al suponer que los árbitros hubieran aceptado tácitamente tener en cuenta el orden público comunitario y lo hubieran aplicado para que el laudo por ellos dictado no fuera contrario a dicho orden público, artículo 81 CE, *cf.*, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Arbitraje Comercial Internacional, orden público y derecho comunitario de la competencia». En *La Ley*, año XX, n.º 4895, 1999, pp. 1-4.

<sup>43</sup> Para un estudio más detallado sobre el citado caso en lo que respecta al Derecho aplicable por los árbitros, *Vid* los comentarios de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Arbitraje Comercial Internacional...», *loc. cit.*, pp. 1-4; *Id.*, «Espacio arbitral comunitario y Derecho de la competencia». En *RCEA*, vol. XV, 1999, pp. 137-148; L. IDOT, «L'arbitre et l'ordre public communautaire: prise de position de la Cour de Justice, note sous CJCE, 1 Juin 1999», *Rev. arb.*, 1999, n.º 3, pp. 631-653 y S. PERRUZZETTO POILLOT, «L'ordre public international en droit communautaire. A propos de l'arrêt de la Cour des justices des Communautés du 1er juin 1999 (*affaire Eco Swiss China time Ltd.*)», *journ. dr. int.*, 2000, n.º 2, pp. 299-315.



tercera cuestión). Y, la segunda pregunta planteaba si el juez estatal podría anular un laudo contrario al artículo 81 CE. El Tribunal de Luxemburgo sólo contestó de forma expresa a ésta última cuestión, entendiendo que el resto de las respuestas se deducían de aquella otorgada a ésta. De modo que, únicamente señaló que el artículo 81 CE es una disposición de orden público comunitario subsumible en la noción de orden público que en cada Estado constituye un motivo de anulación o de denegación del reconocimiento y la ejecución del laudo. La respuesta del TJCE permite extraer dos conclusiones básicas. La primera, la obligación del árbitro de aplicar de oficio el artículo 81 CE, incluso si las partes no han invocado su aplicación, como único método para evitar la anulación del laudo. La segunda, la inequívoca arbitrabilidad de las cuestiones en las que se ve involucrado el Derecho de la competencia, ya que carecería de toda lógica poder anular un laudo por ser contrario al orden público comunitario y no aceptar al mismo tiempo la competencia de los jueces privados para aplicar dichas normas.<sup>44</sup>

En definitiva, en el asunto *Eco Swiss c. Benetton*, el reconocimiento de la arbitrabilidad de las controversias que afectan al Derecho de la competencia se consolidó de forma implícita en la jurisprudencia europea, dirigiendo sus pasos a otras de las preocupaciones igualmente relevantes, cual es, la aplicación por los árbitros de la normativa imperativa y de orden público de dirección en éste ámbito.

### *B) Jurisprudencia en sede arbitral*

Entre los laudos donde los árbitros han aplicado la normativa de la competencia deteniéndose en la consideración de su arbitrabilidad destacan los siguientes. En el laudo CCI, n.º 6503/1990, el demandado invoca que el contrato al que estaba vinculado con el demandante es nulo porque infringe las normas imperativas contenidas en las disposiciones CE relativas a la defensa de la competencia, las cuales

---

<sup>44</sup> Cf. NURIA BOUZA VIDAL. «La arbitrabilidad...», *loc. cit.*, p. 391.

forman parte de un orden público que pertenece al orden público «transnacional». Esto es, al de los principios generales del Derecho internacional, normativa de orden público «verdaderamente internacional» para el arbitraje internacional.<sup>45</sup> En el laudo de la CCI, n.º 7097/1993,<sup>46</sup> la normativa de defensa de la competencia se identifica plenamente con el orden público transnacional por lo que su arbitrabilidad, y consecuente competencia arbitral, entra dentro de los componentes del orden público supranacional de la propia institución arbitral. Aquí, el árbitro único se considera competente para examinar la validez del convenio de arbitraje sobre la base de la normativa comunitaria de defensa de la competencia porque dicha normativa pertenece al orden «supranacional» y, como tal, es directamente aplicable por los árbitros. Precisamente, se basa para fundamentar su decisión en dos Sentencias del TJCE. La primera, la Sent. TJCE de 30 de enero de 1974,<sup>47</sup> donde se expresa que el artículo 85 TCE, actual artículo 81 CE, es una norma «supranacional». Y, la segunda, la Sent. TJCE de 11 de enero de 1990, As. C-277/87, *Sandoz c. European Commission*,<sup>48</sup> que alude a la misma terminología. Así, el artículo 81 CE es una norma supranacional o realmente internacional. No es necesario que el convenio de arbitraje esté basado en un contrato válido y obligatorio según una determinada normativa nacional. Lo que importa es que exprese claramente la voluntad de las partes de someterse a arbitraje en ésta materia para que dicho artículo sea aplicado.

En la actualidad, se parte mayoritariamente de la indudable arbitrabilidad de la controversia internacional que afecte al Derecho de la competencia dentro de los límites necesarios que implica la consideración del orden público en éste ámbito, afirmando el carácter auténticamente internacional o transnacional de la misma. Así, aunque no se hayan llegado a precisar los contenidos del orden público

---

<sup>45</sup> *Vid Recueil CCI*, 1991-1995, pp. 613-617.

<sup>46</sup> Transcrito parcialmente por H. Verbist, *Vid «The Application of European Community Law in ICC Arbitrations»*. En *Bulletin CIA/CCI, Special Supplement: International Commercial Arbitration in Europe*, 1994, pp. 38-39.

<sup>47</sup> As. 127/73, *BRT c. SABAM*, *Rec.* 1974, p. 51.

<sup>48</sup> *Rec.*, 1990, p. 43.

supranacional propios del Derecho de la competencia, únicamente en cuanto a la atribución de supranacionalidad referida en los artículos 81 y 82 CE, sí se ha avanzado en el sentido de considerar que la arbitrabilidad de la controversia internacional del Derecho de la competencia es una norma de orden público transnacional para el arbitraje internacional.<sup>49</sup> De manera que, en aquellos casos en que las legislaciones internas excluyeran la arbitrabilidad de una diferencia atinente a la normativa competencial se admitiría que al tratarse de un arbitraje internacional, tanto los jueces como los árbitros, podrían hacer prevalecer un orden público transnacional de validez del presupuesto material en el Derecho de la competencia que daría por válida dicha arbitrabilidad y, en consecuencia, la competencia arbitral. Tendiéndose, en definitiva, hacia un orden público transnacional que hoy por hoy tiende a validar la arbitrabilidad del Derecho de la competencia, su respeto y su aplicación universal. Por todo ello, en la actualidad, se considera superada la cuestión de la validez de la arbitrabilidad en estos supuestos y se pasa directamente a debatir la aplicación de dicha normativa al fondo de la controversia confiando posteriormente en el control de la arbitrabilidad en la fase postarbitral.<sup>50</sup>

### III. DERECHO APLICABLE

1. Breve precisión sobre el Derecho aplicable al fondo de la controversia: ¿Aplicación obligatoria o facultativa para los árbitros?

La arbitrabilidad de la diferencia en Derecho de la competencia coloca al árbitro ante la tesitura de tener que aplicar las normas sobre libre

---

<sup>49</sup> Supranacionalidad propuesta por el profesor Goldman que aboga por la existencia de un acuerdo universal que dotaría de validez indiscutible e indiscutida a la arbitrabilidad de la controversia en Derecho de la competencia, *cf.*, «L'arbitrabilité, le droit applicable et l'ordre public. The situation in France». En *Competition and Arbitration Law. Institute of International Business Law and Practice*. París: ICC Publishing, 1993, p. 112.

<sup>50</sup> Se reitera con ello la tesis de que en el actual arbitraje internacional el control de la arbitrabilidad se ha desplazado definitivamente de la fase negocial a la fase

competencia en el curso de un procedimiento arbitral entre dos o más empresas. Pues bien, en un primer estadio ha quedado claro que la arbitrabilidad de la controversia en Derecho de la competencia es una de las llamadas «arbitrabilidades condicionadas». Se permite con una única condición: que los árbitros apliquen la normativa concurrencial. Aplicación que ha de ser eficaz y efectiva. Es decir, una vez aceptado que los jueces privados pueden aplicar la normativa competencial como requisito necesario para permitir la arbitrabilidad, la preocupación deriva hacia cómo se lleva a cabo ésta aplicación en la práctica, sobre todo, en la observación de si existen las garantías necesarias al respecto. Por ello, se debería precisar, en primer lugar, con carácter general, los límites de la voluntad de las partes respecto al orden público sustantivo y las normas imperativas en el Derecho de la competencia. Para desentrañar, en segundo lugar, si la aplicación de la normativa competencial es obligatoria o facultativa para la institución arbitral.

La problemática emergerá cuando en éste ámbito las dos fuentes de las que bebe el poder del árbitro se enfrentan. Las partes podrían intentar esquivar la aplicación de la normativa de la competencia a los contratos de los que son parte recurriendo para ello a la institución de arbitraje internacional. Con una actuación de estas características situarían al árbitro en la difícil posición de tener que optar entre su lealtad a las partes, de las que depende y se encuentra atado por el vínculo originario del convenio arbitral, y su deber de aplicar, por el otro lado, el Derecho de la competencia. Encontrándose obligado, en este último caso, por el contrapeso de su naturaleza jurisdiccional, constreñida en cuanto a la necesaria aplicación del orden público en el Derecho aplicable al fondo de la controversia, como condición impuesta en este tipo de arbitraje condicionado y como requisito necesario para conseguir la eficacia del laudo.<sup>51</sup> No es de extrañar por ello, que la

---

postarbitral. *Vid.* GONZALO QUIROGA, M. *Orden público y arbitraje comercial internacional...*, *Op. cit.*, pp. 254-260.

<sup>51</sup> La eficacia de la sentencia arbitral depende de que el desarrollo del arbitraje haya sido seguido convenientemente y por tanto, no de motivos para ser causa de contestación de la sentencia. Sobre la eficacia en el procedimiento de arbitraje, *Vid* el resumen de Ph. FOUCHARD, a este respecto, sobre los trabajos del ICCA

referida tensión parezca siempre empañar el punto de mira del objetivo de los poderes públicos pendientes del alcance de la autonomía de la voluntad tanto material como conflictual en un arbitraje privado internacional que verse sobre una controversia en Derecho de la competencia.

Es cierto que las partes gozan de un amplio margen de acción en la determinación del Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional,<sup>52</sup> pero su libertad no es en principio distinta por recurrir al arbitraje. Al pactar en un contrato internacional una cláusula compromisoria unida a una cláusula *electio juris* ello no quiere decir que la segunda se encuentre en una situación especial, de mayor liberalidad, por el mero hecho de la incorporación o existencia previa de la primera. El sentido general del principio de la autonomía de la voluntad en la contratación internacional es independiente de que sea un juez o un árbitro el que haya de decidir las desavenencias entre las partes, caso en el que deseen sustraerse éstas de la aplicación de una norma imperativa o de una disposición de orden público que pueda afectar restrictivamente a sus intereses negociales. En este punto, la doctrina coincide en que sea cual sea la normativa que las partes elijan para aplicar al fondo de la controversia internacional, ello no eludirá la aplicación del orden público internacional del Derecho elegido, tanto si la controversia es o va a ser decidida por un juzgador público o privado. En definitiva, los contratantes no pueden a través del arbitraje

---

Congress de 1998, «Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales», *Rev. arb.*, 1998, n.º 4, pp. 653-672., esp. p. 655, y la numerosa jurisprudencia allí citada.

<sup>52</sup> De hecho, si las partes eligen la ley aplicable lo harán lógicamente según el Derecho que más convenga a sus intereses, pudiendo seleccionar directamente la ley más propicia para sus fines o eliminando otras leyes que sean contrarias a los mismos, intervención activa positiva y activa negativa. También, pueden recurrir a la intervención pasiva, que es la más frecuente en el contexto internacional, ya que las partes suelen silenciar la ley aplicable dejando su elección en manos del árbitro internacional. Además, las partes gozan de una gran versatilidad para poder elegir la ley aplicable al fondo de la controversia. Se admite que ésta sea posible en «todo momento», tanto en el instante en que se firma la cláusula compromisoria, como si es antes o después del nacimiento de la controversia, *cf.* E. GAILLARD, «Arbitrage Commercial International...», *loc. cit.*, p. 4.

descartar expresamente la aplicación de un orden público, en este caso el comprendido por la normativa de defensa de la competencia sobre el que no pueden disponer.

El problema real se plantea cuando las partes eligen libremente la ley rectora del fondo de la controversia con el propósito de escapar a las normas imperativas o al orden público del Estado/s donde presumiblemente el laudo haya de surtir sus efectos. Pongamos, por ejemplo, el caso en que dos empresas dedicadas a las grandes superficies, una francesa y otra española, en un acuerdo de fusión empresarial pactan una cláusula compromisoria y eligen *v. gr.* la ley de un país asiático como Malasia, con el propósito de escapar a las normas de Derecho de la competencia.<sup>53</sup> La solución la ofrece la normativa convencional. El Convenio de Nueva York responde, en éste sentido, de manera suficientemente clara. Se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral si la autoridad competente del país en la que ésta se pide comprueba que el reconocimiento y la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de ese país, artículo V. 2. b). Ningún país firmante del convenio neoyorkino reconocería un laudo arbitral que no hubiese aplicado el Derecho de la competencia a una diferencia que así lo requiriera. De donde se deduce que la libertad de las partes en la elección de la ley aplicable al fondo de la controversia está también condicionada por la finalidad teleológica que acompaña al trabajo desempeñado por el árbitro. Es decir, la misión de éste último contagia a las partes en la vigilancia de su actuación con el objetivo de rendir eficaz el laudo.

En este apartado, se ha de recordar que el punto de partida que marca la diferencia entre la jurisdicción pública y privada, en el Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional, es que el árbitro, a diferencia del juez estatal, no tiene *lex fori* ni *lex causae* y, en

---

<sup>53</sup> O tomando el ejemplo de M.A. BUCHANAN, ¿Podría una parte residente en Egipto y otra Europea escapar a la normativa islámica (orden público), en contra del cobro de intereses seleccionando una normativa inglesa?, *cf.* «Public Policy and International Commercial Arbitration», *Am. Bus. L. J.*, vol. 26, 1988, p. 517.

consecuencia, no se encuentra compelido por la aplicación de ningún Derecho ni orden público estatal.<sup>54</sup> El árbitro internacional al no pertenecer a ningún foro no está en principio obligado por la aplicación de ninguna normativa adscrita a ellos sólo trata de establecer la oportunidad de aplicar una normativa antes que otra en atención al ejercicio que las partes le han confiado, sin tener que recurrir a un sistema convencional internacional para llevar a cabo dicha determinación.<sup>55</sup> El árbitro es totalmente libre en la elección de ley con las únicas limitaciones indicadas en relación con las prescripciones de las partes, si las hubiere, por un lado, y la autoimposición o el deber moral de hacer el laudo ejecutable, por el otro lado. Pero, no obstante, la responsabilidad del árbitro no es sólo hacia las partes, de las que extraen su legitimidad, sino también hacia los Estados y la comunidad del comercio internacional. En consecuencia, la afirmación según la cual los árbitros deberían estar exclusivamente obligados por la voluntad de las partes en una controversia internacional no sería válida en lo que concierne al respeto del orden público y de las normas materiales internacionalmente imperativas.<sup>56</sup> Son las normas de intervención y las disposiciones de orden público las que marcan, sólo si es necesario, la línea que el amplio poder dispositivo de las partes y la decisión del árbitro no pueden atravesar.<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> Cf. esta afirmación en los laudos de la CCI, n.ºs, 1512/1971, *Jur. arb. CCI*, Yves DERAIS, 1985, pp. 88-95; n.º 1422/1966, *id. cit.*, en el laudo n.º 3380/1980, *Journ. dr. int.*, 1981, n.º 4, p. 928. También, en *Jur. arb. CCI*, Yves DERAIS, 1985, pp. 303-307; n.º 3130/1980, *Jur. arb. CCI*, Yves DERAIS, 1985, pp. 307-310, con observaciones de Yves DERAIS, *ibid.*, pp. 310-312. Y, en general, en todos aquellos donde se plantea la problemática del Derecho aplicable ante la falta de elección de la misma por las partes.

<sup>55</sup> Cf. la diferenciación transcrita del laudo de la CCI n.º 1512/1971, *Jur. arb. CCI*, Yves DERAIS, 1985, pp. 88-95, esp. pp. 94-95 y los laudos preliminares n.º 1512/1967 de 18 de diciembre de 1967 y de 14 de enero de 1970, *Compañía India de Cemento (Dalmia) c. Banco Nacional Pakistani*, *Year. Comm. Arb.* vol. V, 1980, p. 170.

<sup>56</sup> Cf. D. HOCHSTRASSER, «Choice of law and «Foreign» Mandatory Rules in International Arbitration», *Jour. int. arb.*, vol. 1, 1994, p. 85.

<sup>57</sup> Sobre las posibilidades, casi ilimitadas, del ejercicio de la autonomía de la voluntad en el arbitraje y sus estrechos límites, *Vid* el trabajo de S. PERLOF, «The Ties that Bind: The Limits of Autonomy and Uniformity in International Commercial Arbitration», *Univ. Penns. Jour. Int. Bus. Law*, vol. 13, 1992, pp. 323-350.

Se vuelve a traer a colación, al asunto *Soler Chrysler Plymouth c. Mitsubishi Motors Corporation*. El aspecto principal que hay que destacar en esta parte del trabajo es que la decisión alcanzada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en cuanto al Derecho aplicable al fondo de la controversia, se centraba en que los árbitros respetaron las disposiciones imperativas de la *Sherman Act*, que contiene principios generales relativos al Derecho *Antitrust*, a pesar de que la ley aplicable era la ley Suiza. No se aplicó la ley que hubiera debido ser aplicada por ser la especificada en la *lex contractus*, a favor de la aplicación de las disposiciones imperativas estadounidenses, es decir, las de un tercer Estado, en materia de Derecho de la competencia. Ahora bien, si aquí la aplicación de la ley *Antitrust* estadounidense ajena a la *lex contractus* respondía también, según parte de la doctrina, a la fuerte posibilidad que existía en el caso de que EEUU fuese el país de ejecución del laudo; lo realmente significativo es que se puede aplicar una norma imperativa de un tercer Estado distinto al de la *lex contractus*, como aquí la ley *Antitrust* norteamericana, distinta a la expresamente fijada como *lex causae*, que era la ley suiza.<sup>58</sup>

En conclusión, los árbitros no deberían titubear a la hora de aplicar la normativa de la competencia cualquiera que fuese la *lex contractus*. Los principios y libertades básicas del Derecho de la competencia tienen una dimensión verdaderamente internacional cuya aplicación, en cuanto a sus valores mínimos, es universal. El riesgo de que tales disposiciones no fueran aplicadas por el árbitro podría provocar que a través del arbitraje se diera lugar al fraude. Las normas de defensa de la competencia, al igual que las de protección a la parte débil en la contratación internacional, deben ser aplicadas siempre por el árbitro aunque no formen parte de la *lex contractus*. Son normas de orden público con proyección verdaderamente internacional y suponen un límite inderogable para el arbitraje internacional. De manera que, en la actualidad, la entrada del orden público en el *ius dispositivum* es la

---

<sup>58</sup> Sobre la aplicación extraterritorial de la ley federal de EEUU, Vid K. ISHIZUMI, «International Commercial Arbitration and Federal Securities Regulation: Reconciling two Conflicting», *Jour. comp. bus. cap. m. l.*, 1984, pp. 87-90.



única restricción a la autonomía de la voluntad en el Derecho aplicable dentro del procedimiento arbitral internacional.<sup>59</sup>

En Derecho europeo se confirma, incluso, la obligación que tienen los árbitros de aplicar *ex officio* las normas de Derecho comunitario de la competencia a los contratos en los que las partes no han designado Derecho aplicable. Según G. Blanke, las situaciones en los que un árbitro debe tener en cuenta las normas de Derecho europeo de la competencia aunque el contrato estuviese regido por la ley de un ordenamiento no comunitario son las siguientes: 1. Cuando las disposiciones imperativas de libre competencia pertenezcan al Derecho que resultaría aplicable en caso de que las partes no hubieran elegido una ley para su contrato. 2. Cuando el contrato esté estrechamente vinculado con el Estado al que pertenezcan esas normas de libre competencia y, 3. Cuando la ejecución del laudo arbitral pueda no ser efectiva por no haberse respetado las disposiciones del Derecho europeo de la competencia.

## 2. Eficacia y capacitación del árbitro internacional en la aplicación de la normativa competencial

A la problemática general que acaba de ser brevemente comentada se añade la preocupación por la necesaria capacitación del árbitro para aplicar correctamente el Derecho seleccionado. Es decir, una vez aclarado que el árbitro no sólo puede sino que debe aplicar el Derecho de la competencia al fondo de la controversia comienza la difícil tarea de aplicarlo eficazmente. La cuestión que se les plantea a los árbitros cuando tienen que resolver sobre la aplicación del Derecho de la competencia, en la fase arbitral, es ardua de solventar. Sólo en el procedimiento

---

<sup>59</sup> Cf. P. NYGH, «Choice of Forum and Laws in International Commercial Arbitration», *Forum Internationale*, 1997, n.º 24, p. 20. Potenciando la idea del orden público y de las normas materiales imperativas como las limitaciones fundamentales a la libertad del Derecho aplicable en el arbitraje internacional, cf. N. VOSER, «Mandatory Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration», *Am. Rev. Int. Arb.*, vol. 7, n.º 3/4, 1996, pp. 319-357, esp. p. 329.

existen muchos obstáculos asociados a la práctica de pruebas y documentos por parte de las empresas, evaluación de datos económicos, etc.<sup>60</sup> Es realmente complejo probar y demostrar que existe un fraude contractual que viola la competencia. Las partes, en la mayoría de los casos, habrían llegado a un acuerdo colusorio muy difícil de destapar y los árbitros no suelen ser especialistas ni disponen de los medios necesarios para investigar adecuadamente si existe violación o no de la normativa de la competencia. Para llegar al fondo del asunto necesitarían recabar muchas pruebas, la mayoría de las cuales precisan del auxilio jurisdiccional. Práctica que, en muchos casos, conlleva una pérdida de independencia y una ralentización del procedimiento arbitral. Así, es habitual que en estos procedimientos se recurra a la ayuda de expertos en la materia.<sup>61</sup>

Ello nos lleva a afirmar que la determinación de las materias relativas al Derecho de la competencia por parte de los árbitros internacionales requiere su capacitación profesional para ocuparse de los problemas que se suscitan en éste ámbito. Igual que ocurre en las materias relacionadas con la quiebra y los procedimientos colectivos donde se precisa que el proceso sea muy expeditivo y que las demandas y el Derecho aplicable a cada una de ellas, instado por deudores y acreedores, se resuelva por el árbitro internacional a gran velocidad.<sup>62</sup> De ahí que, a pesar de que la tentación de abdicar en un experto sea muy poderosa en cuestiones *Antitrust* debido a que, en muchas ocasiones, las cuestiones son extremadamente complejas y el árbitro debe aplicar determinadas teorías jurídicas y económicas a las que podría no estar

---

<sup>60</sup> Dando muestras de toda la problemática que ello conlleva, *Vid* K.H. BÖCKSTIEGEL, «Powers and duties of arbitrators», *loc. cit.*, p. 206.

<sup>61</sup> En este sentido, H.M. HOLTZMANN, ponía varios ejemplos que indicaban las grandes dificultades a las que se tenía que enfrentar un árbitro para aplicar el Derecho de la competencia. Defendía que el árbitro debía retirarse si no era experto en una materia que afecta al Derecho de la competencia o si no puede disponer de los medios de prueba necesarios para anular un contrato que considera contrario a la competencia. De lo contrario, debería rodearse de expertos que le ayudasen a resolver una controversia que implicase la aplicación del Derecho de la competencia o de la normativa *Antitrust*, *cf. Rapport*: «Powers and Duties of Arbitrators», *loc. cit.*, p. 244.

<sup>62</sup> *Cf.* K.P. BERGER, *International Economic Arbitration. Op. cit.*, p. 195.

acostumbrado, se cree que el deber del árbitro es el de no dejarse vencer por dicha tentación de dejar el caso en manos de los expertos. Planteamiento que es el punto de partida de una agria polémica originada entre aquellos autores que consideran que en los casos donde la aplicación de las normas imperativas y el orden público presenta especiales problemas, debido a la dificultad de la materia, únicamente deberían ser los órganos jurisdiccionales los encargados de aplicar dicha normativa.<sup>63</sup> Del lado contrario, se encuentra otra parte de la doctrina que defiende que el árbitro internacional está más que capacitado para aplicar las leyes de policía, normas de orden público y normas imperativas se encuentren éstas reflejadas o no en el Derecho aplicable al fondo de la controversia.<sup>64</sup>

La posición mayoritaria defiende que el árbitro está llamado a tomar en consideración y, en su caso, a aplicar el orden público económico de la legislación aplicable, tanto si ésta está precisada en la *lex contractus* como si no lo está. Sobre la capacitación del árbitro, en el caso del Derecho de la competencia se trata precisamente de un orden público económico en el cual lejos de tener que abstenerse de decidir en las controversias donde esté implicado un orden público económico, los árbitros internacionales, dentro del comercio internacional, están perfectamente cualificados para hacerlo.<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> Cf. J.W. STEMPEL, «Pitfalls of Public Policy: The Case of Arbitration Agreements», *St. Mary's L.J.*, 1990, pp. 333-335.

<sup>64</sup> De este lado, cf. L. IDOT, «Rapport introductif. L'arbitrabilité, le droit applicable et l'ordre public des litiges intéressant la concurrence», *loc. cit.*, pp. 11-38 y, en general, los autores que intervienen en la obra *Competition and Arbitration Law. Institute of international Business Law and Practice. Op. cit.*

<sup>65</sup> Incluso, se puede ir más lejos: ¿Quién iba a estar mejor cualificado que un árbitro internacional para resolver las controversias de carácter privado, donde apareciese implicado el orden público económico, que pudiese afectar al comercio internacional?, cf. B. GOLDMAN, «Arbitrage Commercial International: Convention d'arbitrage...», *loc. cit.*, p. 19.

#### IV. CONCLUSIONES

Por las propias características del comercio internacional, los asuntos que en él se dirimen y el empleo del arbitraje como el método más habitual para resolver las controversias que allí se suscitan, el órgano arbitral tiene un alto grado de probabilidad de tener que aplicar, o al menos, tomar en consideración el Derecho de la competencia. Pero, a pesar de esta obviedad, las relaciones entre el arbitraje privado y el Derecho de la competencia no distan de ser complejas y en múltiples aspectos son de lo más controvertidas. Su estudio ha de considerar una gran variedad de factores que, sucesivamente, pasa por analizar, desde el problema de la arbitrabilidad de la controversia en Derecho de la competencia como llave de paso esencial a la competencia de los árbitros para dirimir estas cuestiones; si los árbitros son libres de aplicar las normas sobre derecho de la competencia –aplicación facultativa– o, por el contrario, si están obligados a ello –aplicación imperativa–; también, habría que analizar determinadas cuestiones procedimentales en relación a si los árbitros están en igualdad que los tribunales estatales a la hora de aplicar la normativa *Antitrust* y, para finalizar, las consecuencias que tendría la inaplicación del Derecho de la competencia por parte del árbitro. Es decir, si su inaplicación podría provocar la ineficacia extraterritorial del laudo por considerarse contrario al orden público en el exequátur.

De todas estas cuestiones, el presente trabajo se ha ocupado fundamentalmente de las dos primeras, arbitrabilidad y derecho aplicable en los arbitrajes que atañen al Derecho de la competencia, centrándose, en particular, en el Derecho comunitario de la competencia. Pero, además, se han dado las pistas suficientes para responder a las otras dos cuestiones en el sentido de contestar negativamente a la tercera y de forma positiva a la cuarta de ellas. De manera que, se ha evidenciado que tras la reforma del Reglamento comunitario 1/2003 sobre competencia y su adaptación a los distintos Estados miembros, entre los que recientemente destaca la nueva Ley española, Ley 15/2007, de 3 de julio, de Derecho de la competencia, se ha perdido una oportunidad inmejorable para equiparar en este punto la jurisdicción arbitral y la

judicial ya que, hoy por hoy, los árbitros no poseen los mismos medios que las autoridades encargadas en los Estados miembros de la aplicación de la normativa *antitrust*. Y, en cuanto a la última cuestión, hay que destacar que en aplicación del artículo V del Convenio Neoyorquino, la vulneración de las normas imperativas y del orden público internacional del cual forman parte las normas de derecho de la competencia, provocan que su eventual inaplicación sean causa suficiente para denegar el exequátur en el país donde el laudo pretenda ser reconocido y ejecutado.

Y ello es así porque, desde el paradigmático asunto *Mitsubishi* hasta la actualidad, ha prevalecido la doctrina del “*Second Look*” según la cual, el control del orden público en la arbitrabilidad se ha traspasado de la fase negocial a la fase postarbitral o de control al laudo. Es decir, se ha permitido la arbitrabilidad y consiguiente competencia de los árbitros en estas materias siempre y cuando los jueces del control tuviesen la oportunidad de comprobar, en la fase final, si los árbitros habían aplicado efectiva y correctamente la normativa *Antitrust*. La permisividad de la arbitrabilidad en la fase inicial se encuentra así, de un lado, condicionada a que los jueces privados aplicasen efectivamente dicha normativa y, de otro lado, salvaguardada por una red de protección constituida por el obligado control de la sentencia arbitral cuando ésta fuese presentada para su ejecución en los Estados Unidos. Pero, vayamos por partes, deteniéndonos, en concreto, en las dos primeras cuestiones o problemas.

En la última etapa globalizadora la evolución de la arbitrabilidad en Derecho de la competencia ha sido francamente favorable. Evolución potenciada, en cierta medida, por la teoría del *favor arbitrandum* que prevalece en nuestros días. Como se ha comprobado, desde el celebre caso *Mitsubishi* hasta la actualidad, las cuestiones relativas a la arbitrabilidad de las controversias concurrenciales y consiguiente competencia arbitral han sido resueltas de forma positiva. En este sentido, se ha impuesto la interpretación dada en la doctrina, entre otros, por el profesor Goldman. Interpretación favorable a una amplia arbitrabilidad de las controversias en Derecho de la competencia que no ha hecho

otra cosa que confirmar la práctica internacional, tanto judicial como arbitral. Por todo ello, hoy cabe afirmar que las disputas sobre Derecho de la competencia son arbitrables con carácter general. Y de hecho, el estudio realizado de la jurisprudencia judicial y arbitral sobre este particular ha confirmado esta teoría evidenciando, incluso, que muchos de los laudos arbitrales más actuales dan por supuesta o incluso consideran evidente dicha arbitrabilidad.

Ahora bien, cosa muy distinta es la de afirmar que cualquier litigio concurrencial es potencialmente arbitrable o tiene el mismo grado de probabilidad de acabar en un arbitraje privado internacional. Como pusieron de relieve D.I. Baker y M.R. Stabile, hace ya más de una década, cabría distinguir cuatro grupos de casos típicos:<sup>66</sup> 1) Aquellos en los que las partes instauran entre ellas una alianza especial con finalidad cooperativa y carácter permanente (*partnership disputes*): Contratos de distribución comercial, acuerdos de transferencia de tecnología en sentido amplio (contratos de licencia de patentes, contratos de know how) y contratos de constitución de filiales comunes (*joint ventures*). 2) Conflictos entre compradores y vendedores acerca de sus obligaciones recíprocas, especialmente en el marco de restricciones verticales, negativa de ventas o reproches de abuso de posición dominante. 3) Disputas en el marco de relaciones, asociaciones o uniones especiales acerca de cooperación con terceros en violación de lo pactado. Y, 4) Disputas entre empresas competidoras entre las que no existe ninguna relación jurídica especial. Pues, en principio, y tal y como señalan estos autores, sólo los dos primeros grupos de casos serían adecuados para una solución arbitral. La razón esencial que dan para llegar a esta conclusión es que dado que el arbitraje requiere el acuerdo entre las partes, es poco probable que en los dos últimos grupos de casos —en los que no existe una relación contractual entre los eventuales litigantes— éstos pacten el recurso a un procedimiento arbitral en vez de acudir directamente a la Comisión, a las autoridades nacionales de defensa de la competencia o a los tribunales estatales.

---

<sup>66</sup> Vid, «Arbitration and Antitrust Claims: Opportunities and Hazards for Corporate Counsel». *Bus. Lawyer*, 48, 1993, pp. 395-436, con.cr., pp. 398-399.

No obstante, como remarcan A.L. Calvo Caravaca y J. Rodríguez Rodrigo, no hay que olvidar que un árbitro no puede considerarse una autoridad nacional, porque no administra justicia en nombre de un Estado. Es ésta una cuestión de extrema importancia, que explica, en parte, la desconfianza que algunos juristas experimentan ante la posibilidad de que los árbitros puedan resolver cuestiones relacionadas con el Derecho de la competencia. Pero, es también una interrogante parcialmente también superada. La experiencia del arbitraje privado internacional pone de relieve que los árbitros han recurrido frecuentemente al Derecho de la competencia y, además, han obrado diligentemente. Además, al menos, no parece probable que, en caso de acuerdos que supongan una concentración económica, quepa la actuación de un órgano arbitral. Hay una buena razón para esto: tanto las legislaciones internas como el Derecho comunitario prevén un procedimiento administrativo especial y previo para la autorización de las operaciones de concentración empresarial. En él, suelen debatirse todas las posibles cuestiones jurídicas que puedan interesar al Derecho de la competencia.<sup>67</sup>

En cuanto al Derecho aplicable, el árbitro internacional no sólo está facultado sino que está obligado a tener en cuenta y en su caso, a aplicar el Derecho de la competencia ya que este es un Derecho absolutamente imperativo o de orden público internacional. Ello concuerda con el deber arbitral de dotar de fuerza vinculante el laudo el cual no debería contradecir el orden público del Estado o Estados donde éste está llamado a ser ejecutado y, que duda cabe que para esto, los árbitros deben respetar las normas de competencia aplicables al caso. Criterio que sirve por igual tanto en el arbitraje de Derecho como en el arbitraje de equidad. El árbitro también está obligado a aplicar de oficio el Derecho de la competencia cuando actúa *ex aequo et bono*. En el arbitraje comercial internacional en el marco de la globalización comercial un árbitro no puede prescindir de las normas de orden público internacional como son las relativas al Derecho antitrust. En caso contra-

---

<sup>67</sup> *Id. cit.*, pp. 11-19.

rio, actuaría con toda su extensión el Convenio de Nueva York. En concreto, la infracción de orden público contemplada en el artículo V.2 b) que denegaría el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral que no hubiera respetado las normas de derecho de la competencia por infracción de dicho orden público internacional.



## **CAPÍTULO 10**

**EL ARBITRAJE Y EL DERECHO**

**DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS**

**Javier Guillén Caramés**



## Capítulo 10

### EL ARBITRAJE Y EL DERECHO DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

*Javier Guillén Caramés*

I. Introducción.— II. Sistematización de las diversas modalidades de intervención de las administraciones públicas en el arbitraje.— III. La actividad administrativa arbitral y su incidencia en la protección de los consumidores y usuarios.— III.1. Tipología de la actividad administrativa arbitral según la legislación sectorial. Las distintas posibilidades de elección para el consumidor y usuario en función del sector económico en el que se desenvuelva.— III.2. Rasgos característicos que permiten configurar a esta forma de actividad como un arbitraje.— IV. El arbitraje de consumo en sentido estricto: su régimen jurídico.— IV.1. Configuración legal del arbitraje de consumo— IV.2. Distinción con la figura del arbitraje institucional del artículo 14 LA.— IV.3. La organización administrativa del arbitraje de consumo.— A) Las Juntas Arbitrales: su naturaleza jurídico-administrativa.— B) El Colegio arbitral. IV.4. El procedimiento bifásico del arbitraje de consumo.— A) El procedimiento prearbitral. B) Procedimiento arbitral en sentido estricto.— V. La necesidad de reforma del sistema arbitral de consumo: propuestas de ley ferenda.— VI. Conclusiones.

#### I. INTRODUCCIÓN

Han transcurrido, a día de hoy, ya casi quince años desde la implantación del sistema arbitral de consumo en nuestro país mediante la aprobación del Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo de 1993, y hemos asistido con agrado a su rápida implantación en toda España, produciéndose importantes logros en la resolución extrajudicial de conflictos en materia de protección de los consumidores.

En España el arbitraje de consumo entendido este en sentido estricto, así como las diversas modalidades de resolución extrajudicial de conflictos en el que intervienen los consumidores, que se encuentran plasmados en la legislación sectorial (telecomunicaciones, energía, gas, etc.), se encuentra profundamente ligado a la intervención de las Administraciones Públicas que, al entender que el consumidor es la parte débil de las relaciones contractuales, ha configurado en gran parte el arbitraje de consumo como la prestación de un servicio público que pone a disposición de los consumidores para poder defender sus derechos en igualdad de condiciones frente a la otra parte, esto es, el comerciante o empresario. De este modo, la creación del sistema de arbitraje de consumo en nuestro país se debe a la creación por parte de la Administración del entramado orgánico necesario para la prestación de este servicio que se materializó a través del RD 636/1993 que será objeto de estudio a lo largo del presente estudio.

No obstante, y a pesar de su indudable éxito desde la perspectiva de los consumidores y me atrevería a decir que también desde la de los empresarios y comerciantes, el sistema arbitral de consumo plantea una serie de problemas en la actualidad, vistos desde el prisma de las Administraciones Públicas y de su intervención en este procedimiento que hace necesaria la reflexión así como la búsqueda de posibles soluciones de *lege ferenda* que ayuden a mejorar este sistema.

Dos son los principales problemas que a mi juicio, se plantean en la actualidad en la resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo. Por un lado, el legislador ha ido implantando diversos sistemas de resolución de conflictos en favor de los consumidores y usuarios, al margen o mejor dicho en paralelo al sistema arbitral de consumo, en ámbitos sectoriales concretos de indudable trascendencia para los consumidores y usuarios. Un claro ejemplo de esta realidad puede encontrarse en la progresiva liberalización de determinados servicios públicos como son los de la energía, servicios postales, telecomunicaciones, etc., que van a ser prestados por diversos operadores privados en un régimen de libre concurrencia lo que va a conllevar que la protección de los consumidores o usuarios de estos servicios demande

una especial atención tanto por parte de la legislación específica de cada uno de estos sectores liberalizados, como por la legislación de consumo. Las diversas normas que regulan estos sectores se han hecho eco de esta necesidad y han previsto en casi todas ellas un doble sistema alternativo de resolución extrajudicial de conflictos: de un lado, el específico de la ley sectorial de naturaleza jurídico-administrativa y de otro, la remisión al sistema arbitral de consumo que, como se examinará, tiene una naturaleza jurídica que podría calificarse de híbrida, pues tiene por una parte aspectos que caen bajo la regulación específica del Derecho Administrativo como pueden ser la organización y los actos que dictan las Juntas arbitrales, mientras que por otra parte los conflictos que resuelve el Colegio arbitral como la resolución que pone final a los mismos —el laudo— son de naturaleza jurídico privada. Pues bien esta doble solución que nos ofrece el legislador, con sus distintas y muy diferentes consecuencias jurídicas puede provocar disfunciones importantes, como tendremos ocasión de examinar, en lo que se refiere a la protección de los consumidores.

La segunda cuestión que resulta necesario traer a colación deriva del propio sistema arbitral de consumo, tal y como se encuentra previsto en el RD 636/1993, especialmente en lo que se refiere a su procedimiento y a la configuración orgánica del mismo. Baste en este momento apuntar sucintamente dos de los aspectos controvertidos que serán tratados posteriormente. En primer lugar la configuración institucional del sistema de arbitraje de consumo, creándose dos estructuras para el desarrollo del mismo —Junta Arbitral y Colegio Arbitral— con funciones obviamente distintas y con soluciones jurídicas igualmente diferentes a los problemas que puedan plantearse de la adopción de los actos que estos dos órganos emiten, puede provocar resultados paradójicos como que los actos de las Juntas Arbitrales son actos administrativos que por tanto, pueden ser revisados por la jurisdicción contencioso-administrativa y que, al mismo tiempo, esos mismos actos pueden ser el fundamento o la causa de nulidad del laudo emitido por el otro órgano que participa en el sistema arbitral de consumo —el Colegio Arbitral— y que su ulterior revisión vía la impugnación del laudo sea encomendada a la jurisdicción civil, en virtud de

lo dispuesto en el RD 636/1993 y en los artículos 40 y siguientes de la nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA).

A esta posible disfunción que lleva aparejada el sistema arbitral de consumo puede unírsele otra cuestión que más que un problema en sí del sistema arbitral es una propuesta de mejora de *lege ferenda* que, en mi opinión, puede propugnarse con los matices y las propuestas que aludiré a continuación, y que va referida a la posibilidad de que la posible ejecución forzosa de los laudos pueda ser encomendada a la Administración y no a la jurisdicción civil ordinaria como se prevé en la actualidad.

Serán sobre estas cuestiones sobre las que versará mi estudio encaminado principalmente a la consecución de un fin primordial que encuentra su razón de ser en el artículo 51 de nuestra Carta Magna:<sup>1</sup> la mejora en la protección del consumidor mediante el establecimiento de procedimientos eficaces por parte de los poderes públicos. La necesidad de progresar en estos procedimientos y de mejorar los ya existentes resulta del todo necesario para dar contenido y verdadera funcionalidad al mandato establecido en el citado precepto.

## II. SISTEMATIZACIÓN DE LAS DIVERSAS MODALIDADES DE INTERVENCIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN EL ARBITRAJE

Con carácter previo al examen de las cuestiones apuntadas opino que puede resultar conveniente el análisis de las diversas modalidades de participación de las Administraciones Públicas en los sistemas de resolución extrajudicial de conflictos, con la finalidad de aclarar y distinguir conceptos y categorías. Esta clasificación se puede abordar desde una doble perspectiva: de un lado, desde la participación de las Administraciones Públicas como parte de un procedimiento arbitral, en cuyo

---

<sup>1</sup> El artículo 51 CE dispone lo siguiente: «1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mis-

caso habrá que distinguir si se trata de un arbitraje de Derecho privado o si nos encontramos ante la posibilidad de configurar un arbitraje de Derecho público; y, por otro, desde la actividad que puede realizar la Administración pública resolviendo conflictos entre particulares, que es lo que ha sido definido por la doctrina ius administrativa como «actividad administrativa arbitral».

- i) La posibilidad de que las Administraciones Públicas puedan resolver los conflictos que se susciten con los particulares a raíz de la adopción de resoluciones administrativas que afecten a éstos, acudiendo a la fórmula procedimental del arbitraje ha resultado ser una cuestión altamente controvertida.<sup>2</sup> La causa fundamental se encuentra en que las materias y asuntos de los que conoce la Administración no suelen ser de libre disposición por parte de las mis-

---

mos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos en que la ley establezca. 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales».

<sup>2</sup> En un principio la doctrina negó esta posibilidad al entender que el arbitraje era una técnica ajena al Derecho Administrativo, de tal modo que no tenía encaje en la actividad de la Administración pública. Se alegaba con carácter general que la Administración no puede transigir y, se añadía, menos aún, remitir a un tercero la resolución de un conflicto en que está presente un interés general. En la medida en que toda actuación administrativa está dominada por la persecución de un interés general, la Administración no podía renunciar a la concreción y defensa del mismo, reconduciendo a un tercero la concreción de cual fuera ese interés general en un conflicto determinado. En este sentido, se señalaba que la Administración al actuar sometida al principio de legalidad, vinculada positivamente a la Ley, ejerce potestades administrativas, por tanto poderes-deberes, y no puede renunciar a este deber de intervención, remitiendo en caso de conflicto la concreción del interés a un tercero. Al mismo tiempo se añadía que la actuación administrativa debería ser examinada por un órgano jurisdiccional que, además juzgaría a la Administración con transparencia y con publicidad. Por todos estos factores se negaba la vía arbitral a la resolución de conflictos administrativos. En la actualidad, sin embargo, el panorama ha cambiado significativamente y el ordenamiento jurídico ha previsto en diversas ocasiones y de forma muy dispar esta posibilidad. Sobre este particular, *Vid*, entre otros, ROSA MORENO, J. *El arbitraje administrativo*. Madrid: Mc Graw Hill-Universidad de Alicante, 1998, pp.

mas al encontrarse vinculadas a la satisfacción de los intereses generales.<sup>3</sup> A ello hay que añadir que en virtud del artículo 106.1 de nuestra Constitución:

Artículo 106.1. - «Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifica».

Por lo que parece en un principio, siguiendo una interpretación literal de este precepto, que se excluye la posibilidad de que mediante un convenio arbitral se pueda eximir del control judicial una actua-

---

59 y ss.; HUERGO LORA, A. *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2000, pp. 149 y ss.; BUSTILLO BOLADO, R.O. *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2004, pp. 350 y ss.; TORNOS MAS, J. «El arbitraje en el Derecho Administrativo: Posibilidad de esta figura jurídica». En *Revista del Tribunal Arbitral de Barcelona*. Boletín n.º 6, 1995, pp. 13 y ss.; TRAYTER, J.M. «El arbitraje de Derecho Administrativo». En *Revista de Administración Pública*, n.º 143, mayo-agosto, 1997, pp. 75 y ss.; GONZÁLEZ MENUDO, F. «Arbitraje y Derecho público». En *Justicia Administrativa*, n.º 2, enero, 1999, pp. 5 y ss.; MONTOYA MARTÍN, E. «Reflexiones sobre los medios alternativos de resolución de conflictos en la Administración». En *Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de Derecho público (VI Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía)*. Sevilla: Civitas-IAAP, 2003, pp. 189 y ss.

- <sup>3</sup> Al hilo del estudio de la posibilidad de establecer un arbitraje de Derecho público F. LÓPEZ MENUDO advierte de la dificultad del mismo en este ámbito debido fundamentalmente a la indisponibilidad de las cuestiones de las que conoce el Derecho Administrativo. Sin embargo, este autor advierte de la necesidad de fijar un verdadero criterio, esto es, un «concepto unívoco» de qué debe entenderse por materia indisponible para el arbitraje de Derecho Público. Al respecto establece un criterio «a la vista de una escala de posibilidades, ordenada de la mayor a menor amplitud a favor del Arbitraje. En primer lugar, «indisponibilidad de la materia» coincidiría, sería equivalente, a carencia de competencia sobre la misma [...] lo que representa la interpretación más abierta o permisiva de todas. Segundo nivel: materia indisponible sólo sería aquella relacionada con el orden público estricto, es decir, como el conjunto de valores tutelados constitucionalmente. En tercer lugar, como un escalón más restrictivo que los anteriores, materias indisponibles serían aquellas que constituyen el contenido de las potestades-función. El cuarto escalón vendría constituido por cualquier materia de *ius cogens*. El quinto estaría constituido por los actos de autoridad, como categoría contra-



ción de las Administraciones Públicas. Sin embargo, esta interpretación en sentido estricto del tenor literal del artículo 106.1 de la Constitución podría verse atemperada cuando exista una alternativa, prevista mediante norma con rango de ley, al control judicial mediante otro mecanismo en el que un tercero revestido de la autoridad de árbitro desempeñe funciones similares o equivalentes a las jurisdiccionales.

En este sentido parece decantarse el Tribunal Constitucional al señalar en su sentencia 34/1995, de 6 de febrero, resolutoria de un recurso de amparo por presunta violación del principio de igualdad y del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la discrecionalidad técnica de comisiones administrativas examinadoras, estableció tras examinar los artículos 1, 9 y 103.1 lo siguiente:

Siendo los anteriores preceptos los presupuestos de la declaración contenida en el artículo 106.1 CE, es claro que, del conjunto que se acaba de describir, se desprende un diseño constitucional de control máximo de la actividad administrativa, en la que, salvo exclusión legal expresa y fundada en motivos suficientes –que en todo caso corresponde valorar a este Tribunal– no se produzcan exenciones en la regla general de sujeción de aquéllas al control y fiscalización de los Tribunales de Justicia. Que esto es así se desprende de una jurisprudencia reiterada de este Tribunal, que se ha ocupado de mantener que si bien la Constitución no ha definido cuáles deben ser los instrumentos procesales que hagan posible ese control jurisdiccional, sí ha afirmado, en cambio, la necesidad de que dichos mecanismos han de articularse de tal modo que aseguren sin inmunidades de poder, una fiscalización plena del ejercicio de las atribuciones administrativas.

Por lo tanto y siguiendo una interpretación amplia de lo señalado por el Tribunal Constitucional podría admitirse la posibilidad del sometimiento por parte de la Administración al arbitraje, en base a

---

puesta a los de gestión. El sexto configuraría como materia indisponible toda la perteneciente al Derecho Administrativo, aunque no fuesen actos de autoridad, dado su sometimiento al principio de legalidad. El séptimo haría indisponible, para el arbitraje cualquier norma o actividad, si en ello está en juego el interés público, con independencia de cuál fuese la naturaleza de la cuestión»; «Arbitraje y ...». *Op. cit.*, p. 20.

la similitud que ostenta esta institución con la actividad que desarrollan los órganos jurisdiccionales.<sup>4</sup>

Pero a pesar de que puede resultar viable la institución arbitral para el sometimiento de las cuestiones conflictivas en las que se puedan ver inmersas las Administraciones Públicas fruto de su actuación, resulta necesario deslindar qué cuestiones pueden someterse a arbitraje y quedar exentas, por tanto, del control jurisdiccional, así como qué tipo de arbitraje —de Derecho público o privado— va a resultar ser el idóneo para la resolución de las cuestiones litigiosas de los entes administrativos.

En primer lugar, respecto a qué actuaciones de las Administraciones Públicas pueden ser objeto de arbitraje, la doctrina conviene que sólo sería viable respecto a aquellas actuaciones que se encuentran sometidas a las reglas del Derecho privado por un lado, y a los contratos y convenios por otro. En el primer supuesto sería posible el recurso a la institución arbitral puesto que al referirse a materias reguladas por el Derecho privado se encontrarían dentro del ámbito de libre disposición de las partes. En el segundo caso, podría ser válido debido a que el conflicto no surge de un acto administrativo, sino sobre una relación jurídica Administración-administrado que precisa de interpretación. Así en este último supuesto, el árbitro no sustituiría al juez contencioso-administrativo decidiendo sobre la validez o no de un acto administrativo, sino que se limitaría a enjuiciar una relación administrativa conformada de común acuerdo entre la Administración y el administrado.

El segundo interrogante acerca de qué tipo de arbitraje sería el adecuado para la resolución de estos conflictos en los que la Administración actuará como parte en el procedimiento arbitral, la respuesta va a depender, del mismo modo, de la naturaleza de la relación jurídica controvertida.

---

<sup>4</sup> Sobre este punto, *vid* BUSTILLO BOLADO, R.O.. *Convenios y contratos... Op. cit.*, pp. 357 y ss.

En aquellos supuestos en los que la Administración actúa conforme a reglas de Derecho privado no existe obstáculo para que el arbitraje se encuadre dentro del sistema regulado en la nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre de 2003, de arbitraje (en adelante, LA). De este modo la celebración del convenio arbitral así como el desarrollo del procedimiento se encontrará sometida a los requisitos y formalidades previstos en la propia LA. En el caso de las sociedades mercantiles públicas y demás sociedades participadas por entes públicos, el sometimiento del conflicto a arbitraje no precisará, en la mayor parte de los casos, ningún requisito especial, y se tratará más bien de un fenómeno ordinario del tráfico mercantil en el que la empresa desarrolla su actividad.<sup>5</sup> En definitiva, lo relevante va a ser la naturaleza —pública o privada— de la controversia sobre la que pueda recaer el arbitraje y no la del sujeto que es parte de esa controversia. Así, por ejemplo, no podrán ser objeto de este tipo de arbitraje las cuestiones surgidas cuando entidades públicas empresariales como AENA o Puertos del Estado actúen en el ejercicio de potestades administrativas aunque la actuación ordinaria de estos entes públicos se rija por el Derecho privado tal y como prevé la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE). Lo mismo sucederá con las cuestiones que surjan en relación con el ámbito de contratación de las sociedades mercantiles públicas, si el conflicto se refiere a aspectos de Derecho Público que puedan regir la decisión de celebrar un contrato y la selección del contratista. Serán arbitrables, en cambio, las controversias jurídicas de naturaleza privada aunque una de las partes sea Administración Pública.

---

<sup>5</sup> Así la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 6 de marzo de 1987 estableció que «como quiera que los extremos sobre los que ha versado el arbitraje en equidad y indefinitiva el laudo emitido por los árbitros, recae sobre materias propias de una actividad mercantil consonante con la específica del objeto social de la empresa expropiada y erigida de esta suerte en Sociedad estatal, no cabe argüir, como se hace en el recurso presente, que esté sujeto a una regulación específica y excluyente de la Ley de Arbitrajes Privados». Sobre esta cuestión, *vid* TRAYTER, J.M. «El arbitraje de...». *Op. cit.*, pp. 87 y ss.

Distinto es el supuesto que se plantea cuando la naturaleza de la controversia es de carácter jurídico-público. Se ha querido ver en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPC) una habilitación a favor del arbitraje de Derecho Administrativo. En concreto el artículo 107.2 dispone:

Artículo 107.2.- «Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, 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, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimientos administrativo.

En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado».

La mención al arbitraje como fórmula sustitutiva de los recursos de alzada y reposición, tal y como lo prevé este precepto, no parece que sea una vía alternativa a la posibilidad de configurar un verdadero arbitraje de Derecho Administrativo excluyente, por tanto, de la vía jurisdiccional contencioso-administrativa.<sup>6</sup> Sin ánimo de extendernos en estos aspectos, pues excede del propósito de este trabajo, la doctrina se ha mostrado reacia a admitir que la previsión del artículo 107.2 LPC suponga una base jurídica suficiente para que el legislador admita el recurso al arbitraje en este tipo de controversias. Eso sí, ello no impide que, mediante Ley se admita y regule el arbitraje de Derecho Administrativo, abriéndose a esta técnica de resolución de conflictos materias a las que, en la actualidad, no cabe otra vía de resolución que la contencioso-administrativa. En este sentido, esta hipotética Ley de Arbitraje Administrativo debería

---

<sup>6</sup> En este sentido, señala F. LÓPEZ MENUDO, que tampoco se trata de un genuino arbitraje el que se menciona en el artículo 107.2 LPC, «por la sencilla razón de que se contempla como un posible mecanismo de sustitución de los recursos administrativos no del recurso jurisdiccional». *Vid* «Arbitraje y...». *Op. cit.*, pp. 9 y ss.

delimitar de forma concreta y lo más preciso posible las cuestiones jurídico-administrativas que podrían someterse a esta técnica de resolución extrajudicial de conflictos.<sup>7</sup>

ii) Una cuestión diferente a la que acabamos de examinar es la referida a aquellos supuestos en que la Administración es la que se encarga de resolver mediante la técnica arbitral, normalmente prevista por la legislación sectorial (telecomunicaciones, energía, consumo, transportes, etc.), las controversias que se puedan suscitar entre particulares. Esta forma de actividad administrativa, denominada como «actividad administrativa arbitral», fue definida por el profesor Ramón Parada como aquella que «realiza la Administración Pública cuando decide controversias o conflictos entre los administrados sobre derechos privados o administrativos».<sup>8</sup> De nuevo y, como puede desprenderse de la definición que acabamos de señalar se configuran por el legislador dos formas de actividad arbitral que pueden desarrollar las Administraciones Públicas:

a) Aquella que resuelve controversias entre sujetos privados sobre derechos administrativos mediante actos administrativos. En estos supuestos no puede hablarse de un arbitraje en sentido pro-

---

<sup>7</sup> Enumera J.M. TRAYTER una serie de actividades administrativas de carácter convencional que podrían ser objeto de arbitraje público en una futura Ley de Arbitraje de Derecho administrativo: contratos administrativos (típicos y atípicos), contratos privados de la Administración, convenios entre administraciones Públicas, convenios colectivos en la función pública, convenios urbanísticos, el acuerdo indemnizatorio como finalización del procedimiento de determinación de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, la terminación convencional en materia sancionadora, concesión de ayudas y subvenciones públicas, terminación convencional de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, etc.; *vid* «El arbitraje de...». *Op. cit.*, pp. 95 y ss. Con carácter general precisa A. HUERGO LORA que el arbitraje administrativo puede ser admisible respecto de las cuestiones litigiosas que puedan surgir en la ejecución de los contratos y convenios administrativos y, en general, en los elementos no reglados de la actividad administrativa, *vid La resolución extrajudicial de...* *Op. cit.*, p. 197.

<sup>8</sup> *Vid Derecho Administrativo I*. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 574 y ss.

pio puesto que ni las partes escogen esta vía de forma voluntaria pues viene impuesta *ope legis*; ni tampoco queda excluida la vía judicial al ser el acto administrativo que resuelve el conflicto un acto plenamente impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Por tanto, sería más correcto de hablar de mecanismos de resolución de conflictos.

- b) Por otro lado, se encontraría aquella actividad arbitral en que la Administración resuelve conflictos entre particulares sobre derechos de naturaleza estrictamente privada, mediante la emisión de un laudo de carácter privado, como ocurre en el arbitraje de consumo. Es en estos supuestos donde habrá que analizar las características de esta técnica jurídica de resolución de conflictos para poder vislumbrar si nos encontramos ante un verdadero arbitraje o no.

Al estudio de estas dos técnicas de resolución de conflictos que prevé el legislador sectorial dedicaremos el apartado siguiente.

### III. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ARBITRAL Y SU INCIDENCIA EN LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

Como acaba de apuntarse, la Administración actúa como árbitro en diferentes supuestos previstos por la legislación sectorial resolviendo conflictos que se suscitan entre personas privadas. Esta categoría de la actividad administrativa se ha venido produciendo en base a motivos y causas de muy diversa índole. Entre estas pueden destacarse esencialmente dos de carácter muy significativo. Así, de un lado, como consecuencia de los muy diversos avatares en que se ha visto inmersa nuestra evolución constitucional, se ha dado entre nosotros una vivencia defectuosa del principio de separación de poderes, y en especial del contraste entre la Administración y la Justicia, así como el sometimiento de la primera a la segunda. En este clima, en el que la Ley formal no estaba sometida a ningún control superior, no resultaba extraño que el legislador sectorial sustrajera una determinada categoría de asuntos de la jurisdicción ordinaria, encomendado su resolución a

órganos más o menos híbridos o directamente administrativos. Sin embargo, con la llegada de la CE y la reserva de la función jurisdiccional a Jueces y Tribunales tal y como establecen los artículos 117 y 122 CE, puso punto final a esta práctica legislativa y conllevó la desaparición de las denominadas jurisdicciones administrativas especiales.<sup>9</sup>

Este proceso hizo que en alguno de esos ámbitos se sustituyera la jurisdicción administrativa especial por un sistema de arbitraje voluntario. No obstante, este proceso se ha vuelto a invertir y, en la actualidad, nos encontramos asistiendo a una nueva etapa caracterizada por la proliferación de normas que atribuyen a distintos órganos administrativos la función de resolución de conflictos, llevando en algunos supuestos al ámbito administrativo controversias que son materialmente de índole civil, como ocurre en el caso de la protección de los consumidores, lo que requiere abordar una breve reflexión acerca de este fenómeno.

Sin perjuicio de lo que exponremos en las líneas siguientes resulta necesario, a mi juicio, exponer, aunque sea someramente, cuál es el fundamento de este tipo de arbitraje o de actividad arbitral que justifica la intervención de las Administraciones públicas en la resolución de conflictos «inter privados» y que, por tanto, en un principio deberían caer dentro del ámbito del arbitraje regulado en la LA.

El punto de partida se encuentra en el artículo 103. 1 CE en el que establece que la Administración «sólo puede actuar para el servicio de los intereses generales». Esta regla constitucional marca el contorno y los límites al legislador a la hora de atribuir nuevas potestades a las Administraciones y permite a su vez al Tribunal Constitucional controlar la legalidad constitucional de las normas en que se contengan estas habilitaciones. El interés, indudablemente público de que los conflictos jurídicos que enfrentan a los diversos sujetos se resuelvan mediante la intervención de terceros caracterizados por la nota de im-

---

<sup>9</sup> Vid, al respecto, A. HUERGO LORA, *La resolución extrajudicial de... Op. cit.*, pp. 238 y ss.

parcialidad, no es suficiente por sí solo para legitimar una actuación administrativa dirigida a su resolución, puesto que esta función se encuentra atribuida a los órganos judiciales, como se deduce del ya citado artículo 117 CE. Esto implica que para que se encuentren debidamente legitimadas desde una perspectiva constitucional las normas que atribuyen a la Administración la potestad de resolver este tipo de conflictos, mediante las fórmulas que ellas mismas prevean, es necesario que esos conflictos afecten o se encuentren ligados con una especial intensidad a algún interés público cuya tutela se encuentre de forma directa encomendada a la Administración.

La concurrencia de este requisito resulta clara en la mayor parte de los supuestos que, a continuación examinaremos. En algunos casos porque la rápida resolución de la controversia planteada es necesaria para que un determinado sector o mercado pueda funcionar en la adecuadas condiciones de libre competencia, como ocurre en los mercados de las telecomunicaciones o de los servicios postales. El interés general que conecta con la atribución a la Administración de esta potestad de resolver conflictos privados es el buen funcionamiento del mercado y la protección de los sujetos que participan en el mismo, de tal modo que ese concreto interés público trasciende a los concretos actores enfrentados en el conflicto y por tanto, se encuentra así justificado el fundamento legitimador de la intervención administrativa que está atribuido de forma específica a la Administración. En otros supuestos, como en el caso de la protección del consumidor o en el de la energía, se entiende que el correcto funcionamiento de un sector económico exige la previsión por parte de las normas que lo tutelan de fórmulas alternativas a la judicial para la resolución de conflictos, debido a la inadecuación de ésta para dar solución rápida y eficaz a los problemas que se plantean en estos sectores concretos.

Pues bien, la concurrencia del elemento del interés público que justifique la atribución de este tipo de potestades a la Administración es decidida por el legislador que dispone de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de discernir si se dan los suficientes argumentos que aconsejen el otorgamiento o no de la potestad de resolu-



ción de conflictos *inter privados* a las Administraciones públicas. La discrecionalidad de que goza el legislador ha de tener unos límites pues no cabe el otorgamiento con carácter general de una fase prejudicial administrativa de resolución de conflictos. Por ello será necesario una especial atención del legislador a la hora de examinar el interés público legitimador de la intervención administrativa arbitral en un sector concreto que deberá ser el mismo interés público –concreto y específico– que legitima el resto de las potestades administrativas que se ejerzan en ese sector.<sup>10</sup> Fiel reflejo de esta afirmación ha sido el desarrollo del principio rector de la política social y económica consagrado en el artículo 51 CE que dirige una mandato a los poderes públicos encaminado a la protección de los consumidores mediante la implantación de «procedimientos eficaces» que el legislador ordinario se ha encargado de desarrollar en diversas normas, entre los que se encuentra la creación de sistemas de resolución extrajudicial de conflictos en beneficio de los consumidores y usuarios, como es el caso del arbitraje de consumo.<sup>11</sup>

### *III.1. Tipología de la actividad administrativa arbitral según la legislación sectorial. Las distintas posibilidades de elección para el consumidor y usuario en función del sector económico en el que se desenvuelva.*

Distintas han sido las fórmulas y las soluciones adoptadas por el legislador tendentes a desarrollar mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos en los que el papel que va a desempeñar la Administración hace que puedan encajar dentro de lo que se ha denominado actividad administrativa arbitral. Puede llevarse a cabo la siguiente enumeración de los diferentes tipos de actividad arbitral dirigida a la resolución de controversias de naturaleza jurídico-privada por parte de la Administración, tal y como lo ha recogido la legislación positiva.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, págs. 262 y ss.

<sup>11</sup> Sobre el artículo 51 CE y su incidencia en la protección de los consumidores, *Vid.* J. GUILLÉN CARAMÉS, *El Estatuto Jurídico del Consumidor*, Civitas, Madrid 2002, págs. 140 y ss.

<sup>12</sup> Seguimos en este punto, fundamentalmente, la clasificación que desarrolla A. HUERGO, *cfr.*, *La resolución extrajudicial...*, *op. cit.*, págs. 240 y ss.

i) Una primera manifestación de forma de actividad arbitral es la que atribuye a órganos administrativos la condición de instituciones arbitrales de tal forma que pueden intervenir en la resolución de conflictos entre sujetos de Derecho privado. Es el caso del arbitraje de consumo, previsto con carácter genérico en el artículo 31 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios, de 19 de julio de 1984 (LGDCU) y que ha sido ulteriormente desarrollado por el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, de arbitraje de consumo, que crea sus propios órganos de administración y resolución del arbitraje –Juntas Arbitrales y Colegios Arbitrales–; arbitraje, además, al que es de aplicación supletoria la LA, tal y como dispone su Disposición Adicional Unica: «Esta Ley será de aplicación supletoria al arbitraje a que se refiere la Ley 26/1984, de 19 de julio, general de defensa de consumidores y usuarios, que en sus normas de desarrollo podrá establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho».

Por lo tanto nos encontramos ante un sistema arbitral parecido al regulado con carácter general en la LA con las especificidades que le confiere el RD 636/1993 que serán objeto de estudio en el epígrafe siguiente, de tal modo que la finalización del procedimiento arbitral se llevará a cabo mediante la emisión del correspondiente laudo con los efectos jurídicos propios que le confiere la LA que son de carácter privado. Este será con carácter general el arbitraje destinado de forma concreta a la protección de los consumidores con independencia de si se encuentran o no en un sector económico concreto, pues es el que regula y asume la casuística especial que precisa la protección del ciudadano como consumidor.

ii) Una segunda modalidad de la actividad administrativa arbitral o de resolución de conflictos, es aquella en que el legislador encomienda y atribuye a órganos administrativos la función de fijar a falta de acuerdo entre las partes de compensación o el precio que un sujeto debe abonar a otro a quien la Ley impone la obligación de contratar con el primero y le faculta a usar un determinado bien o derecho. El fundamento de esta vertiente se encuentra en que el legislador quiere

evitar situaciones monopolísticas o de falta de explotación de un bien o derecho concreto. Ejemplo de esta figura puede encontrarse en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del servicio postal universal y de liberalización de los servicios postales que prevé con carácter general en su artículo 23.5 lo siguiente:

Artículo 23.5.- «Se garantiza el derecho de acceso a la red postal pública a todos los usuarios y, en su caso, a los operadores postales a los que se les imponen obligaciones de servicio universal, en condiciones de transparencia, objetividad y no discriminación.

Los operadores postales distintos de los referidos en el párrafo anterior deberán negociar con el operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal las condiciones de acceso a la red postal pública, de conformidad con los principios de transparencia, no discriminación y objetividad».

Como instrumento de garantía de estas obligaciones de servicio universal el artículo 5.3 de la citada norma atribuye al órgano del Ministerio de Fomento:

Artículo 5.3.- «Que reglamentariamente se determine, la resolución de las controversias que surjan entre el operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal y otros operadores postales que lleven a cabo servicios incluidos en el ámbito de aquél, en relación con la existencia o no de los derechos exclusivos, la suficiencia o insuficiencia de las garantías ofrecidas a los usuarios y la posibilidad de acceso a la red postal pública. Igualmente, el citado órgano resolverá sobre la eventual producción de daños al operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal, derivados de la actuación de otros operadores».

A su vez la resolución del conflicto por parte del órgano que se cree por el Ministerio de Fomento, será un acto administrativo y, por ende, impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Esto significa que este mecanismo de resolución de conflictos no parece que pueda ser calificado de verdadera actividad arbitral y, por tanto, de verdadero arbitraje ya que la resolución que pone fin a la controversia no excluye la vía judicial.

Además desde el punto de vista de los consumidores no parece revestir una especial importancia esta vía de resolución de conflictos pues rara vez alguna de las partes en controversia van a ostentar la condición de consumidores de acuerdo con las definiciones que la legislación de consumo hace de éstos, por lo que desde la perspectiva de nuestro estudio no se revela como un instrumento útil para la protección administrativa del consumidor.

- iii) Por último, podemos destacar una última modalidad de actividad administrativa arbitral referida a cuando el legislador atribuye a las denominadas autoridades reguladoras o Administraciones independientes, la potestad de resolver los conflictos de que se planteen entre los diversos operadores, así como entre los operadores y usuarios. Este es el supuesto previsto, por ejemplo, en el artículo 38.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones cuando dispone en su artículo 38.1 dos vías para la resolución de este tipo de controversias. Dice así:

Artículo 38.1. -«Los operadores que exploten redes o que presten servicios de comunicaciones electrónicas y los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales podrán someter las controversias que les enfrenten al conocimiento de las juntas arbitrales de consumo, de acuerdo con la legislación vigente sobre defensa de los consumidores y usuarios.

Para el supuesto de que no se sometan a las juntas arbitrales de consumo o que éstas no resulten competentes para la resolución del conflicto, el Ministerio de Ciencia y Tecnología establecerá reglamentariamente un procedimiento conforme al cual los usuarios finales podrán someterle dichas controversias. En cualquier caso los procedimientos que se adopten deberán ser rápidos y gratuitos y establecerán el plazo máximo en el que deberá notificarse la resolución expresa, transcurrido el cual se podrá entender desestimada la reclamación por silencio administrativo. La resolución que se dicte podrá impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa».

Dos son por tanto las posibilidades que tienen los consumidores y usuarios de los servicios de telecomunicaciones de cara a la resolución extrajudicial de un posible conflicto con alguno de los operadores que

presten estos servicios: por un lado, el arbitraje de consumo previsto en el RD 636/1993 que excluye la vía judicial y que su resolución final se materializa en un laudo que tiene fuerza de cosa juzgada; y, de otro, un procedimiento administrativo de resolución de conflictos que, como veremos en el apartado siguiente carece de los rasgos esenciales que definen todo arbitraje y que además es resuelto mediante una resolución administrativa que es perfectamente revisable por los Jueces y Tribunales de lo contencioso-administrativo.<sup>13</sup>

Esta doble vía que es característica de la nueva regulación de determinados sectores económicos en fase de liberalización o ya liberalizados, ofrece una nueva perspectiva para el consumidor ofreciéndole nuevos instrumentos y procedimientos para la resolución extrajudicial de conflictos lo que sin duda en un principio debe ser positivo de cara a la mejora de su protección. No obstante, un exceso de mecanismos de este tipo puede provocar confusión o desinformación en los consumidores a la hora de conocer cuál de los mismos puede resultar el más adecuado para la correcta defensa de sus intereses económicos; si bien puede ocurrir, igualmente, que los consumidores avezados prueben una determinada vía y en función del resultado acudan a la otra. A ello puede añadirse la disfunción que puede provocar esta vía alternativa de resolución de conflictos que radica en la posibilidad de que el consumidor y usuario acuda, como acabamos de comentar, primero a una de las vías expuestas y ulteriormente a la otra, en función del resultado obtenido, o incluso recurrir a ambas, y se produzcan resultados distintos en cada una de los mecanismos empleados, con las distintas consecuencias jurídicas que ello puede tener, recuérdese que la resolución en uno de los mecanismos será un laudo con fuerza de cosa juzgada y en el otro será un acto administrativo impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

---

<sup>13</sup> Sobre la problemática de la actividad arbitral en el sector de las telecomunicaciones *vid* TERRÓN SANTOS, D. *Autoridades nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Granada: Comares, 2004, pp. 231 y ss.; L. ORTEGA ALVAREZ. «Artículo 54». En *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. (Coords.: E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. DE LA QUADRA SALCEDO). Madrid: Civitas, 1999, pp. 494 y ss.

### *III.2. Rasgos característicos que permitan configurar a esta forma de actividad como un verdadero arbitraje*

Según ha podido examinarse tres son las modalidades que, según de acuerdo con la legislación vigente, podrían subsumirse dentro de lo que se denomina actividad administrativa arbitral. De cara a la protección de los consumidores y usuarios sólo nos interesan aquellas en que una de las partes ostente dicha condición puesto que en caso contrario el conflicto quedará fuera del ámbito de nuestro estudio. Por tanto, sería la institución del arbitraje de consumo de un lado, y el establecimiento de un procedimiento administrativo específico tendente a la resolución de conflictos, de otro, los mecanismos que la Administración pone a disposición de los consumidores y usuarios de cara a resolver al margen de la vía judicial sus hipotéticas controversias.

Sin embargo, para poder calificar de verdadero arbitraje a estas dos modalidades deben cumplir con algunos elementos o caracteres que son comunes a todo mecanismo arbitral y que pueden agruparse en torno a los tres siguientes:

- i) *Voluntariedad*. Se trata del elemento fundamental del arbitraje para que este sea conforme a la Constitución. Para que las partes renuncien a su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) a través del convenio arbitral tiene darse el consentimiento expreso de sus titulares, pues se está renunciando al ejercicio de un derecho fundamental. En este sentido, el Tribunal Constitucional declaró en su sentencia 174/1995, de 23 de noviembre, la inconstitucionalidad del artículo 38.2 párrafo 1º de la Ley 16/1987 de ordenación de los transportes terrestres en base a que si bien no obligaba directamente a las partes a someter al arbitraje de las Juntas Arbitrales de Transporte determinados litigios contractuales, presumía que todo contrato incorporaba el correspondiente convenio arbitral, salvo cláusula en contrario. Ello significaba en la práctica que todo contratante se encontraba obligado a recurrir a la fórmula del arbitraje y no a la vía judicial, a no ser que pudiese convencer de esto último a la

otra parte, lo que en la mayor parte de los casos resultaba muy complicado al tratarse de contratos en masa.<sup>14</sup>

- ii) *Exclusión de la vía judicial.* Al someter las partes libremente la resolución de la cuestión litigiosa al arbitraje y tener el laudo arbitral la fuerza de cosa juzgada, se está reconociendo de forma expresa la exclusión de la vía judicial. Por lo que el laudo arbitral sólo podrá ser revisado por la jurisdicción ordinaria si se dan alguno de los supuestos de nulidad previstos en la LA o en alguna otra Ley específica.
- iii) *Determinación y elección de los árbitros que resuelven la cuestión litigiosa.* La participación en la designación de los árbitros o de los miembros del colegio arbitral puede producirse de diversas formas como prevé la LA, desde la designación nominal de los árbitros hasta la encomienda del arbitraje a una institución que será la encargada de designar al árbitro tal y como dispone el artículo 14 LA.

Puede señalarse que según lo expuesto, en puridad sólo el arbitraje de consumo participa de los rasgos configuradores del arbitraje. Los procedimientos o mecanismos de resolución de conflictos previstos en la legislación sectorial anteriormente analizada no responden a este esquema ya que ni son voluntarios para las partes ni excluyen de la vía judicial el acto en virtud del cual se resuelve el conflicto, por lo que no cabe calificarlos de verdaderos instrumentos arbitrales.

#### IV. EL ARBITRAJE DE CONSUMO EN SENTIDO ESTRICTO: SU RÉGIMEN JURÍDICO

Toda referencia al sistema arbitral de consumo nos sitúa en el problema del acceso del consumidor individual a la justicia.<sup>15</sup> Por todos es

---

<sup>14</sup> Sobre esta sentencia Vid, M. MATEO TEJEDOR, *La actividad arbitral de la Administración en el transporte terrestre*, Marcial Pons, Madrid 1998, págs. 35 y ss.

<sup>15</sup> Esta ha sido una de las preocupaciones que con más intensidad se ha desarrollado por la Comunidad Europea, con el objeto de garantizar un verdadero y efectivo acceso a la justicia de los consumidores. La más reciente plasmación de esta preocupación se encuentra en la creación y puesta en marcha de la Red extrajudicial europea (la denominada red EJE) en materia de consumo, recogida en la Resolu-

conocido la situación de debilidad en la que se encuentra el consumidor frente al empresario en las relaciones comerciales lo que requiere una intervención de los poderes públicos, tal y como predica nuestro artículo 51 CE tendente a conseguir una situación de igualdad entre ambos. De este modo el ulterior desarrollo legislativo de este principio rector de la política social y económica ha atribuido diferentes derechos a los consumidores de tal modo que puedan ejercerlos ante situaciones en las que éstos se puedan ver vulnerados.

Sin embargo, instaurar derechos sin poner a disposición de sus titulares los adecuados mecanismos que garanticen su ejercicio efectivo privaría a estos derechos de todo su valor y eficacia práctica, por lo que es indispensable asegurar al consumidor una serie de canales jurídicos, sencillos, rápidos, eficaces y poco costosos para que pueda hacer valer sus derechos, en caso de violación de los mismos. Es, por tanto, en este contexto donde hay que enmarcar el nacimiento del arbitraje de consumo que además, como veremos a continuación va a enmarcarse dentro de la estructura orgánica de las Administraciones Públicas configurándose como una verdadera prestación que éstas realizan a favor de los consumidores dando a sí plena eficacia al mandato establecido en el citado artículo 51 CE.

En el presente apartado vamos a abordar, desde una perspectiva crítica, el examen de las diversas cuestiones conflictivas que el sistema arbitral de consumo tal y como se encuentra regulado en la actualidad por el RD 636/1993 nos depara. Para ello entiendo que puede resultar más esclarecedor a efectos sistemáticos ir analizando el régimen jurídico de este sistema arbitral en el que se entremezclan elementos de Derecho Público con elementos propios de Derecho Privado, con el fin de destacar las principales disfunciones que a mi juicio pueden desprenderse del mismo para poder proponer a continuación algunas propuestas de *lege ferenda* de cara a su posible reforma.

#### *IV.1. Configuración legal del arbitraje de consumo*

El sistema arbitral de consumo tiene su base legal en el artículo 31 LGDCU cuyo tenor literal establece:



Artículo 31.-

- «1. Previa audiencia de los sectores interesados y de las asociaciones de consumidores y usuarios, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, siempre que no concurra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución.
2. El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito.
3. Los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias.
4. Quedarán sin efecto los convenios arbitrales y las ofertas públicas de sometimiento al arbitraje de consumo formalizados por quienes sean declarados en concurso de acreedores. A tal fin, el auto de declaración del concurso será notificado al órgano a través del cual se hubiere formalizado el convenio y a la Junta Arbitral Nacional, quedando desde ese momento el deudor concursado excluido a todos los efectos del sistema arbitral de consumo».

Este precepto que no pasa de ser una mera declaración de intenciones, postula un sistema arbitral basado en los siguientes elementos y principios que sin duda alguna precisan de un desarrollo ulterior con el fin de dar sustantividad propia al mismo:

- aformalismo del procedimiento;
- de carácter decisorio;
- imponiéndose a las partes si no pasan por él;
- de libre elección y sometimiento por parte de los interesados;
- alternativo de la actuación judicial; y
- administrado en cuanto a la organización preestablecida del arbitraje en la designación de los árbitros.

Este precepto que marca los rasgos esenciales de lo que debe ser el arbitraje de consumo fue impugnado por presunta invasión de las com-

petencias que las Comunidades Autónomas tenían en la materia de defensa del consumidor y usuario, si bien el Tribunal Constitucional declaró la plena constitucionalidad del artículo 31 en su sentencia 15/1989, de 26 de enero de 1989, al señalar que el establecimiento de un sistema general de arbitraje es materia que incuestionablemente ha sido atribuida a la competencia exclusiva del Estado, en virtud de las cláusulas primera, sexta y octava del artículo 149.1 CE. A ello el Tribunal añadió en su sentencia 62/1991, de 22 de marzo de 1991, que el establecimiento de un sistema de arbitraje se trata de una materia atribuida a la competencia del Estado, 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 base a esta jurisprudencia constitucional que confirmaba la competencia exclusiva del Estado para establecer este sistema de arbitraje, se aprobó el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, que regula el sistema arbitral de consumo, y en el que se desarrolla todo este sistema arbitral.<sup>16</sup>

Por último hay que destacar la aplicación supletoria de la LA tal y como dispone su Disposición Adicional Unica: «Esta Ley será de aplicación supletoria al arbitraje a que se refiere la Ley 26/1984, de 19 de julio de 1984 [...] que en sus normas de desarrollo podrá establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho». Esta cláusula de supletoriedad introducida en la

---

ción del Consejo, de 25 de mayo de 2000, relativa a una red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (DOCE C 155, de 6 de junio de 2000).

<sup>16</sup> Si bien la antigua Ley 36/1988, de 5 de diciembre de arbitraje había ya efectuado un mandato al Gobierno para que regulara el sistema arbitral de consumo en sus Disposiciones Adicionales Primera y Segunda que decían así: «Primera. 1. La presente Ley será de aplicación a los arbitrajes a que se refieren la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; el ar-

LA conduce principalmente a un doble resultado. En primer lugar, implica que toda referencia que encontremos en el RD 636/1993 referida a la Ley de Arbitraje habrá que entenderla efectuada a la LA. En segundo lugar, la LA completará las posibles lagunas existentes en el RD 636/1993, si bien con los matices que deberán exponerse en los epígrafes siguientes, derivados fundamentalmente del carácter institucional o administrativizado que tiene el arbitraje de consumo, que significará que en ocasiones la norma aplicable para llenar las lagunas del RD 636/1993 no será la LA, sino normas de carácter administrativo como la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPC).<sup>17</sup>

---

título 34.2 de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro Privado; la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, y el artículo 143 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, en todo lo no previsto en las mismas y en las disposiciones que las desarrollan. No obstante, no será precisa la protocolización notarial del laudo, que se dictará por los órganos arbitrales previstos en dichas normas. 2. Los arbitrajes a que se refiere el párrafo anterior son gratuitos.

*Segunda.* 1. El Gobierno establecerá reglamentariamente la denominación, composición, carácter, forma de designación y ámbito territorial de los órganos arbitrales y demás especialidades del procedimiento y del régimen jurídico del sistema arbitral que prevé, en sus características básicas el artículo 31 de la Ley 26/1984. 2. Se adiciona un párrafo final en el artículo 10.1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio de 1984. General para la Defensa de los consumidores y usuarios, con la siguiente redacción: «Los convenios arbitrales establecidos en la contratación a que se refiere este artículo serán eficaces si, además de reunir los requisitos que para su validez exigen las leyes, resultan claros y explícitos. La negativa del consumidor o usuario a someterse a un convenio arbitral distinto del previsto en el artículo 31 de esta Ley no podrá impedir por sí misma la celebración del contrato principal».

<sup>17</sup> Como señala G. PALAO MORENO, de la cláusula de supletoriedad se deriva por el contrario que aquellos «aspectos previstos de forma específica en el Real Decreto (636/1993), pero que se encuentren ordenados de un modo distinto en la nueva Ley, se saldarán a favor de la solución presente en el texto de 1993», en este sentido destaca el citado autor que la Exposición de Motivos de la LA nos recuerda que dicha «Ley pretende ser una Ley general» aplicable supletoriamente a los arbitrajes que tengan una regulación especial, «salvo en los que sus especialidades se opongan a lo previsto en esta Ley». Además, debe tenerse en cuenta, como efecto colateral que la LA será igualmente supletoria con respecto a los sectores en los que se permita acudir al sistema arbitral de consumo. *Vid.* al respecto, «Disposición Adicional Única», en *Comentarios a la Ley...* (Coord.: SILVIA BARONA

#### IV.2. *Distinción con la figura del arbitraje institucional del artículo 14 LA.*

El arbitraje de consumo es un arbitraje de los denominados institucionalizados, esto es, de aquéllos en los que el nombramiento de los árbitros es deferido a una persona jurídica, en este caso de naturaleza pública, a la que se confiere igualmente la administración del arbitraje.<sup>18</sup> Esta modalidad de arbitraje conviene distinguirla del arbitraje *ad hoc* en el que las partes designan, para un conflicto concreto, a

---

VILAR), *Op. cit.*, p. 1623.

<sup>18</sup> Diversas han sido las definiciones que la doctrina, especialmente la procesalista, ha llevado a cabo sobre esta figura. En este sentido, J. ALMAGRO NOSETE, define el arbitraje institucional como el «confiado a un centro de arbitrajes, entidad de carácter corporativo o institucional que administra aquél, mediante la designación de los árbitros, la sujeción del mismo a determinadas reglas de procedimiento, y la facilitación en general, de los medios necesarios para llevar a cabo el fin encomendado de dar solución arbitral al asunto», «La nueva Ley española del arbitraje», en *Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fiaren Guillén*, Valencia 1990, p. 37. Por otro lado, J. M. BADENAS CARPIO lo define como «el tipo de arbitraje mediante el cual, las partes de una controversia, previo convenio arbitral, acuerdan que sea una institución, de las que en sus estatutos o normas reguladoras se previene la realización de funciones arbitrales, la que resuelva la controversia, bien encomendándose sólo la administración del arbitraje y reservándose a sí mismas el nombramiento de los árbitros, bien encomendándose tanto la gestión del arbitraje como la elección de los árbitros a la institución que designen, «El arbitraje institucional: breve comentario al Reglamento de la Corte de Valencia», *Actualidad Civil*, n.º 15, 1993, p. 267. Del mismo modo, se emplean distintas denominaciones para aludir siempre a una misma idea. Así mientras algunos autores como J. M. CHILLÓN y J. F. MERINO MERCHÁN hablan de arbitraje administrado, *Vid, Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Civitas, Madrid 1991, p. 129; existen otros, como J. ALMAGRO NOSETE que lo denominan arbitraje institucionalizado o corporativo, «La nueva Ley...», p. 37. Debe apuntarse que se trata en líneas generales desde una perspectiva dogmática de una misma modalidad de arbitraje, caracterizada por la intervención de una institución arbitral de carácter permanente a la que se encomienda la administración del mismo y/o la designación de los árbitros de acorde con la normativa previamente establecida al efecto, con la finalidad última de instar un proceso arbitral tendente a resolver un conflicto que enfrenta a las partes; en este sentido, *Vid S. GONZÁLEZ MALABIA*, «Artículo 14», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)* (Coord. SILVIA BARONA VILAR); Thomson-Civitas,

los árbitros o a la persona, física o jurídica, a que defieren el nombramiento de los mismos, tal y como dispone el artículo 12 LA.<sup>19</sup>

La LGDCU optó por un arbitraje administrado, con la finalidad de facilitar a los consumidores la tutela de sus derechos así como de proteger los intereses generales de los mismos, por crear un complejo de Juntas Arbitrales de Consumo, las cuales deben extenderse por todo el territorio, integrándose y formando parte de las diferentes Administraciones territoriales (estatal, autonómica y local). De este modo, se concede un protagonismo esencial a la Administración, tanto porque va a ser la encargada de la gestión del arbitraje y del nombramiento de los árbitros, a través de las mencionadas Juntas Arbitrales, como porque en el Colegio Arbitral la presidencia del mismo corresponderá, salvo alguna excepción a un funcionario de la Administración territorial donde se integre el arbitraje.<sup>20</sup>

El arbitraje de consumo, por tanto, es un arbitraje institucionalizado entendiendo esta calificación en el sentido expresado anteriormente, esto es, en el que va a ser una persona jurídica determinada, en este caso una Administración de carácter territorial, la que va a llevar la administración del arbitraje, así como la designación de los árbitros que van a resolver la cuestión litigiosa. Por lo tanto, desde esta pers-

---

Madrid 2004, p. 557.

<sup>19</sup> Sobre la distinción entre arbitraje institucional y arbitraje *ad hoc*, Vid, F. MUNNÉ CATARINA, *La administración del arbitraje. Instituciones arbitrales y procedimiento prearbitral*, Aranzadi-Thomson, 2002, págs. 20 y ss.

<sup>20</sup> El artículo 11.1.a) del RD 636/1993 dispone lo siguiente: «El Presidente del colegio arbitral será designado por la Junta Arbitral, entre personal al servicio de las Administraciones públicas, licenciados en Derecho, previamente nombrado al efecto por la Administración pública de la que dependa dicha Junta. La facultad de designar al Presidente del colegio podrá recaer en las partes, cuando éstas lo soliciten de mutuo acuerdo, atendiendo a la especialidad del objeto de la reclamación. La solicitud será resuelta por el Presidente de la Junta Arbitral. Si la reclamación se dirige contra una entidad pública vinculada a la Administración pública de que dependa la Junta Arbitral, las partes podrán elegir de mutuo acuerdo al Presidente del colegio arbitral, pudiendo tratarse en este caso de una persona

pectiva conceptual, no debe plantear ningún problema el encuadrar al arbitraje de consumo dentro del denominado por la doctrina como arbitraje institucional. Más dificultades va a provocar la cuestión referida a la posible integración de este sistema arbitral en el arbitraje institucional regulado en la LA, puesto que como debe recordarse esta Ley es de aplicación supletoria al arbitraje de consumo tal y como dispone su Disposición Adicional única, lo que podría plantear algunos interrogantes, respecto al sistema arbitral de consumo.

Como punto de partida no cabe, en mi opinión, subsumir el arbitraje de consumo dentro de la figura del arbitraje institucional previsto en el artículo 14 LA que regula una modalidad distinta y está pensada, igualmente, con una finalidad diferente a la que prevé el de consumo.<sup>21</sup> En este sentido, puede resultar útil con el fin de mantener la afirmación efectuada detenernos, aunque sea brevemente, en el examen de lo señalado por el citado precepto que dice así:

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».

---

ajena a la Administración pública».

<sup>21</sup> Opina, en un principio, lo contrario A. MENENDEZ GONZÁLEZ al señalar que el sistema arbitral de consumo es un arbitraje institucional «cuyo apoyo legal se encuentra en el artículo 10 de la Ley de Arbitraje (esta referencia hay que entenderla realizada a la Ley de 1988) que establece que las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de los árbitros, de acuerdo con su reglamento, a Corporaciones de Derecho Público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras y a Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos de prevean funciones arbitrales»; si bien matiza su postura la citada autora al precisar que si bien las Juntas Arbitrales de Consumo no encajan estrictamente en ninguna de las dos figuras aludidas, hay que convenir en que la administración del arbitraje que llevan a cabo reúne todas

Como puede observarse, en este artículo se está encomendando la organización del arbitraje a unas instituciones específicas como son las corporaciones de derecho público, el Tribunal de Defensa de la Competencia (tanto del Estado como los autonómicos que se vayan creando) y las asociaciones y entidades sin ánimo de lucro. Respecto a las primeras, esto es, las Corporaciones de Derecho público, pueden definirse como aquellas «asociaciones forzosas de particulares, creadas por el Estado, que igualmente, les atribuye personalidad jurídica pública para, sin perjuicio de defender y gestionar intereses privados de sus miembros, desempeñan funciones de interés general de carácter monopolístico, cuyo ejercicio se controla por la Jurisdicción Contencioso-administrativa».<sup>22</sup> Se trata, por tanto, de entidades de base asociativa creadas por el Estado y, en consecuencia, son personificaciones jurídico-públicas, con capacidad de autogestión y autofinanciación, con la particularidad que constituye el carácter obligatorio de la adscripción a las mismas para garantizar el cumplimiento de los fines públicos que les son atribuidos. Entre estas Corporaciones se encuentran, como bien es conocido por la doctrina *ius administrativa*, los Colegios Profesionales, las Cámaras de Comercio, las Comunidades de Regantes, etc. Para que este tipo de entidades de Derecho público puedan desarrollar funciones arbitrales resulta necesario, como se desprende del artículo 14 LA, que éstas sean atribuidas por sus normas reguladoras. Tomando como ejemplo el de los Colegios Profesionales puede señalarse que

---

las características del arbitraje institucional, *vid* «Organización y estructura del sistema arbitral de consumo», en *Temas actuales de consumo: la resolución de conflictos en materia de consumo*, San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2002, p. 102. No comparto dicha postura puesto que, en mi opinión, el sistema arbitral de consumo no encuentra su fundamento legal en el artículo 14 LA sino en el artículo 31 de la LGDCU, a lo que hay que añadir que si bien desde una perspectiva doctrinal puede calificarse dicho arbitraje como de arbitraje institucional o administrado, compartiendo alguno de sus elementos y rasgos característicos, hay que convenir que en lo que se refiere al régimen jurídico que se le va a aplicar al funcionamiento de las Juntas Arbitrales de Consumo va a ser muy distinto del que se le aplique al arbitraje institucional previsto en el artículo 14 LA.

<sup>22</sup> *Cfr.* R. PARADA VAZQUEZ, *Derecho Administrativo*, II, *Op. cit.*, p. 320; igualmente, *vid* E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*.

el artículo 5 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, reguladora de este tipo de corporaciones, otorga como potestades la de «intervenir, en vía de conciliación o arbitraje, en las cuestiones que, por motivos profesionales, se susciten entre los colegiados», y la de «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 su profesión»; funciones, por cierto, que requerirán de su ulterior desarrollo por cada uno de los Colegios a través de sus respectivos Reglamentos, pues sólo de esta particular forma podrán configurarse como verdaderas instituciones arbitrales.<sup>23</sup>

Respecto de la mención que hace el artículo 14 LA al Tribunal de Defensa de la Competencia (en la actualidad Comisión Nacional de Defensa de la Competencia según la nueva Ley 15/2007 de 3 de julio de 2007 de Defensa de la Competencia), entendiendo la misma no sólo respecto al de ámbito estatal sino también los creados hasta la fecha por las Comunidades Autónomas, se trata de una novedad introducida por la LA. Como advertíamos anteriormente resultará necesario que la normativa reguladora de este tipo de entes públicos les atribuya de forma ex-

---

Madrid: Thomson-Civitas, 2004, pp. 395 y ss.

<sup>23</sup> Así, a modo de ejemplo, los Colegios de Abogados, agrupados en torno al Consejo General de la Abogacía, respecto de los que el artículo 2.1 del Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por RD 658/2001, de 22 de junio, señala que en primer lugar que son «Corporaciones de Derecho Público amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines». Entre las funciones de los mismos destaca el artículo 4 las de «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; 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». No obstante, como señala S. GONZÁLEZ MALABIA, «la intervención de los Colegios de Abogados no ha dado lugar, hasta el momento, a un verdadero arbitraje institucional, centrándose su actuación en el arbitraje entre profesionales o entre éstos y sus clientes, sin haber elaborado reglamentos arbitrales al



presa este tipo de potestad arbitral. En este sentido la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia establece en su artículo 24.f) establece entre las funciones del Tribunal de Defensa de la Competencia la de:

Artículo 24.- «Realizar las funciones de arbitraje, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en sus ámbitos respectivos, tanto de derecho como de equidad, que le sean sometidas por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, así como aquellas que le encomienden las leyes».

De esta manera la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y los Tribunales autonómicos de Defensa de la Competencia podrán ejercitar funciones arbitrales en relación con la defensa de la competencia, siempre y cuando las leyes sectoriales le atribuyan dicha potestad.

Por último, junto a las Corporaciones de Derecho Público y el Tribunal de Defensa de la Competencia, el artículo 14 LA atribuye funciones arbitrales a personas jurídico-privadas que carezcan de ánimo de lucro.<sup>24</sup> Este tipo de asociaciones deberán, al igual que ocurría en los supuestos anteriores, tener atribuida en sus Estatutos la función arbitral para poder desempeñar la misma.

Pues bien, del examen que hemos realizado del artículo 14 LA no puede extraerse que ni desde una perspectiva subjetiva ya que ninguno de estos sujetos pueden englobarse dentro de lo que la doctrina administrativa ha calificado de administraciones territoriales que son las del Estado, Comunidades Autónomas y los Entes Locales que es

---

respecto», *vid* «Artículo 14». *Op. cit.*, p. 564.

<sup>24</sup> El requisito de carecer de ánimo de lucro ha sido criticado por la doctrina, al considerar que las asociaciones con ánimo de lucro podrían desempeñar del mismo modo funciones arbitrales, basando dicha crítica en la inexistencia de circunstancias que les imposibiliten para poder prestar, de manera adecuada, funciones arbitrales de gestión o administración, mucho más cuando, en definitiva, el encargo a la institución arbitral será retribuido tanto si la asociación o entidad se constituye con ánimo de lucro como si no, *Vid*, YAGÜE LLEDÓ, F. «Artículo 10». En *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Coord.: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO).

donde se ubica propiamente el arbitraje de consumo; ni desde una material ya que como puede observarse el ámbito sobre el que a recaer el arbitraje no va ser, en la mayor parte de las ocasiones, un acto de consumo realizado por un consumidor, pueda entenderse que este tipo de arbitraje institucional pueda afectar y ser de aplicación al arbitraje de consumo.

Por ello entiendo que el arbitraje institucional previsto en el artículo 14 LA se está refiriendo a la posibilidad de que el sistema general de arbitraje previsto en la LA pueda ser atribuido o encomendado a uno de los sujetos ya sea una personificación jurídico pública, caso de las Corporaciones de Derecho Público y la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, ya sea una personificación jurídico privada, caso de las asociaciones y entidades sin ánimo de lucro, pero en ningún caso puede entenderse que el arbitraje de consumo pueda quedar comprendido en esta categoría, al menos tal y como se encuentra configurado en la actualidad por la LGDCU y el RD 636/1993, al tener sus propias particularidades y especificidades.<sup>25</sup>

Cuestión distinta será que los consumidores y usuarios puedan someter sus controversias, especialmente si desean que el arbitraje sea de Derecho, al arbitraje general regulado en la LA y que, además, sea un arbitraje institucional en virtud de los dispuesto en el artículo 14 LA, en vez de someterlo al régimen específico del arbitraje de consumo regulado en el RD 636/1993 que suele resolver en equidad la mayor parte de las controversias ante el planteadas. No debe olvidarse de

---

Madrid: Tecnos, 1991, p. 168.

<sup>25</sup> En este sentido, puede resultar ilustrativo el auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 4 de abril de 2000, citado por S. GONZÁLEZ AMILIBIA, «Artículo 14». *Op. cit.*, p. 557, que distingue entre arbitraje institucional y corporativo, pues mientras que éste es «aquél en que las partes designan como árbitros a una Corporación Pública para que sea ella a través de las normas generales establecidas en la ley la que desempeñe el arbitraje, bien a través de sus órganos directivos, o bien a través de persona designada *ad hoc*», el institucional es, por el contrario, aquel en que las partes se someten a una institución arbitral que tiene un específico servicio arbitral a disposición de los interesados, con normas y reglamentos que

todas formas la previsión del artículo 10.4 LGDCU al señalar que: «Los convenios arbitrales establecidos en la contratación a que se refiere este artículo serán eficaces si, además de reunir los requisitos que para su validez exigen las leyes, resultan claros y explícitos. *La negativa del consumidor y usuario a someterse a un sistema arbitral distinto del previsto en el artículo 31 de esta Ley no podrá impedir por sí misma la celebración del contrato principal*». Por lo que será el consumidor o usuario el que decida libremente a qué tipo de arbitraje desea someter la cuestión litigiosa.

#### *IV.3. La organización administrativa del arbitraje de consumo*

Como acabamos de señalar el arbitraje de consumo es un arbitraje institucional o, mejor podría definirse como administrativizado debido a la especial estructura orgánica con el que el RD 636/1993 ha diseñado el mismo. Los órganos que componen el sistema arbitral de consumo son las Juntas Arbitrales de Consumo y los Colegios Arbitrales, si bien debe señalarse desde un primer momento que las primeras tienen un carácter permanente (que por cierto es uno de los rasgos esenciales del arbitraje institucional) mientras que los segundos, como destaca A. Álvarez Alarcón son tan «fútiles como lo sea la cuestión litigiosa que se les somete, pues mientras aquéllas cumplen la función de administración del arbitraje y designación de los árbitros, como si de una institución o corporación arbitral se tratara, los otros desarrollan la función arbitral propiamente dicha, concluyendo con el laudo».<sup>26</sup>

De este modo las Administraciones Públicas van a jugar un papel fundamental en el buen desarrollo de este sistema de arbitraje puesto que no sólo van a proporcionar la sede y los medios materiales y personales para el funcionamiento de los órganos arbitrales, sino que además va a estar vivamente representada en los mismos en la forma que a continuación se expondrá y con las consecuencias jurídicas que de ello se desprende. Esta administrativización del arbitraje de consumo

---

regulan todas las cuestiones de procedimiento y designación de árbitros.

<sup>26</sup> Vid, *El sistema español de arbitraje de consumo*, Instituto Nacional de Consu-

fue en un principio duramente criticada por la doctrina por motivos diversos, si bien en la actualidad se ha mostrado como un sistema rápido y eficaz de resolución extrajudicial de conflictos para los consumidores y gran parte de culpa de ello la tiene la configuración administrativa de esta fórmula arbitral en que las Administraciones ponen a disposición del consumidor este procedimiento gratuito donde puede resolver las controversias en las que se pueda ver inmerso.<sup>27</sup>

### A) Las Juntas Arbitrales: su naturaleza jurídico-administrativa

Desde la aprobación de la LGDCU escaso fue el margen de tiempo empleado por el Gobierno para poner en práctica el sistema arbitral de consumo, si bien como ya hemos señalado, la única cobertura legal de dicho sistema era el artículo 31 de citada Ley. En este sentido y, a pesar de la ausencia de una regulación precisa, el día 20 de mayo de 1986 dio comienzo la denominada «experiencia piloto», constituyéndose las tres

---

mo, Jerez de la Frontera 1999, p. 113.

<sup>27</sup> En general las críticas que se han vertido acerca de la administrativización del sistema arbitral de consumo se encuentran ligadas a la extrañeza que produce que un litigio *inter privados* sea resuelto por la Administración, si bien en el caso del sistema arbitral de consumo ello no es del todo cierto puesto que el órgano que resuelve el mismo, esto es, el Colegio Arbitral no se configura por el RD 636/1993 como un verdadero órgano administrativo. Así, por ejemplo, R. CASAS VALLÉ se plantea si esta intensa intervención de las Administraciones Públicas en el arbitraje de consumo, encaja en los principios generales del arbitraje, especialmente muestra su preocupación en torno a la posible falta de imparcialidad de la Administración, especialmente, en municipios medianos y pequeños donde la gente se conoce. Igualmente, advierte del peligro que puede suponer que la Administración en base a la información obtenida pueda adoptar medidas sancionadoras frente a los empresarios, lo que conduciría a la falta de confianza de este colectivo en el sistema arbitral y, en consecuencia, a la no posible participación de los mismos en este tipo de arbitrajes. A pesar de las críticas que vierte parece aceptar al final de su exposición que la opción empleada «es sustancialmente correcta», debido en parte a la separación que existe entre lo que es la administración del arbitraje, llevado a cabo por las Juntas arbitrales, de lo que es la resolución del conflicto que se encuentra encomendado a los Colegios arbitrales; sobre este punto, *vid* «Artículo 31». En *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (Dirs.: R. BERCOVITZ-J. SALAS), Civitas,

primeras Juntas Arbitrales de Consumo en España en tres ciudades de distinto tamaño: Madrid, Valladolid y Badalona. En esta etapa incipiente del sistema arbitral, las Juntas quedaron encuadradas dentro de las Oficinas Municipales de Información al Consumidor (OMIC), de donde se desprende el marcado carácter municipal y administrativo de la mayor parte de las Juntas arbitrales que se constituyeron con posterioridad.<sup>28</sup>

En efecto, ya desde el inicio del sistema arbitral de consumo, en el que las Juntas Arbitrales venían funcionando con un Reglamento provisional respetuoso con los principios básicos procedimentales y formales previsto con carácter general en la LGDCU y en la Ley de Arbitraje de 1988, la naturaleza jurídica de las mismas era jurídico-administrativa. En este sentido, y debido a que el establecimiento de un sistema arbitral de consumo era competencia del Estado, como ya destacaron las sentencias del TC 15/1989 de 26 de enero de 1989 y 62/1991 de 22 de marzo de 1991<sup>29</sup> de un sistema de arbitraje, se acudió a la técnica de la firma de convenios de colaboración entre el Instituto Nacional de Consumo (INC) y las Administraciones territoriales –autonómicas y locales– donde se creaban e integraban orgánicamente las Juntas Arbitrales.<sup>30</sup> De este modo es la Administración territorial de la

---

Madrid 1992, pp. 774 y ss.

<sup>28</sup> Sobre la evolución histórica de las Juntas Arbitrales de consumo, *vid* GUTIÉRREZ SANZ, M<sup>a</sup>. R. «Las Juntas Arbitrales de Consumo». En *El sistema arbitral de consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo* (Dir.: I. QUINTANA CARLO-A. BONET NAVARRO). Pamplona: Aranzadi, 1997, pp. 80 y ss. CARRASCO PERERA, A. Y C. DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ. *El arbitraje de consumo. La experiencia de Castilla La-Mancha (1992-1996)*. Madrid: Tecnos-Junta de Comunidades de Castilla La-Mancha, 1998, pp. 19 y ss.

<sup>29</sup> Recuérdesse que dichas sentencias concluyeron que «el establecimiento de un sistema de arbitraje es materia atribuida a la competencia del Estado por los títulos competenciales de los artículos 149.1.5 y 6 de la Constitución, pues siendo el arbitraje un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que la jurisdicción civil, es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de un procedimiento heterocompositivo es materia de legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral o al sistema de recursos, con la Administración de Justicia».

<sup>30</sup> ÁLVAREZ ALARCÓN, A. *El sistema español...* *Op. cit.*, p. 114; estudia al hilo de lo que

que depende la Junta Arbitral la que debe dotarla de los medios personales y materiales para el desarrollo de sus funciones

Transcurrida esta fase un tanto experimental de implantación y desarrollo del sistema arbitral de consumo, se fue haciendo necesario una regulación normativa del mismo, pues como se ha comentado, las normas en torno a las cuales se sustentaba jurídicamente el arbitraje de consumo no constituían la base jurídica adecuada al mismo. Así se aprobó el ya citado RD 636/1993 en donde se encuentran reguladas las Juntas Arbitrales de consumo.

Conforme a lo establecido en el artículo 3 del RD 636/1993 las Juntas Arbitrales de consumo son órganos administrativos que se integran dentro del ámbito organizativo de la administración territorial que las crea. Así en el caso de la Junta Arbitral de Consumo de ámbito nacional el citado precepto dispone en su apartado primero que ésta se encuentra adscrita al Instituto Nacional de Consumo y conocerá «de las solicitudes de arbitraje presentadas a través de las asociaciones de consumidores y usuarios cuyo ámbito territorial exceda del de una Comunidad Autónoma, por los consumidores y usuarios que estén afectados por controversias que superen asimismo dicho ámbito». Por otro lado, el apartado segundo señala para el caso de las Juntas Arbitrales de Consumo, de ámbito municipal, de mancomunidad de municipios, provincial y autonómico que se establecerán por la Administración General del Estado «mediante acuerdos suscritos a través del Instituto

---

es el arbitraje institucional cuál debe ser naturaleza jurídica de las Juntas Arbitrales concluyendo que al no ser ni Corporaciones de Derecho Público ni Asociaciones de ningún tipo, «entiendo que no pueden ser otra cosa que órganos de la administración», a ello añade que las Juntas arbitrales, por tanto, no tiene personalidad jurídica. El problema ante el que se enfrenta este autor debe ser resuelto en el sentido de que al ser las Juntas Arbitrales órganos administrativos que se integran dentro de una Administración territorial determinada éstas no pueden tener personalidad jurídica, puesto que la personalidad jurídica la tendrá la Administración territorial y no un órgano de la misma. Por esta razón la firma del convenio de colaboración se firma entre el INC y la Administración –autonómica o local– que es la que va a crear, ejercitando su potestad de autoorganización-

Nacional de Consumo, con las correspondientes Administraciones Públicas».

La naturaleza jurídico administrativa de las Juntas Arbitrales de Consumo es en el presente Reglamento un hecho difícilmente discutible, además de encontrarse plenamente integradas dentro del conjunto orgánico de cada una de las Administraciones territoriales que las crea a través del acuerdo formalizado con el Instituto Nacional de Consumo, hay que destacar que la composición de las mismas debe ajustarse a lo previsto en el artículo 3.4 del RD 636/1993.<sup>31</sup>

Artículo 3.4. - «Las Juntas Arbitrales de Consumo estarán compuestas por un Presidente y un Secretario, cargos que deberán recaer en personal al servicio de las Administraciones Públicas y serán designados por la Administración de la que dependa la Junta, publicándose su nombramiento en el Diario Oficial correspondiente».<sup>32</sup>

La consecuencia jurídica fundamental de que las Juntas Arbitrales sean órganos administrativos integrados en el ámbito organizativo de

---

el órgano administrativo que es la Junta Arbitral.

<sup>31</sup> Se ha criticado que el RD 636/1993 no se pronuncie acerca de la naturaleza jurídica de las Juntas Arbitrales de forma expresa, si bien entiendo que a pesar de dicha omisión, intencionada o no, debe seguir afirmándose la naturaleza jurídico-administrativa de las mismas. *Vid.* al respecto, A. MENÉNDEZ GONZÁLEZ, «Organización y...». *Op. cit.*, p. 104.

<sup>32</sup> No resulta necesario que el Presidente de la Junta Arbitral sea funcionario, puesto que al referirse el artículo 3.4 del RD 636/1993 a «personal al servicio de las Administraciones Públicas», debe ser interpretado en el sentido de que puede ser tanto personal funcionario como personal laboral. También se ha entendido que no resulta necesario que la vinculación que tenga el Presidente con la Administración lo sea a través de la Administración que sirve de soporte a las Juntas Arbitrales, sino que puede ser otra diferente. Así ocurre con algunos Presidentes que sí son funcionarios de la propia Administración donde se integra la Junta Arbitral, otros lo son de Administraciones diferentes (como por ejemplo, la Universidad), incluso algunos son abogados en ejercicio, manteniendo una relación contractual con la Administración de que se trate. En este último supuesto, como advierte A. ÁLVAREZ ALARCÓN, se produce una curiosa solución, pues el requisito exigido por el RD 636/1993 no se cumple antes del nombramiento sino a partir de entonces, porque el contrato se suscribe precisamente para ejercer las funcio-

una Administración territorial es el que determinadas resoluciones que puedan adoptar y que produzcan efectos frente a terceros deben ser consideradas como actos administrativos y, por tanto, se encuentran sometidos al régimen jurídico propio de Derecho Administrativo recogido fundamentalmente en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPC),<sup>33</sup> y además, pueden ser objeto de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

## B) El Colegio Arbitral

El segundo órgano que señala el RD 636/1993 encargado del arbitraje del consumo es el Colegio Arbitral, que es el órgano que en sentido estricto puede ser considerado como institución arbitral pues es el que va a resolver el conflicto entre las partes. La naturaleza jurídica del mismo es una cuestión complicada de resolver y que desde la perspectiva del régimen jurídico que se aplica al arbitraje de consumo no tiene una especial trascendencia por lo que no abundaremos sobre la cuestión.

El Colegio Arbitral se encuentra integrado por tres árbitros, designados por la Junta Arbitral del siguiente modo (artículo 11.1 RD 636/1993): a) el Presidente del Colegio Arbitral que pertenecerá al personal de la Administración de la que dependa la Junta, y deberá ser licenciado en Derecho; b) el representante de los consumidores que será designado por una organización de consumidores en el caso de que

---

nes de Presidente, *vid El sistema español... Op. cit.*, p. 120.

<sup>33</sup> El artículo 2 LPC que establece el ámbito de aplicación de la misma señala que «se entiende a los efectos de esta Ley por Administraciones Públicas: a) La Administración General del Estado; b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas; c) Las Entidades que integran la Administración local»; sobre el ámbito de aplicación de la LPC, *vid* J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Procedimiento Administrativo*. Madrid: Civitas, 2000, pp. 109 y ss.; PAREJO ALFONSO, L. «Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común». En *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (Dirs.: J. LEGUINA VILLA-M. SÁNCHEZ MORÓN), Madrid: Tecnos, 1993, pp. 35 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso*



ésta haya sido la que formule la reclamación o si la reclamación se presenta directamente en la Junta Arbitral, el vocal será designado de oficio entre los representantes propuestos previamente por las asociaciones de consumidores; c) el representante de los empresarios que será el designado por éstos en la Junta Arbitral, cuando el reclamado forme parte de una organización adherida al sistema arbitral, mientras que en el resto de los casos lo será el designado de oficio entre los propuestos previamente por las organizaciones empresariales que se hayan adherido a la misma. Esta composición tripartita en cuanto al número de árbitros respeta la exigencia de la LA que requiere que sea siempre un número impar, tal y como se desprende de su artículo 12.

Los Colegios arbitrales no son órganos estables o fijos, a diferencia de lo que ocurre con las Juntas Arbitrales. Todo lo contrario, para cada arbitraje se designa a uno nuevo, si bien en numerosas ocasiones hay que convenir en que pueden coincidir sus miembros. Este último hecho resulta lógico, especialmente en aquellas localidades de tamaño mediano o pequeño donde existan una o dos asociaciones de consumidores y de empresarios adheridas al sistema arbitral, lo que producirá inevitablemente la coincidencia de los miembros que forman el Colegio arbitral. Pero ni siquiera en este supuesto puede predicarse que el Colegio arbitral sea un órgano fijo.

Pues bien, sin entrar en otros aspectos de los Colegios arbitrales pues excedería del propósito de este trabajo, lo que nos interesa destacar es que el Colegio Arbitral será el que conozca de la cuestión litigiosa y resolverá mediante la emisión del correspondiente laudo que es la resolución que pone fin al procedimiento arbitral y tiene fuerza de cosa juzgada de tal modo que solo podrá ser solicitada su nulidad ante la jurisdicción civil ordinaria en base a alguno de los motivos tasados en el artículo 41 LA.<sup>34</sup> Este es el otro elemento que resulta necesario resaltar, puesto que a diferencia de los actos que dictan las Juntas

---

*de...*, II, *op. cit.*, págs. 465 y ss.

<sup>34</sup> El artículo 41.1 LA establece que «el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: a) que el convenio arbitral no existe o

Arbitrales que como hemos apuntado son actos administrativos, la resolución que pone fin al arbitraje, esto es, el laudo arbitral, tiene naturaleza jurídico privada. Esta imbricación de lo público y lo privado en el sistema arbitral de consumo que puede ocasionar una serie de disfuncionalidades, como tendremos ocasión de examinar en el epígrafe siguiente, se revela como una de las patologías de esta técnica de resolución extrajudicial de conflictos, que requiere de una revisión y reforma.

#### *IV.4. El procedimiento bifásico del arbitraje de consumo*

El RD 636/1993 establece un doble procedimiento en el sistema arbitral de consumo. En primer lugar establece un Capítulo III que lleva como rúbrica «De la formalización del convenio arbitral» que abarca de los artículos 5º a 9º y que es tramitado por la Junta arbitral. Este procedimiento que ha sido denominado por la doctrina como *procedimiento prearbitral* tiene como principal objeto en este tipo de arbitrajes institucionalizados o administrados la preparación o formación del convenio arbitral que va a ser el elemento que va a servir de base para la ulterior celebración del arbitraje propiamente dicho.<sup>35</sup> La segunda parte del procedimiento arbitral una vez formalizado el convenio arbitral va a ser el sometimiento de la cuestión litigiosa al arbitraje cuya resolución por el Colegio arbitral va dar lugar a la finalización del procedimiento con la emisión del correspondiente laudo. Pues bien mientras el procedimiento prearbitral es un procedimiento eminentemente administrativo cuyo régimen jurídico debe ser el establecido en la LPC,

---

no es válido; b) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; c) que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión; d) que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; e) que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje; f) que el laudo es contrario al orden público».

<sup>35</sup> Sobre el procedimiento prearbitral, *vid* F. MUNNÉ CATARINA, *La administración...*

el procedimiento arbitral *stricto sensu* va a ser un arbitraje en el que se van a resolver cuestiones de Derecho privado y se van a seguir en cuanto a su tramitación normas procesales civiles.

Esta confusa interrelación de lo privado y lo público que establece el RD 636/1993 es la que crea un halo de incertidumbre y desasosiego en el aplicador de este peculiar sistema arbitral que en numerosas ocasiones desconoce o no acierta, con toda la razón, a interpretar cuál es el régimen jurídico que debe entenderse de aplicación en cada momento. Intentaremos despejar alguna de estas dudas a continuación, si bien en algunos supuestos podrá apreciarse que las disfunciones que se crean con este sistema son en más de un caso de difícil o imposible solución.

#### A) EL PROCEDIMIENTO PREARBITRAL

El procedimiento prearbitral puede definirse como la sucesión de actos previos que integran una sucesión de trámites con la finalidad de obtener la administración de un arbitraje, por lo que puede configurarse como un procedimiento, en tanto que es previo y preparatorio del verdadero procedimiento arbitral.<sup>36</sup>

En el arbitraje de consumo la finalidad esencial del procedimiento prearbitral es la formación del convenio arbitral.<sup>37</sup> Este va a ser el soporte que va a servir de base para la celebración del procedimiento arbi-

---

*Op. cit.*, pp. 81 y ss.

<sup>36</sup> *Idem*, p. 136

<sup>37</sup> En este sentido J.M. BADENAS CARPIO lo califica como el *motor de arranque del arbitraje*, de tal modo que sin la existencia previa del convenio no es posible que el arbitraje pueda existir; *vid* «El sistema arbitral de consumo». En *Curso sobre protección jurídica de los consumidores* (Coords.: G. BOTANA GARCÍA/M. RUIZ MUÑOZ). Madrid: Mc Graw Hill-Instituto Nacional de Consumo, 1999, p. 660. En parecidos términos lo entiende M<sup>a</sup>. R. GUTIÉRREZ SANZ, señalando que el convenio arbitral es «la fuente ordinaria del arbitraje [...] de tal forma que de su válida conclusión y de su subsistencia depende la licitud del arbitraje y la validez y la eficacia del laudo que se dicte en el correspondiente procedimiento arbitral», *vid* «La

tral ya que hasta que las partes enfrentadas en un conflicto no acuerden voluntariamente someter la cuestión litigiosa al arbitraje de consumo, formalizando su voluntad en este convenio no existirá en sentido propio este mecanismo de arbitraje.

La iniciación de esta fase prearbitral comienza cuando los consumidores y usuarios presenten «formalmente o a través de asociaciones de consumidores y usuarios, las solicitudes de arbitraje, ante la Junta Arbitral que corresponda». Una vez recibidas por la Junta Arbitral las solicitudes ésta debe adoptar una decisión acerca de la admisión o no de las mismas. Para poder decidir al respecto es obvio que la primera función que debe realizar la Junta Arbitral es la de *recepción* de la citada solicitud, que normalmente le será enviada por el Registro administrativo que tienen las Oficinas de Información al Consumidor (ya sean de carácter autonómico o local) que es donde se suelen quedar integradas orgánicamente las Juntas Arbitrales. A continuación examinará la cuestión objeto de conflicto que deberá ir descrita en la solicitud de arbitraje presentada por los consumidores o las asociaciones representativas de sus intereses, debiendo realizar una doble valoración: en primer lugar, tendrá que ver si es competente o no para conocer sobre la misma, conforme a los criterios establecidos en el RD 636/1993;<sup>38</sup> y, en segundo lugar, deberá decidir si la cuestión litigiosa

---

formalización del convenio arbitral». En *El sistema arbitral... Op. cit.*, p. 106.

<sup>38</sup> El artículo 3.3 del RD 636/1993 establece los siguientes criterios «se fijará el ámbito funcional y territorial de las Juntas, de acuerdo con los siguientes criterios: a) otorgar preferencia al domicilio del consumidor; b) otorgar preferencia a la Junta de inferior ámbito territorial; c) salvaguardar la libertad de elección de la Junta por las partes». Debe recordarse al respecto que las Juntas Arbitrales al ser órganos administrativos y, por tanto, sujetos al Derecho Administrativo, concretamente a la LPC deberán tener en cuenta lo dispuesto en ella. En este sentido, el artículo 12.1 LPC establece: «La competencia 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 esta u otras leyes». En consecuencia serán las propias Juntas Arbitrales quienes determinarán, de oficio, su propia competencia. De este modo si un con-

puede ser objeto de arbitraje de consumo o si, por el contrario, es una de las materias que, en virtud del artículo 2.2 del RD 636/1993 se encuentran excluidas del mismo.<sup>39</sup>

Posteriormente si la Junta Arbitral decide la admisión de la solicitud de arbitraje presentada por los consumidores o sus asociaciones se abre una doble posibilidad: a) Que el reclamado hubiese realizado oferta pública de sometimiento al sistema arbitral de consumo, respecto de futuros e hipotéticos conflictos con consumidores, en cuyo caso el convenio arbitral queda debidamente formalizado con la mera presentación de la solicitud de arbitraje por el reclamante, siempre y cuando dicha solicitud coincida en sus términos con el ámbito de la oferta (artículo 6.1 RD 636/1993);<sup>40</sup> y b) Que al no existir una oferta pública de sometimiento por parte del empresario, la Junta Arbitral deba notificarle la solicitud de arbitraje que deberá aceptar o rechazar en el plazo de 15 días a contar desde la fecha de la notificación.

---

sumidor solicita un arbitraje de consumo ante una Junta Arbitral que no es la que le corresponde según los criterios de competencia establecidos en este precepto, ésta tendrá la obligación de abstenerse y de remitir la solicitud de arbitraje a la Junta Arbitral que considere competente, tal y como establece el artículo 20.1 LPC: «El órgano administrativo que se estime incompetente para la resolución de un asunto remitirá directamente las actuaciones al órgano que considere competente [...]». Sobre estos aspectos, *vid* J.A. RUIZ JIMÉNEZ. «La competencia de las Juntas Arbitrales de consumo en el sistema nacional español de arbitraje de consumo». En *Temas actuales de consumo...* *Op. cit.*, pp. 161 y ss.

<sup>39</sup> El artículo 2.2 del RD 636/1993 establece: «No podrán ser objeto de arbitraje de consumo las siguientes cuestiones: a) las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución; b) las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición; c) las cuestiones en que, con arreglo a las leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar i de representación legal, no pueden actuar por sí mismos; d) aquellas en las que concurren intoxicación, lesión, muerte, o existan indicios racionales de delito».

<sup>40</sup> Una de las funciones esenciales de las Juntas Arbitrales es la de fomentar el sistema arbitral de consumo con la finalidad de que el mayor número de empresarios posibles se adhieran al mismo. Al respecto el artículo 7.1 del RD 636/1993 dispone lo siguiente: «Las Juntas Arbitrales de Consumo otorgarán un distintivo oficial a

De este modo concluye la fase prearbitral y, en el supuesto, de que se haya podido formalizar con éxito el convenio arbitral queda abierto el inicio del procedimiento de arbitraje propiamente dicho. Sin embargo, resulta necesario apuntar algunas cuestiones problemáticas que se suscitan en esta fase, algunas de ellas ya apuntadas someramente a lo largo de este trabajo, pero que se hace preciso destacar en mayor profundidad. Ya se ha apuntado que esta fase prearbitral que desarrollan las Juntas Arbitrales tiene un carácter administrativo y, por tanto el régimen jurídico aplicable debe ser la LPC. Ello significa que los diversos actos que desarrollan las Juntas Arbitrales (notificaciones, decisiones sobre admisión o no de las solicitudes, decisiones sobre la competencia o no de las Juntas, recepción de las mismas, etc.) son verdaderos actos administrativos que producen indudables efectos jurídicos frente a terceros y que, por tanto, pueden ser objeto del recurso administrativo que corresponda, en función de la estructura orgánica en la que se integren las Juntas Arbitrales, o de recurso contencioso-administrativo si los actos que dictan agotan la vía administrativa. A ello debe añadirse que la responsabilidad en la que puedan incurrir las Juntas Arbitrales es igualmente una responsabilidad administrativa y que, por tanto, seguirá lo dispuesto en la LPC.

Sin embargo, a pesar de las afirmaciones que acabo de verter sobre el régimen jurídico aplicable a la actuación de las Juntas Arbitrales de consumo, pueden suscitarse algunas dudas al respecto, derivadas fundamentalmente de la aplicación de la cláusula de supletoriedad de la Disposición Adicional Única de la LA que de nuevo conduce a producir confusión en este peculiar sistema arbitral de consumo. Puede ilustrarse esta problemática de la imbricación de lo público y lo privado en el sistema de arbitraje de consumo en lo referido al régimen jurídico que debe aplicarse, en lo relativo al sistema de notificaciones que deben realizar las Juntas Arbitrales. La cuestión surge, como acabamos de decir, de la lectura de la Disposición Adicional Única de la LA que declara que esta norma es de aplicación supletoria al RD 636/1993. Esta norma reglamentaria no prevé cuál es el régimen jurídico por el que se van a regir las notificaciones mientras que la LA recoge en su

artículo 5.a) de forma un tanto parca como deben regularse las notificaciones en el arbitraje.<sup>41</sup>

La duda interpretativa se centra en torno a si debemos aplicar al arbitraje de consumo, en concreto a las notificaciones que realizan las Juntas Arbitrales, lo dispuesto en el artículo 5 LA, en virtud de la cláusula de supletoriedad, o al ser un órgano administrativo se le aplican los artículos 58 y 59 LPC, que regula el régimen de notificaciones, ya que dicha norma debe ser aplicada ante cualquier actuación de las Administraciones Públicas. En mi opinión, al ser la LPC una norma que no sólo tiene el carácter de básica en función de lo señalado en el artículo 149.1.18ª CE, sino que despliega su ámbito de aplicación sobre el régimen jurídico y procedimiento administrativo de todas las Administraciones Públicas y al ser las Juntas Arbitrales órganos administrativos, es esta Ley y no la LA la que debe aplicarse al régimen de las notificaciones. En este sentido, y claro exponente del panorama de incertidumbre en el que viven los aplicadores del Derecho respecto al sistema arbitral de consumo es la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 1 de enero de 1994, que al hilo del examen del régimen jurídico de las notificaciones que realizan las Juntas Arbitrales, basa su decisión en el artículo 59 LPC y da por buena cualquier notificación, con tal que deje suficiente constancia de la recepción por el interesado o su representante, de la fecha, identidad y el contenido del acto notificado. No obstante, señala que si una carta con acuse de reci-

---

quienes realicen ofertas públicas de sometimiento al sistema arbitral de consumo».

<sup>41</sup> El artículo 5.a) LA dispone lo siguiente: «Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección. Asimismo, será válida la notificación o comunicación realizada por télex, fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por el interesado. En el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio, residencia habitual, dirección

bo no acreditara su contenido, por virtud del artículo 58.3 LPC, las notificaciones defectuosas surten efecto a partir de la fecha en que el interesado realiza actuaciones que suponen el conocimiento del contenido de la resolución o interpone el recurso procedente: cuando se cumple el laudo o se interpone recurso contra él. De esta forma la jurisdicción civil aplica al régimen de notificaciones de las Juntas Arbitrales la LPC, reconociéndose tácitamente, que las mismas son actos administrativos, ya que si no lo lógico sería aplicar el régimen supletorio de la LA o de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por otro lado, un nuevo ejemplo que puede traerse a colación para mostrar las disfuncionalidades que provoca este sistema arbitral, híbrido de lo público y lo privado es el atinente a cuando la Junta Arbitral de Consumo no acepte alguna solicitud de arbitraje, procediendo a su archivo, por tratarse de cuestiones que se encuentran excluidas del arbitraje de consumo en función de lo previsto en el artículo 2.2 del presente RD, nos encontramos ante un acto administrativo que podrá ser recurrible bien en vía administrativa en función de las normas que regulen la organización y el funcionamiento de la Administración donde se integre la Junta Arbitral, bien en vía jurisdiccional ante los Jueces y Tribunales de lo contencioso-administrativo. Ello supone que en caso de recurso judicial será el juez contencioso-administrativo el que resolverá si se trata o no de un asunto que puede ser objeto del arbitraje de consumo. Esta consecuencia puede revestir una cierta importancia pues si en función de esta hipotética resolución judicial (en el caso de que se decidiera que el conflicto no puede encuadrarse dentro de las causas excluidas del artículo 2.2 del RD 636/1993) y la Junta Arbitral tuviera que admitir la cuestión litigiosa a trámite, designando a tal efecto el Colegio Arbitral y decidiendo este sobre la controversia objeto del arbitraje de consumo, ¿podría una de las partes alegar la nulidad del laudo en base al artículo 41.1.e) LA («el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje»)? Además el recurso se plantearía ante la jurisdicción civil, por lo que ¿qué ocurriría si el juez civil declara la nulidad del laudo en base al artículo 41.1.e) LA? Como puede observarse nos encontraríamos ante



una contradicción entre lo resuelto por el juez contencioso-administrativo y el juez civil.

Opino que estos dos ejemplos son lo suficientemente ilustrativos de la problemática jurídica que encierra el RD 636/1993 donde se entremezclan elementos de Derecho público y de Derecho privado lo que contribuye, a mi juicio, a crear confusión a los usuarios de este sistema de resolución extrajudicial de conflictos demandando de una revisión en los términos en los que se expondrán más adelante, no sólo de esta fase prearbitral, sino en conjunto de todo el sistema de arbitraje de consumo.

#### B) PROCEDIMIENTO ARBITRAL EN SENTIDO ESTRICTO

Conforme al artículo 10.1 del RD 636/1993 el procedimiento arbitral «comenzará con la designación del Colegio arbitral [...] con sujeción a los principios de audiencia, contradicción, igualdad entre las partes y gratuidad». De este modo, la Junta Arbitral designará al Presidente del Colegio Arbitral que deberá ser personal al servicio de las Administraciones Públicas (licenciado en Derecho, como señala el artículo 11.1.a) RD 636/1993), salvo que, o bien las partes de mutuo acuerdo y atendiendo a la especialidad del objeto de la reclamación soliciten a una persona en concreto, en cuyo caso el Presidente de la Junta Arbitral resolverá sobre este particular; o bien en aquellos supuestos en que la reclamación se dirige contra una entidad pública vinculada a la Administración pública de la que dependa la Junta Arbitral, en cuyo caso las partes podrán designar de mutuo acuerdo al Presidente del Colegio arbitral.

Por lo que se refiere a los otros dos miembros del Colegio arbitral su designación se ajustará al siguiente esquema: a) el representante de los consumidores será elegido por la misma Junta Arbitral cuando la reclamación se formule a través de una asociación de consumidores. Si la reclamación se presenta directamente en la Junta, la designación se hará de oficio entre los representantes propuestos previamente por las asociaciones de consumidores; b) el representante de los sectores empresariales será el designado por éstos en la Junta Arbitral de Consu-

mo, cuando el reclamado forme parte de una organización adherida al sistema. En el resto de los supuestos, lo será el designado de oficio entre los propuestos previamente por las organizaciones empresariales que se hayan adherido a la Junta Arbitral correspondiente.

Constituido el Colegio arbitral, en el plazo máximo de tres meses, deberá darse audiencia a las partes, la cual tendrá carácter privado, como señala el artículo 12.1 del RD 636/1993. Será en esta audiencia donde se sustancie el arbitraje de consumo propiamente dicho que es lo que constituye la esencia del procedimiento arbitral y que finalizará con la emisión del correspondiente laudo arbitral, acto que poner punto final al conflicto pendiente.

En este momento lo que debe destacarse es que el laudo arbitral tiene naturaleza jurídico-procesal civil de tal modo que en aquellos supuestos que pueda ser objeto de recurso de anulación, en virtud de algunos de los motivos tasados del artículo 41.1 LA, el órgano jurisdiccional competente para conocer de la impugnación será el juez civil de acuerdo con lo establecido en el artículo 399 LEC. Además cuando el laudo adquiera firmeza éste tendrá efectos de cosa juzgada de tal modo que no podrá ser objeto la cuestión litigiosa de un nuevo proceso, salvo los supuestos en que quepa solicitar un recurso de revisión conforme a las reglas procesales establecidas en la LEC.<sup>42</sup>

Por último conviene mencionar qué ocurre si alguna de las partes no cumple lo dictado en el laudo. El artículo 16.1.g) del RD 636/1993 señala que el laudo deberá expresar el plazo o término en que se deberá cumplir lo acordado en el mismo, de este modo uno de los objetivos esenciales del sistema arbitral de consumo es que las partes cumplan voluntariamente lo ordenado en el laudo, si bien en algunos supuestos esto no es más que un mero propósito bienintencionado, pues el RD 636/1993 no prevé que se siga consecuencia alguna para el caso de que

---

o establecimiento conocidos del destinatario».

<sup>42</sup> Sobre el laudo y la fuerza de cosa juzgada, *vid* A. ÁLVAREZ ALARCÓN, *El sistema español...*, *op. cit.*, págs. 245 y ss.; C. SAMANES ARA, «La intervención judicial», en

dicho plazo no se respete. Por ello si no se cumple el laudo se hará necesaria su ejecución forzosa por lo que será necesario acudir a la jurisdicción civil ordinaria y solicitar la ejecución del mismo. Ello implicará en el consumidor, puesto que normalmente el incumplidor del laudo por pura lógica del sistema arbitral de consumo será el empresario, la necesidad de tener que acudir a la vía judicial, que es lo que se pretendía evitar desde un principio con el establecimiento de este sistema extrajudicial de resolución de conflictos, con la carga que ello supone pues tendrá normalmente que recurrir a abogado y procurador. Este hecho puede conducir a que en diversos casos de incumplimiento del laudo por parte del empresario el consumidor no encuentre satisfacción a lo resuelto por el laudo y debido a la escasa cuantía del objeto litigioso no le compense acudir a la vía de ejecución ante la jurisdicción civil, lo que implica en definitiva, una debilidad del sistema arbitral que debe ser subsanada de acuerdo a la propuesta que desarrollaré a continuación.<sup>43</sup>

#### V. LA NECESIDAD DE REFORMA DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO: PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

La concurrencia de elementos públicos y privados en el sistema arbitral de consumo regulado en el RD 636/1993 es un hecho incuestionable a raíz de su confusa configuración a este respecto, como ha quedado expuesto en las líneas precedentes. A ello se une la multiplicidad de posibilidades de resolución extrajudicial de controversias que el legislador sectorial ha desarrollado en aras a una eficaz protección del consu-

---

*El sistema arbitral... Op. cit.*, pp. 232 y ss.

<sup>43</sup> En parecidos términos se expresa G. FERNÁNDEZ FARRERES, quien señala que el cumplimiento forzoso del laudo arbitral «sólo es posible mediando la intervención [...] del juez de primera instancia, en caso evidente de no cumplimiento voluntario, por parte, en este caso, del empresario que haya sido condenado, por así decirlo, o que le sea desfavorable la decisión arbitral. Por tanto, aquí ya tenemos un primer punto. Un primer punto que no puede olvidarse, *que el sistema puede abocar a una intervención judicial. Porque, [...] la decisión arbitral no es ejecutoria de por sí*», *cfr.*, «La función arbitral de la Administración en materia de consumo». En *Jornadas Jurídicas sobre Juntas arbitrales de consumo*, Gobier-

midor y usuario que, en numerosos casos lo que va a producir es el efecto contrario, esto es, la creación de un clima de confusión en éste ante la diversidad de posibilidades existentes no sabiendo, en la mayor parte de los casos, cuál puede ser la más conveniente para la defensa de sus intereses o, acudiendo a todas ellas con las distintas consecuencias jurídicas que ello puede tener.

Por ello considero oportuno clarificar un poco el panorama y proponer de *lege ferenda* la siguiente medida tendente a mejorar el arbitraje de consumo. Este sistema arbitral es un arbitraje institucionalizado o administrado, en el sentido que hemos señalado anteriormente, es decir, integrado y prestado por las Administraciones públicas territoriales, por lo que se trata de una forma de actividad administrativa en la que en aras de la consecución de un interés general —la protección de los consumidores y usuarios— se resuelven conflictos *inter privados* mediante la resolución del Colegio Arbitral denominada laudo. Este laudo que reviste una naturaleza jurídico privada y tiene la fuerza de cosa juzgada, por lo que sólo ante el supuesto de que concurran alguna de las causas de nulidad previstas en el artículo 41 LA puede ser revocado por la jurisdicción civil. Además en el supuesto de que una de las partes no cumpla o se atenga a lo dispuesto en el laudo arbitral corresponde al juez civil ordinario la ejecución del mismo, por lo que en parte se está desnaturalizando la esencia del instrumento arbitral que es la exclusión de la vía judicial para la resolución del conflicto. Es precisamente en este punto donde podría radicar el núcleo esencial de mi propuesta de reforma y cambio del sistema arbitral de consumo que consistiría básicamente en administrativizar del todo este sistema confiriendo al laudo arbitral:

La naturaleza de resolución administrativa, de tal modo que ante el incumplimiento de alguna de las partes (normalmente suele ser el empresario) sería la Administración, a través de la Junta Arbitral, la que pudiera ejecutar el laudo arbitral (si bien quizás sería conveniente cambiar la denominación del mismo aunque en mi opinión se trataría de una cuestión menor), sin necesidad de que el consumidor tuviera que acudir a la vía judicial para solicitar dicha ejecución.

Este cambio precisaría de una reforma del RD 636/1993 y, además debería llevarse a cabo mediante «norma de rango legal», siendo insuficiente, a mi juicio, el artículo 31 LGDCU como mero elemento de cobertura legal. Por lo que debería desarrollarse una Ley de Arbitraje de Consumo, Ley de carácter estatal pues como ya hemos advertido se trata de elementos procesales cuya legislación se encuentra atribuida de forma exclusiva al Estado.

- i) La viabilidad de esta propuesta choca de todas formas con algunos obstáculos que precisan de una serie de puntualizaciones y explicaciones con el fin de poder salvarlos y que esta propuesta esté revestida de las adecuadas vestimentas jurídicas. En primer lugar, la clave de bóveda sobre la que pivota toda esta propuesta se encuentra en la necesaria presencia de un interés público que justifique la intervención administrativa sobre la protección del consumidor. Recordemos que el artículo 103.1 CE prescribe que la Administración sólo puede actuar para el servicio de los intereses generales. Este precepto constitucional limita al legislador a la hora de conferir nuevas potestades a la Administración y permite al Tribunal Constitucional controlar las Leyes en que se contengan dichas habilitaciones. Por este motivo, para que estén debidamente justificadas, desde esta perspectiva constitucional, normas que atribuyan a la Administración la potestad de resolver conflictos *inter privados* mediante resoluciones ejecutorias, es necesario que esos conflictos afecten de modo esencial a algún interés público cuya tutela se encuentre de forma directa encomendada a la Administración.<sup>44</sup> Resulta indudable que en el caso de la protección del consumidor y usuario la tutela de este interés público hay que encontrarla atribuida a la Administración, así como al resto de los poderes públicos, en el mandato que el artículo 51 CE establece al respecto.

---

no de Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, 1990, pp. 68 y ss.

<sup>44</sup> Vid. A. HUERGO LORA, *La resolución extrajudicial...*, *Op. cit.*, pp. 262 y ss., quien indica que a pesar de que el legislador goza de un amplio margen de discrecionalidad «a la hora de apreciar la concurrencia de argumentos que aconsejan encomendar la resolución de ciertos litigios *inter privados* a la Administra-

- ii) El segundo obstáculo con el que podría chocar esta propuesta es con el posible desplazamiento de un asunto desde la jurisdicción civil a la contencioso-administrativa. Resulta claro que la posible previsión por una norma de rango legal de una potestad de resolución de conflictos entre particulares por parte de las Administraciones públicas que desemboque en una resolución administrativa impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa, implica un desplazamiento del orden jurisdiccional competente para conocer de ese conflicto (civil), sin otra razón ni justificación que la puramente procesal de haberse dictado una resolución administrativa en relación con ese asunto.<sup>45</sup> Ello supondría asignar competencias a un orden jurisdiccional al margen de lo previsto en el artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

Además en el supuesto de que se pretendiera, mediante esta hipotética Ley de Arbitraje de Consumo, llevar a cabo este desplazamiento la cuestión sería la relativa a si es necesario que dicha norma tuviera que tener el rango Ley orgánica, al menos en lo que se refiere a este punto. A este respecto se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su sentencia 224/1993 señalando que el legisla-

---

ción», ésta debe tener unos límites ya que de otro modo se estaría implantando con carácter general «una fase prejudicial administrativa de resolución de conflictos». Por lo tanto, el interés público que justifica y legitima la intervención pública arbitral en un ámbito sectorial concreto debe ser el «mismo interés público (concreto y específico) que legitima el resto de las potestades administrativas que se ejerzan en ese sector, siempre y cuando, lógicamente, ese interés concreto exija o justifique también el otorgamiento de potestades arbitrales». Del mismo modo lo expresa D. TERRÓN SANTOS, referido a las potestades arbitrales de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, señalando que «es preciso que esta facultad (la arbitral) se encuentre inexorablemente unida a la finalidad específica para la que el legislador creó este ente, sin que en ningún caso se pueda contemplar esta concesión de la facultad de arbitrar conflictos entre sujetos privados como una vía de escape para evitar la jurisdicción civil, *Vid, Autoridades nacionales de...*, *Op. cit.*, p. 232.

<sup>45</sup> En este punto sigo fundamentalmente la argumentación que sobre este particular formula A. HUERGO LORA, por lo que me remito a su importante monografía

dor ordinario puede encomendar a uno u otro orden jurisdiccional el conocimiento de determinadas cuestiones litigiosas, pero sin contradecir la asignación genérica que lleva a cabo el artículo 9 LOPJ:

Artículo 9. -«Siendo en principio correcto en términos constitucionales que una Ley ordinaria atribuya a determinado orden jurisdiccional el conocimiento de tales o cuales asuntos, integrando los genéricos enunciados de la LOPJ, la cuestión ha de radicar en la verificación del grado de acomodo de aquélla a las previsiones de ésta, que, como propias de la reserva reforzada instituida por la Constitución, resultan indisponibles para el legislador ordinario y gozan frente al mismo de la fuerza pasiva característica de las Leyes Orgánicas (artículo 81.2 CE), de modo que la Ley ordinaria no pueda *excepcionar frontalmente o contradecir* el diseño de que los distintos ordenes jurisdiccionales haya establecido la Ley Orgánica».

Por lo tanto, lo que no podrá hacer el legislador ordinario es alterar lo dispuesto en el artículo 9 LOPJ. La pregunta entonces es ¿puede hablarse de «excepción frontal» a tales criterios establecidos en el artículo 9 LOPJ cuando el legislador ordinario desplaza el límite de la jurisdicción contencioso-administrativa en perjuicio de la civil, por el simple hecho de insertar una resolución administrativa en el sistema de resolución del conflicto, pero sin que la Administración que dicta la misma esté aplicando el Derecho Administrativo, ya que se trata de una controversia materialmente privada? En opinión de A. HUERGO LORA que comparto plenamente, lo que ocurre es que el artículo 9 LOPJ emplea dos criterios para delimitar el ámbito de conocimiento de la jurisdicción civil y de la contencioso-administrativa, criterios que radican en la naturaleza de la relación litigiosa, en el primer caso, y en la presencia de una resolución administrativa, en el segundo. Con la consecuencia de que, si se atribuye a la Administración la facultad de pronunciarse arbitralmente sobre un asunto de naturaleza privada que no se encuentra regido totalmente por normas administrativas, el conflicto que surge si una de las partes no está de acuerdo con la decisión administrativa puede encajar en los dos títulos del artículo 9 LOPJ.

Por tanto, el desplazamiento de un asunto desde el orden civil al contencioso no se opone a lo dispuesto en el artículo 9 LOPJ, ni tampoco a lo señalado en el artículo 122.1 CE, aunque se encuentre exclusivamente basado en la interposición de una resolución administrativa en un conflicto sometido desde una perspectiva material al Derecho privado.

- iii) A pesar de lo que acabamos de afirmar respecto a la viabilidad del desplazamiento de una cuestión de índole civil a la jurisdicción contenciosa en base a la configuración del laudo arbitral como una resolución administrativa, igual no sería necesario en este sistema arbitral de consumo debido a que si en un principio las partes lo que acuerdan es la exclusión de la vía judicial y el sometimiento de su controversia a un procedimiento específico, lo lógico será que con independencia de la naturaleza –civil o administrativa– del laudo, este sólo pueda ser revisado por una serie de causas que deberán estar tasadas en esta futura Ley de Arbitraje de Consumo, tal y como ocurre en la actualidad con la referencia que hay a las causas de nulidad previstas en el artículo 41 LA. De este modo, la jurisdicción contencioso-administrativa no estaría entrando a conocer sobre cuestiones materiales o sustantivas de Derecho privado, sino sobre las posibles causas de nulidad de la resolución administrativa que serían las generales establecidas en el artículo 62.1 LPC, así como las que pudieran preverse en esta Ley de Arbitraje de Consumo (que el convenio arbitral no fuera válido, que no ha sido debidamente notificada la designación de un árbitro, etc.); recuérdese que la letra *g*) de este artículo establece como cláusula general de los motivos de nulidad de los actos administrativos «cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal». De este modo, la jurisdicción contencioso-administrativa sólo entraría a conocer sobre cuestiones que le son propias y no se produciría el desplazamiento del que hablábamos anteriormente. Además, la posible objeción que se podría hacer a la tesis aquí defendida relativa a que la vía judicial no quedaría excluida en este supuesto al ser la actuación de las Administraciones públicas impugnada ante la ju-



risdicción contencioso-administrativa, se vería resuelta con esta posibilidad de que sólo entraría a conocer sobre los supuestos de nulidad del laudo y no sobre el fondo de la cuestión litigiosa.<sup>46</sup>

## VI. CONCLUSIONES

Diversas han sido las cuestiones examinadas a lo largo del presente trabajo acerca de los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo, especialmente en lo que se refiere al sistema arbitral de consumo que constituye, a mi juicio, el principal instrumento del que disponen los consumidores para hacer valer y dar satisfacción de forma individual a sus derechos económicos. Ello significa que para que estos procedimientos sean verdaderamente eficaces, recuérdese que el artículo 51 CE predica la *eficacia que deben revestir los mismos*, resulta necesario que estos sean claros y accesibles a los consumidores.

Sin duda alguna la existencia de diversos procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos puede ofrecer en un principio toda una serie de posibilidades al consumidor para que este pueda elegir cuál de ellos le puede ser de mayor utilidad. Sin embargo, no es menos cierto que esta diversidad puede producir los efectos contrarios y sumir a los consumidores en una confusión acerca de optar por uno u otro procedimiento, ya que las consecuencias jurídicas son de muy distinta naturaleza. En la actualidad no sólo nos encontramos ante fórmulas de resolución de conflictos que pueden calificarse en sentido estricto de arbitraje, como puede ser el de consumo o los sectoriales de transportes, servicios postales, propiedad intelectual, etc.; sino que han surgido otras nuevas, como la prevista en el artículo 54.1 LGT, en el que se instaura lo que podría calificarse de un arbitraje impropio de

---

ya citada con anterioridad, *La resolución extrajudicial...*, *Op. cit.*, pp. 268 y ss.

<sup>46</sup> Como señala la STC 43/1988, de 16 de marzo, respecto al arbitraje de equidad, que el juez es «sólo juez de la forma del juicio» sin poder pronunciarse sobre el fondo. Esta doctrina debe entenderse extendida al arbitraje de derecho de acuer-

naturaleza administrativa, que tiene un carácter voluntario para el consumidor pero obligatorio para el operador del servicio y además, no excluye la vía judicial que es la contencioso-administrativa. Pues bien, creo que sería conveniente una llamada a la unidad procedimental de todo este tipo de arbitrajes y reconducirlos al arbitraje de consumo regulado en el RD 636/1993 que es el instrumento que más se adecua a la problemática del consumidor.

No obstante, para reconducir al sistema arbitral de consumo el resto de los instrumentos de resolución extrajudicial de conflictos resulta del todo necesario que este sea un sistema efectivo y eficaz para los consumidores con independencia del sector o ámbito económico en el que se muevan. Además esta eficacia debe predicarse muy especialmente en determinar de forma clara y concreta el régimen jurídico del arbitraje de consumo. Para ello una opción que podría plantearse, que es la que defendemos en este trabajo es la de conferir a todo el procedimiento una naturaleza jurídico-administrativa. En mi opinión, se trata de una propuesta de *lege ferenda* perfectamente viable y que además, en la práctica se está llevando a cabo por las instituciones arbitrales de consumo, salvo en lo que se refiere a la ejecución del laudo en caso de incumplimiento por una de las partes, en donde es necesario acudir a la vía judicial civil.<sup>47</sup> De este modo, se evitaría la confusión actual entre elementos propios de Derecho Público con elementos característicos del Derecho Privado con las disfuncionalidades que ello implica, desde un prisma jurídico, para el correcto funcionamiento del arbitraje de consumo.

---

do con la regulación del arbitraje.

<sup>47</sup> Incluso la doctrina civilista ha señalado que si bien el laudo de consumo no es un acto administrativo sí que «es tratado como tal a los efectos de su notificación. Lo que no causa extrañeza si se repara en el fuerte intervencionismo de la Administración en el arbitraje de consumo y, sobre todo, en que el Secretario de la Junta Arbitral de Consumo, que actuará como tal en el Colegio arbitral y sobre quien recae la responsabilidad de las notificaciones [...] es un funcionario público [...] lo que significa que en la práctica operará como si el arbitraje de consumo fuera [...] una actividad administrativa más», *vid* J.J. MARÍN LÓPEZ, «El arbitraje de consumo: primeros pronunciamientos judiciales». En *Aranzadi Civil*, 1995, pp. 5 y ss.

Para llevar a cabo esta reforma del sistema arbitral sería necesario abordar la misma mediante una norma con rango de Ley siendo insuficiente, en mi opinión, la cobertura legal que proporciona en la actualidad el artículo 31 LGDCU. En esta hipotética Ley de Arbitraje de Consumo debería especificarse no sólo el régimen jurídico del procedimiento arbitral, sino también cual debe ser la naturaleza jurídica de los órganos que van a desarrollar el mismo, puesto que se trata de un arbitraje institucionalizado o como hemos preferido denominarlo, administrado. Igualmente, debería establecer un sistema de intercambio de información entre las diversas Juntas Arbitrales con el fin de que exista la adecuada coordinación entre las mismas. Del mismo modo, debería configurarse el laudo o resolución que pone fin al procedimiento arbitral como una resolución administrativa de tal modo que ante su incumplimiento pudieran las Administraciones Públicas proceder a la ejecución del mismo, sin que ello suponga un coste para el consumidor. Además deberían preverse las causas de nulidad del laudo que podrían ser similares a las contenidas en el artículo 41.1 LA que serían conocidas por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Este planteamiento relativo a la posibilidad de administrativizar de *iure* y no sólo de *facto* el arbitraje de consumo podría chocar con dos obstáculos importantes. Por un lado, la animadversión o poca confianza que tienen los empresarios en la intervención de la Administración en este ámbito. No sería extraño que se quisiera ver en esta propuesta de mayor presencia de la Administración en el arbitraje de consumo otra serie de intereses ajenos a la misma como, por ejemplo, la utilización de este procedimiento para recabar información sobre determinadas prácticas comerciales atentatorias contra los derechos de los consumidores y emplearlo con fines sancionadores. Esta posible objeción debe ser descartada puesto que ya en la práctica la Administración, a través de las OMIC y las Juntas Arbitrales dispone de esa información y no hace un uso distinto al del propio arbitraje y, además para no provocar una hipotética «huida» de los comerciantes y empresarios de este sistema se pondrían emplear medidas específicas que favorezcan su adhesión al arbitraje. Así por ejemplo, la nueva Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usua-

rios de Andalucía, prevé en su artículo 93.1 la posibilidad de condonación de sanciones firmes cuando la empresa infractora:

Artículo 93.1.- «Se encuentre sometida a los procedimientos de arbitraje de carácter general establecidos para la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo».

De otro lado, la segunda objeción que podría derivarse de mi propuesta vendría de la propia Administración Pública. Se podría argüir por parte de la misma que la atribución de la potestad de ejecución de los laudos de consumo implicaría una sobrecarga de trabajo a los órganos de protección de los consumidores que ya de por sí se encuentran bastante saturados. Sin embargo, esta posible crítica tiene que verse rechazada pues de las propias Memorias anuales que elabora el Instituto Nacional de Consumo sobre el sistema arbitral de consumo, en el año 2003, tan sólo el 1,59 % (unos 700) de los laudos dictados tuvieron que ser ejecutados forzosamente por la jurisdicción civil. Como puede apreciarse se trata de una cifra mínima que no debería suponer un significativo incremento de trabajo para las Juntas Arbitrales y sin embargo, redundaría en el beneficio de los consumidores.

## CAPÍTULO 11

ARBITRAJE Y RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE  
CONTROVERSIAS EN EL DERECHO DE LA PUBLICIDAD:  
CARACTERIZACIÓN Y EFICIENCIA DEL AUTOCONTROL  
DE LA PUBLICIDAD EN ESPAÑA

Susana Pérez Escalona



# Capítulo 11

## ARBITRAJE Y RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONTROVERSIAS EN EL DERECHO DE LA PUBLICIDAD: CARACTERIZACIÓN Y EFICIENCIA DEL AUTOCONTROL DE LA PUBLICIDAD EN ESPAÑA

*Susana Pérez Escalona*

I. Objetivo del estudio.— II. La asociación para la autorregulación de la comunicación comercial.— 1. Objeto y fines de la Asociación.— 2. Los Códigos de conducta publicitaria como concreción del Derecho vigente en materia de publicidad.— 3. El control previo voluntario o *Copy Advise*.— 4. La mediación.— III. El jurado de la publicidad.— 1. Caracterización y funcionamiento.— 2. El procedimiento por infracción de códigos y normas de conducta: la extensión subjetiva de la Resolución a terceros.— 3. El «efecto *boomerang*» de la extensión subjetiva de la resolución a terceros: El reciente caso *Dolce & Galbana*.— 4. Arbitraje y procedimiento ante el Jurado: ¿Remedios concurrentes y alternantes igualmente ventajosos?— IV. Autocontrol vs. Control Judicial: Problemas pendientes y conclusiones.

### I. OBJETIVO DEL ESTUDIO

Concebida como «información comercial», más o menos persuasiva, la publicidad facilita la concurrencia necesaria para que el mercado sea eficiente, en la medida en que favorece la toma de decisiones (libertad de elección) por parte de los consumidores, aumentando la competencia entre las diferentes ofertas, lo que (constitucionalmente) legitima la regulación jurídica de su ilicitud o deslealtad y por tanto, la restricción a la libertad de expresión comercial como restricción (razonable y

justificada) de la libertad de empresa (arts. 20 y 38 CE).<sup>1</sup> Tradicionalmente, el «autocontrol» del sector publicitario se ha concebido por los agentes económicos involucrados en su producción (anunciantes, agencias de publicidad, medios de comunicación y asociaciones profesionales relacionadas con la actividad publicitaria) como un mecanismo que «complementa» el Derecho vigente «concretizando» las cláusulas generales de ilicitud contenidas en el Derecho sobre publicidad y proporcionando, además, interpretaciones equitativas que, voluntariamente asumidas por todos los participantes en el sistema de autodisciplina, minimicen el volumen de controversias judiciales en la materia.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> V. para la ubicación de la publicidad en la protección constitucional de la libertad de expresión, entre nosotros, por ejemplo, DE LA CUESTA RUTE; *Curso de Derecho de la Publicidad*, Pamplona, 2002, especialmente pp. 45-51; PAZ-ARES RODRÍGUEZ y ALFARO ÁGUILA-REAL; «Un ensayo sobre la libertad de empresa». En AA.VV.; *Estudios en homenaje al Prof. Luis Díez Picazo*, Madrid, 2003, tomo IV, pp. 5971-6040 [también en [www.uam.es](http://www.uam.es) especialmente pp. 21 y ss]; RUIZ MUÑOZ; «Derecho de la publicidad y globalización: publicidad transfronteriza, libertad de expresión y derechos aplicables». En *Revista de Derecho Mercantil*, 2007, pp. 115 y ss, especialmente, pp. 118 y ss [también en *Estudios sobre Consumo*, 79 (2006), pp. 89 y ss]. No obstante, como señalan estos autores, que el fundamento constitucional de la protección de la publicidad sea la libertad de expresión, no entraña que la publicidad goce de idénticos límites a la injerencia de los poderes públicos que otras manifestaciones de la libertad de expresión porque en el caso de la *información comercial* la protección constitucional vendrá mediatizada o tamizada por lo que constituyan restricciones (razonables y admisibles) de la libertad de empresa. V. para el Derecho norteamericano, sobre la evolución del (pionero) anclaje de la publicidad en la protección constitucional de la libertad de expresión, por ejemplo, RUBÍ PUIG; «Publicidad y libertad de expresión. Doctrina del *Commercial Speech* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos»; *InDret*, 311 (2005), pp. 1-25 [en [www.InDret.com](http://www.InDret.com), Paper 311]. En el ámbito europeo, TATO PLAZA; «Publicidad comercial y libertad de expresión en Europa»; *La Ley*, 1994-3, 988; Del mismo autor; «Derecho Privado, publicidad y Libertad de expresión en la Europa de los veinticinco miembros». En AA.VV.; (PÉREZ CARRILLO, Coord.). *Estudios de Derecho Mercantil Europeo*. Madrid-Barcelona, 2005, pp.114 y ss.

<sup>2</sup> V. al respecto, por ejemplo, GÓMEZ SEGADE y LEMA DEVESA. «La autodisciplina publicitaria en el Derecho comparado y en el Derecho español». En *Actas de Derecho Industrial*, 7 (1981), pp. 55 y ss. GÓMEZ CASTALLO. «La asociación de



## La autorregulación de la publicidad pretende ser, así:

La respuesta de la industria publicitaria al reto de tratar las cuestiones atinentes a las comunicaciones comerciales a través de un ejercicio voluntario y comprometido de responsabilidad social en lugar de (*sic*) una Legislación detallada [...] constituyendo un complemento esencial de la Legislación reguladora de la publicidad [y] maximiza[ndo] la confianza de los consumidores en la publicidad.<sup>3</sup>

---

autocontrol de la publicidad y la aplicación del principio de veracidad por su jurado». En *Estudios sobre Consumo*, 57 (2001), pp. 133-146; FERNANDO MAGARZO. «La Autorregulación Publicitaria como elemento de Responsabilidad Social Corporativa»; *Autocontrol*, 114 (2006), pp. 12 y ss. RAMOS. «Autorregulación, mediación y consulta previa: la nueva frontera de la ética publicitaria». En *Revista de Estudios de Comunicación*, 11 (2001), pp. 1 y ss; Del mismo autor, *La publicidad contaminada. Los consumidores ante la autorregulación publicitaria*. Madrid, 2003, especialmente capítulo VII. Recientemente, PATIÑO ALVES. *La autorregulación publicitaria*, Madrid, 2007, especialmente capítulo III [Conclusiones de la Tesis Doctoral, disponibles también en [www.ucm.es](http://www.ucm.es)]. Es importante destacar que la función de la autodisciplina no puede trascender a la de complementar o concretizar (las cláusulas generales del) Derecho vigente, no sustituirlo. Aunque lo veremos con más detalle en las páginas que siguen, un sector doctrinal ha cuestionado que la publicidad, por su ámbito material, pueda ser, en general, objeto de autorregulación. V. especialmente, DE LA CUESTA RUTE. «Algunas reflexiones sobre el fenómeno de la autorregulación». En *Revista de Derecho Bancario y Bursatil*, 94 (2004), pp. 87 y ss; Del mismo autor, «Un límite al poder autorregulador de la publicidad derivado del Derecho de la Competencia. A propósito de la Resolución de Tribunal de Defensa de la Competencia de 20 de enero de 2004». En <http://www.ucm.es>, pp. 7 y ss. [también en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 43 (2005), pp. 11-36], «las normas emanadas de Autocontrol y de otras asociaciones relativas a la conducta de los anunciantes y, normalmente integradas en códigos de conducta, como hoy es la moda, aunque se dicen ser — sin serlo — de carácter ético no pueden sustraerse a un juicio necesariamente establecido a partir de su consistencia con el orden público económico. En definitiva, aquellos códigos no hacen más que expresar valoraciones diferentes a las del Legislador y por cierto que ni mucho menos extraídas indubitadamente de principios morales» (p. 8). [V. *infra*. 2.2º]

<sup>3</sup> *Declaración de Principios Comunes y Reglas de Buenas Prácticas*, de 31 de mayo de 2002, de la Alianza Europea para la Ética Publicitaria (*European Advertising Standards Alliance*—EASA). Recientemente, además, la Directiva 2006/114/CE Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre Publicidad engañosa y Comparativa (DOCE L 376/21, de 27 de diciembre de 2006),

Todo sistema de autodisciplina publicitaria se fundamenta en *la sumisión voluntaria* de los profesionales publicitarios a unas normas deontológicas generadas por el propio sector al amparo y como concreción del Derecho vigente y por tanto, en la sumisión voluntaria de los profesionales publicitarios al control del cumplimiento de dicha normativa deontológica por parte de un órgano que puede actuar de oficio o a instancia de los interesados, bien sean competidores o consumidores.

El presente capítulo analiza, desde la perspectiva de su «eficiencia», la caracterización y los límites del sistema de autodisciplina publicitaria en España desde esa doble vertiente de producción de normas (Códigos de Conducta) por parte de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad (*Infra* II) y de control de su cumplimiento por parte del Jurado de la Publicidad, como órgano independiente de control deontológico cuyos miembros son nombrados por la Asociación. Para ello, analizaremos, en particular, los límites a la función arbitral y de mediación por parte de «Autocontrol» y el alcance y extensión subjetiva de las resoluciones y laudos arbitrales de su Jurado (*Infra* III).

## II. LA ASOCIACIÓN PARA LA AUTORREGULACIÓN DE LA COMUNICACIÓN COMERCIAL

### 1. Objeto y fines de la asociación

Constituida en 1995, la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, constituye una asociación voluntaria sin ánimo de

---

establece en su Considerando núm 18 que «Los controles voluntarios ejercidos por organismos autónomos para suprimir la publicidad engañosa o comparativa ilegal pueden evitar el recurso a una acción administrativa o judicial y que por ello deberán fomentarse». A tal fin, el artículo 6 dispone que «La presente Directiva no excluirá el control voluntario, que los Estados miembros podrán fomentar, de la publicidad engañosa o de la publicidad comparativa por organismos autónomos ni el recurso a tales organismos [...] a condición de que existan procedimientos ante tales organismos además de los procedimientos judiciales o administrativos a que se refiere dicho artículo».

lucro, que se rige por la Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación «y demás normas que le sean de aplicación».<sup>4</sup> Su objeto consiste en:

Artículo 5.- «Contribuir a que la publicidad constituya un instrumento particularmente útil en el proceso económico, velando por el respeto a la ética publicitaria y a los derechos de los destinatarios de la publicidad con exclusión de la defensa de los intereses profesionales» (artículo 5).<sup>5</sup>

Asimismo se consideran como fines de la Asociación, entre otros, los siguientes: (a) La elaboración de códigos de ética publicitaria, tanto de carácter general como de carácter sectorial, que recojan las normas básicas de conducta que deberán ser respetadas en la actividad publicitaria. (b) *Dirimir las controversias y conflictos que puedan suscitarse*

---

<sup>4</sup> La Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial se funda, en parte, sobre los cimientos de la anterior Sociedad Limitada de Autocontrol de la publicidad y del Jurado (de naturaleza híbrida administrativa y autónoma) instaurado por el Estatuto de la Publicidad de 1964. La constitución de la nueva entidad, Asociación, «se inscribe en la corriente de entusiasmo que el fenómeno autorregulador despierta en todos los ámbitos» (DE LA CUESTA RUTE; «Algunas reflexiones sobre el fenómeno de la autorregulación»; pp. 87-115) y la elección de la forma social Asociación se debe, probablemente, a la «mayor confianza» que inspira una entidad constituida típicamente sin ánimo de lucro. (DE LA CUESTA RUTE; «Un límite al poder autorregulador de autocontrol de la publicidad. La Sentencia de la Audiencia de Madrid de 24 de mayo de 2004», en [www.ucm.es](http://www.ucm.es) p. 7). Sobre la conveniencia de interpretar el régimen jurídico de las asociaciones prescindiendo de los obstáculos, más históricos que reales o vigentes que dificultan su ubicación en Derecho de sociedades (entendido como Derecho de las organizaciones), ampliamente, PÉREZ ESCALONA; *La Asociación y el Derecho de Sociedades: una revisión en clave contractual*, Madrid, 2007; De la misma autora, *El Derecho de Asociación y las Asociaciones en el Sistema Constitucional español*, Madrid, 2007.

<sup>5</sup> Estatutos de la Asociación según el texto aprobado por la Asamblea Constituyente, el día 11 de mayo de 1995. La última versión incluye las modificaciones aprobadas por la Asamblea General Ordinaria celebrada el 25 de abril de 2007. También en el artículo 2. 1º del Código de Conducta Publicitaria, aprobado por la Asamblea General Extraordinaria celebrada el 19 de diciembre de 1996, según los Estatutos de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial. Última versión, con las modificaciones aprobadas por la Asamblea General Ordinaria, el 3 de abril de 2002.

*por la realización de una determinada publicidad y que le sean sometidos por sus asociados o por terceros.* (c) Elaborar dictámenes, informes, estudios de cualquier clase o naturaleza sobre cuestiones concernientes a la publicidad, cuando le sean solicitadas, bien por un asociado, bien por las Administraciones públicas, bien por cualquier tercero. (d) Constituirse en parte procesal para defender los objetivos de la Asociación y el interés general en el cumplimiento de las disposiciones publicitarias que rijan en España. (e) Colaborar activamente con las Administraciones Públicas, Organismos públicos e instancias internacionales para conseguir que la publicidad se ajuste a las normas por las que se rige, así como en general dirigir instancias, formular propuestas, realizar sugerencias o emitir informes para esos organismos y autoridades en materias que afecten a la publicidad (f) Contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la Legislación española sobre publicidad (g) Participar en organizaciones asociativas de ámbito nacional o internacional que interesen a los fines de la asociación (h) Cualquier otra actividad complementaria o que sea consecuencia de los fines expresados en los apartados anteriores.<sup>6</sup>

Desde su constitución en 1995, además, la Asociación pertenece a la *European Advertising Standards Alliance* (EASA) de la que en la actualidad forman parte 31 organizaciones de autocontrol de las cuales 24 son de países europeos y 5 no europeos. Con dicha pertenencia, el organismo español de autocontrol participa en el sistema EASA de resolución de controversias transfronterizas, que permite someter un asunto al órgano de autocontrol extranjero competente por razón de la materia, a través del órgano homólogo existente en su país.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Artículo 2.2 Código de Conducta Publicitaria (19/12/1996, última versión 03/04/2002).

<sup>7</sup> El artículo 12. 3º RJ dispone que «Además el Jurado resolverá las reclamaciones que se presenten contra anuncios ya emitidos en otros países y condenados pro el correspondiente órgano nacional de autocontrol publicitario adheridos a la *European Advertising Standards Alliance* o por órgano judicial o equivalente, sobre los que exista indicio suficiente de su eminente emisión en España y salvo que el anunciante afectado declare formalmente su intención de no emitirlo. Señala, al respecto, GÓMEZ CASTALLO. «La asociación de autocontrol de la publicidad

«Autocontrol» desarrolla su actividad a través de las siguientes funciones: «aprobación de Códigos» éticos de conducta, control voluntario sobre la licitud de un mensaje publicitario con carácter previo a su emisión (*Copy Advice*) y «mediación» por parte de la Asociación (art. 17 RJ). El Jurado, por su parte, intervendrá para resolver «los expedientes abiertos en relación con los asociados y «terceros», por presunta infracción de los códigos y normas de conducta aprobados por la asociación» (artículo 4b y artículos 12-30 RJ) y «actuar como *árbitro* en aquellas cuestiones publicitarias que le sean sometidas a su decisión» (artículo 4e y artículos 33-34 RJ).

Tanto la mediación como el arbitraje y el procedimiento que se sigue ante el Jurado constituyen medios de «resolución extrajudicial de las controversias», con diversos presupuestos y eficacia pero que, en todo caso, presentan o al menos debieran presentar como característica común e irrenunciable, la «voluntariedad» de la sumisión de los mismos, lo que tiene importantes consecuencias a la hora de delimitar el alcance, y por tanto la eficiencia, del «Autocontrol» en la «resolución de los expedientes abiertos en relación con los asociados y *terceros*» (artículo 4b RJ).

Inicialmente, Autocontrol ofrece la mediación ante la Asociación a quien reclama frente a una publicidad y al anunciante que la emite. De no aceptarse dicha mediación o en el supuesto de que resulte infructuosa, se iniciará el arbitraje o el procedimiento ante el Jurado. Antes de pasar estudiar el arbitraje y el procedimiento ante el Jurado como cauces alternativos de resolución extrajudicial de controversias ante el

---

y la aplicación del principio de veracidad por su Jurado», que «tras reconocerse que la Asociación cumple los requisitos exigidos por la Recomendación 98/257/CE sobre organismos extrajudiciales de resolución de controversias en consumo, en diciembre de 2000, la Comisión Europea incluía el sistema alternativo de controversias de esta asociación en la Red Europea de tales organismos» (p. 139). (V. <http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce-jus/acce-just04-es.html>). V. sobre la problemática jurídica que suscita la determinación del ordenamiento jurídico aplicable a la publicidad transfronteriza, por todos, RUIZ MUÑOZ. «Derecho de la Publicidad y Globalización: publicidad transfronteriza, libertad de expresión y Derechos aplicables», en especial, pp. 146 y ss.

Jurado, vamos a detenernos en el análisis de los Códigos éticos elaborados por autocontrol, así como en el sistema de consulta previa o *Copy Advice* y en la mediación ante la Asociación. La razón de la sistemática elegida se justifica por la controversia que tanto la propia elaboración de normas deontológicas (como técnica de autorregulación) como el sistema de consulta previa y la mediación ante la Asociación han originado desde tres frentes: la *disponibilidad* de la publicidad como objeto de regulación y, en general, como objeto de solución extrajudicial de controversias; su compatibilidad y adecuación con el *Derecho de Defensa de la Competencia* y, finalmente, el problema de las notas de *independencia* e *imparcialidad* en los supuestos de consulta previa y de mediación ante la Asociación.

## 2. Los códigos de conducta publicitaria como concreción del Derecho vigente en materia de publicidad

En la actualidad, el sistema de autocontrol en España cuenta, en general, con un *Código de Conducta Publicitaria*, basado en el Código Internacional de prácticas publicitarias (ICC *International Code of Advertising Practice*) y en sus principios básicos de veracidad, legalidad, honestidad y lealtad de las comunicaciones comerciales<sup>8</sup>, un *Código ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva* (*Confianza on line*) que abarca las comunicaciones comerciales y los aspectos contractuales en las transacciones comerciales con consumidores realizadas a través de internet y otros medios electrónicos<sup>9</sup> y diversos *Códigos Sectoriales* que también son aplicados por su Jurado. Conforme al informe anual de actividad del año 2006 (de 25 de abril de 2007)

---

<sup>8</sup> Aprobado en la Asamblea General Extraordinaria de 19 de diciembre de 1996, según lo establecido en los Estatutos de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial. Última versión, con las modificaciones aprobadas por la Asamblea Ordinaria, el día 3 de abril de 2002.

<sup>9</sup> El sistema de *confianza on line* está basado en cuatro pilares: un conjunto de norma deontológicas recogidas en el *Código ético de comercio electrónico y publicidad interactiva*; un mecanismo de aplicación de esas reglas que se encarga de resolver las controversias y reclamaciones que se presenten, encomendado a dos órganos: el Jurado de la Publicidad, para todas las cuestiones relacionadas con las

Autocontrol tiene suscritos 14 Convenios de Autorregulación en los siguientes sectores: publicidad de zumos, publicidad interactiva y comercio electrónico, promoción de medicamentos, publicidad de cervezas, publicidad de bebidas espirituosas, publicidad televisiva y publicidad en cine, publicidad de juguetes, Defensa de la Marca, publicidad de Alimentos y bebidas dirigida a niños, publicidad de videojuegos, publicidad y promociones de tecnología sanitaria, autorregulación del mercado de investigación, publicidad de productos de nutrición enteral y, finalmente, convenio firmado con Red.es para la resolución de controversias en la asignación de dominios. «es».<sup>10</sup>

No obstante, la «legitimación» de los órganos de autodisciplina publicitaria para autonormarse en la materia ha sido cuestionada tanto desde la perspectiva de la *disponibilidad* de la materia, la publicidad, para ser objeto de autorregulación como desde la óptica de la *compatibilidad* de los Códigos deontológicos con el Derecho de Defensa de la Competencia.

Desde la perspectiva de la «disponibilidad» de la materia para ser objeto de autorregulación, un sector doctrinal ha señalado que entre las normas de conducta referidas al fenómeno publicitario hay que distinguir entre aquellas que integran lo que puede denominarse disciplina de la publicidad (legalidad, honestidad, veracidad, etc) de aquellas otras que miran a regular las relaciones entre los sujetos intervinientes en los procesos informativos de la publicidad. Sí la legi-

---

comunicaciones comerciales, y la Junta Arbitral Nacional de Consumo, para la cuestiones de carácter contractual con los consumidores que se sustancien, previo intento de mediación por parte de AECEM; Una Secretaría que se encarga de la gestión cotidiana del sistema y, finalmente, un sello de confianza que permita identificar a las empresas acogidas al sistema de autorregulación (V. <http://confianzaonline.org>). Conforme a la Memoria de 2006 de Autocontrol, actualmente 205 páginas web poseen el sello de *confianza on line* y en el pasado año el sistema recibió 187 reclamaciones, siendo 148 el número de empresas adheridas (V. <http://www.autocontrol.es>)

<sup>10</sup> V. para más detalles, Informe Anual de Actividad de Autocontrol 2006, pp. 5 y 6 (V.<http://www.autocontrol.es>).

timación para autonormarse en el segundo ámbito no ofrece dudas al amparo de la autonomía de la voluntad y con los límites, naturalmente, del Derecho de Defensa de la Competencia, la legitimación para autonormarse en el ámbito de la disciplina de la publicidad resulta para este sector doctrinal, al menos *a priori*, discutible.<sup>11</sup>

El Tribunal de Defensa de la Competencia se ha pronunciado sobre esta cuestión, en diversas Resoluciones tendentes a autorizar Códigos de autorregulación publicitaria previamente calificados como prácticas restrictivas de la competencia (artículos 1 y 3 LDC). Si bien es cierto que lo ha hecho de forma incidental, por carecer de competencia

---

<sup>11</sup> V. especialmente, DE LA CUESTA RUTE «Un límite al poder autorregulador de Autocontrol de la Publicidad. La Sentencia de la Audiencia de Madrid de 24 de mayo de 2004», «sorprende que se acepte y se promueva incluso la elaboración de normas supuestamente deontológicas por parte de Autocontrol. Entre otras cosas esto supone el resignado reconocimiento de unos perniciosos efectos de la publicidad, lo que es algo absolutamente injustificado porque con carácter general son muy superiores los beneficios sociales ciertos que la publicidad reporta que sus posibles efectos perversos que, en sus caso, deben sustanciarse por normas sancionadoras de ordenamiento general o por las normas legales que en función del bien común se hayan establecido de acuerdo con el régimen que impone la doble vinculación de la publicidad al orden constitucional», (p. 10); Del mismo autor, en «Un límite al poder autorregulador de la publicidad derivado del Derecho de la Competencia. A propósito de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 20 de enero de 2004», «La disciplina de la publicidad o viene de la consideración de ésta como arma de la competencia mercantil, que no olvidemos que es un bien protegido en último término a favor de los consumidores, o procede de la necesidad de velar por los intereses, más que derechos *stricto sensu*, de los destinatarios de los mensajes considerados en otro carácter que el de consumidores o de público en general [...]. por consiguiente, la disciplina de la publicidad recae sobre un campo material que, en mi opinión, no puede ser dejado a la autorregulación de intereses. Las normas relativas a la publicidad como actividad con trascendencia concurrencial no pueden ser más que de producción estatal; y las demás de la disciplina publicitaria también afectan indirecta o reflejamente a la competencia y de modo directo al ámbito de intereses de quienes no participarían en el proceso de producción de normas paradójicamente consideradas autonómicas» (pp. 8-9); Del mismo autor, en «Algunas Reflexiones sobre el fenómeno de la Autorregulación»; pp. 87 y ss y p. 112; Del mismo autor, en *Curso de Derecho de la Publicidad*, pp. 43-57.



para pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de las normas contenidas en los Códigos y por no constituir dicha cuestión, en realidad, el objeto de las autorizaciones singulares solicitadas.

En este sentido, la Resolución de 10 de noviembre de 2000 (expte. A 274/00 Publicidad de Bebidas espirituosas) en la que se ventilaba la solicitud de autorización singular formulada por la Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE) para el establecimiento de un Código de Autorregulación Publicitaria, afirma que:

El Tribunal considera que el código de autocontrol publicitario obtenido mediante acuerdo de los miembros de FEBE «va más allá de una simple recopilación» de las normas legales internacionales, comunitarias, estatales y autonómicas sobre la materia pues consiste, en realidad, en una síntesis de tales normas que «impone condiciones uniformes a todas las empresas asociadas, sin las diferencias de regulación legalmente existentes» según las diferentes Comunidades Autónomas. Al acordar el Código de autorregulación, las empresas renuncian a grados de libertad de que antes disponían para su estrategia comercial en función de las mencionadas diferencias e incurrir en una restricción de la competencia prohibida por el mencionado artículo 1 (F. D. 4º).

FEBE, por su parte, había discrepado de su calificación como práctica prohibida por el art. 1 LDC, necesitada de autorización, porque el mencionado código, según su criterio:

Artículo 1. - «Se limita a reproducir las normas de publicidad de bebidas alcohólicas o a especificar las cláusulas generales de éstas».

De esta forma, el TDC sigue las indicaciones contenidas en el informe del Servicio de Defensa de la Competencia al considerar que:

Se trata de un acuerdo entre empresas que autolimita su política publicitaria y, en esa medida «restringe la competencia en un factor importante de su política comercial» siendo, por tanto, un acuerdo de los tipificados en el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, para cuya práctica se requiere la autorización singular contemplada en el artículo 3 de la misma Ley que prevé la posibilidad de autorizar acuerdos y conductas de las referidas en el artículo 1 que contribuyan a mejorar la producción o comercialización de bienes o servicios

o a promover el progreso técnico o económico, siempre que permitan a los consumidores participar de sus ventajas, no impongan a las empresas restricciones que no sean indispensables para la consecución de los objetivos del acuerdo y no consientan la posibilidad de eliminar a competidores (F. D 2º).

Finalmente, el Tribunal autoriza el Código, considerado como práctica restrictiva de la competencia, al amparo de lo previsto en el artículo 3 LDC, por un período de cinco años a contar desde la fecha de la Resolución.

Con carácter previo, la RTD de 26 de mayo de 2000 (Expte. A 279/00, Conducta empresarial FEBE), había resuelto declarar que otro Código de la misma asociación empresarial, denominado Código de Conducta empresarial, no es una práctica restrictiva de la competencia, por lo que *existen* «diferencias cualitativas entre este último y el Código de autorregulación publicitaria». En esta ocasión, el Tribunal siguiendo al Servicio de Defensa de la Competencia, considera que se trata de un «acuerdo entre empresas por el que se comprometen a cumplir la legalidad vigente», por lo que puede considerarse una cooperación lícita entre empresas, no prohibida por el art. 1 LDC, y no requiere, en consecuencia, autorización. En este sentido, el Tribunal afirma que:

Se trata de un Código de Conducta que tiene por objeto el que la concurrencia de los operadores económicos del Sector se realice respetando las Leyes, para evitar que determinados fraudes perjudiquen la imagen e intereses globales de la industria. Las normas de conducta se remiten a las obligaciones generales a las que están sometidas las empresas del sector, especialmente en relación con las normas reguladoras de la elaboración, etiquetado, registro y circulación de bebidas, fiscalidad, sanidad y consumo, derechos de propiedad intelectual e industrial, así como de competencia desleal [...] El Tribunal comparte la apreciación del Servicio de que el Código de Conducta Empresarial objeto del expediente —al referirse a información genérica relativa al marco normativo del sector y no tratar de orientar a las empresas del mismo en su política comercial o favorecer un comportamiento paralelo entre ellas— no constituye una práctica prohibida por el artículo 1 LDC, por lo que no requiere autorización en los términos del artículo 4 LDC» (F.D. 3º).

Posteriormente, la RTDC de 6 de abril de 2006 (Expte 375/06, Código FEBE), por la que se renueva la autorización singular para el Código de autorregulación publicitaria, con las modificaciones introducidas al mismo por la asociación empresarial, insiste en la idea de que «el Código no es una propuesta deontológica por parte de la Asociación a sus asociados para que estos la tomen en consideración con carácter voluntario, sino que es un Código vinculante para todos ellos que comporta sanciones para los que la incumplen, con posible expulsión de la Federación. *El Código va más allá de la normativa vigente no sólo en la concreción de las normas aplicables a la publicidad sino también en lo relativo a la definición, autorización o prohibición de prácticas comerciales publicitarias.* Por otra parte, *no tendría sentido (¿?) dar carácter vinculante a un Código, con posibilidad de sanciones, si existe una normativa legal que regula el tema y a la que se puede recurrir ante la jurisdicción ordinaria* (F.D. 4º).

Asimismo, la RTDC de 19 de diciembre de 2002 (Expte. A 319/02, Código de Publicidad Tabaco), autorizó nuevamente al amparo del art. 3. 1 LDC, la práctica restrictiva de la competencia consistente en la sumisión por parte de los asociados a la Asociación de Empresarios del Tabaco a un Código de autorregulación de la publicidad de los productos del tabaco en España. En esa ocasión, el Tribunal matizó que:

Teniendo en cuenta que todos los aspectos relacionados con la comercialización de los productos del tabaco, especialmente la publicidad, son materias sujetas a una precisa regulación por parte de los poderes públicos, debe advertirse que la autorización que se concede no permite a la Asociación solicitante ni a ninguno de sus miembros vulnerar dichas normas, cualquiera que sea su rango, amparándose en esta autorización que constituye únicamente una habilitación para extender las limitaciones publicitarias *más allá de las fijadas con carácter mínimo por la normativa vigente* (F. D 4º).

Con estas consideraciones, el Tribunal de Defensa de la Competencia entiende que los Códigos de conducta publicitaria, *ceteris paribus* de la identificación de su concreta naturaleza jurídica, constituyen normas que autolimitan la política comercial de los que deciden someterse voluntariamente a las mismas y que, teóricamente al menos, pue-

den *ir más allá* de lo fijado, con carácter mínimo, por la normativa vigente, al margen de uniformizar dicha normativa para todos los asociados, sin las diferencias de regulación legalmente existentes según las diferentes Comunidades Autónomas.

A nuestro juicio, dado que el sometimiento a dichas normas deontológicas se funda en el consentimiento prestado con el ingreso o pertenencia a la asociación (sectorial o a la propia Asociación para la Autorregulación Comercial), poseen una naturaleza jurídica contractual, entendida *lato sensu* como pactada y, en esa medida, los competidores pueden autolimitarse en su política comercial, en el sentido de concretizar las cláusulas generales contenidas en el Derecho vigente sobre publicidad (engaño, comparación ilícita, publicidad contraria a la dignidad), con los límites que rigen en general para la autonomía privada (artículo 1255 Cc) y naturalmente, siempre que la autolimitación no entrañe un práctica restrictiva de la competencia no autorizable o un abuso de posición de dominio en el mercado (artículos 1 y 2 LDC).<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Recientemente, el Derecho español de Defensa de la Competencia ha sido reformado, a través de la Ley de Defensa de la Competencia aprobada por la Ley 15/2007, de 3 de julio (BOE de 4 de julio de 2007). La ley deroga la anterior Ley de Defensa de la Competencia de 1989 y, en lo que atañe a la regulación de las prácticas colusorias, refunde y modifica los anteriores artículos 1 a 5 de la Ley de 1989 dedicados a la prohibición de cárteles en un solo precepto, con cinco apartados, regulando el abuso de posición de dominio en el artículo 2 (anterior art. 6 LDC de 1989). En concreto, el artículo 3 de la Ley de 1989 disponía que *se podían autorizar singularmente* las prácticas prohibidas en el artículo siempre que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización de bienes o servicios o a promover el progreso técnico o económico siempre que: permitan a los consumidores participar de forma adecuada de sus ventajas, no impongan restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos y no consientan la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios. La técnica legislativa anterior consistente en establecer una prohibición general de todo acuerdo restrictivo de la competencia, estableciendo seguidamente sendas excepciones (autorizaciones singulares y Reglamentos de exención por categorías), especialmente en lo que concierne a la regulación de los acuerdos verticales, había sido objeto de críticas doctrinales por la inversión metodológica que entraña. V., por todos, ALFARO ÁGUILA REAL, «Au-

Cualquier restricción de la publicidad, como restricción de la *información* disponible en el mercado, debe hacerse *cum granum salis* con carácter general.<sup>13</sup> Y cuando son los propios participantes en el mercado los que deciden voluntariamente someterse a condiciones más específicas de las establecidas con carácter general por el Legislador, la

---

torizar lo que no está prohibido: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales». En *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 229 (2004), pp. 51 y ss; Del mismo autor, «La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia: una concepción privatística del Derecho antimonopolio»; *Indret*, 4 (2004), Paper 253, [en <http://www.Indret.com>]. En la actualidad, el artículo 1.3º de la LDC de 2007 indica ya que la prohibición no se aplicará, siempre que se cumplan los requisitos anteriormente expuestos «*sin que sea necesaria decisión previa a tal efecto*». De esta forma, se elimina la necesidad de autorizar *ex post* lo que, *ex ante* debe entenderse excluido del ámbito de la prohibición general *ex artículo 1 LDC de 1989 y artículo 1.1 LDC de julio de 2007*. Pese a la *supresión del sistema de autorizaciones singulares y la alineación del régimen español al comunitario* en este aspecto, la nueva LDC mantiene un sistema de *declaración de inaplicabilidad ex artículo 6* de forma que, cuando así lo requiera e interés público, la Comisión Nacional de la Competencia podrá declarar, mediante decisión adoptada de oficio, que el artículo no es aplicable a un acuerdo, decisión o práctica, bien por no reunir los requisitos del artículo 1.1 o bien por cumplir la condiciones del artículo 1.3.V. para otra valoración de la reforma en este punto, SORIANO GARCÍA; «Autorizaciones singulares y seguridad jurídica: una propuesta viable». En *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 241 (2006), pp.42 y ss.

- <sup>13</sup> La consideración de la publicidad como *información* es lo que, en última instancia, justifica el principio general de licitud y la prohibición por vía de excepción de determinadas modalidades de publicidad como, por ejemplo, la publicidad comparativa que sólo devendrá desleal (principio general de libertad) en determinados casos (cuando sea confusoria, denigratoria o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajenos). V. sobre la consideración de la publicidad como información, por todos, MADRENAS I BOADA, *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal. La parcialidad de la publicidad y los costes de la competencia*, Madrid, 1990. Sobre la polémica uniformación de las Legislaciones de los Estados miembros en materia de publicidad comparativa, TATO PLAZA, «Publicidad comparativa y movimiento de defensa de los consumidores en el Derecho comparado». En *Revista de Derecho Mercantil*, (206) 1992, pp. 863 y ss; TATO PLAZA; *La publicidad comparativa*, Madrid, 1996; DIAZ RUIZ, «Competencia desleal a través de publicidad comparativa». En *Revista de Derecho Mercantil*, 215 (1995), pp. 59 y ss. Poniendo en cuestión,

«constitucionalidad» (en el sentido de restricción razonable y proporcionada a la libertad de información comercial) queda garantizada por el control que realizan los tribunales de justicia tanto de la *legalidad* de dichos pactos (autolimitaciones en forma de Códigos) como de la *interpretación dada a los códigos* de conducta por los órganos de control del sistema de autodisciplina, de la misma forma que todo asociado tiene derecho a que se controle la interpretación de los estatutos dada por los órganos de gobierno de la asociación y en general, todo contratante tiene derecho a que se revisen las decisiones de su contraparte no cubiertas por el contrato.<sup>14</sup>

Parafraseando al TDC, puede afirmarse, así, que «*sí* tiene sentido dar carácter vinculante (*inter partes*) a un Código, con posibilidad de sanciones» (*rectius* consecuencias desfavorables, patrimoniales o de otro tipo, para el caso de su incumplimiento) siempre que respete los límites (imperativos) de la normativa legal en materia de publicidad (normativa de mínimos) y sin perjuicio de la posibilidad de recurrir ante la jurisdicción ordinaria la legalidad de la normativa deontológica y el propio control efectuado por los órganos de autocontrol, en la aplicación de esa normativa. No obstante como veremos, los problemas surgen cuando se pretende extender la restricción contenida en los Códigos de autorregulación y por tanto la eficacia de las normas deontológicas e incluso, la eficacia de las propias resoluciones o laudos del órgano de autocontrol «más allá» del ámbito de los sujetos que voluntariamente han decidido pertenecer al sistema.

---

a través de un estudio empírico, los beneficios (información) que la publicidad comparativa —al menos determinadas modalidades de publicidad comparativa— aporta al consumidor; DEL BARRIO GARCÍA y LUQUE MARTÍNEZ, «La publicidad comparativa y sus potenciales beneficios sobre la información del consumidor: un estudio empírico». En *Estudios sobre Consumo*, 56 (2001), pp. 27 y ss; De los mismos autores, «Procesamiento central *versus* periférico: análisis diferencial entre publicidad comparativa directa, indirecta y no comparativa». En *Revista Española de Investigación del Marketing*, 1-2 (2001), pp. 41 y ss.

<sup>14</sup> V. al respecto, PÉREZ ESCALONA, *La Asociación y el Derecho de Sociedades: una revisión en clave contractual*, pp. 247 y ss; De la misma autora, *El Derecho de asociación y las Asociaciones en el sistema constitucional español. (Prontuario de doctrina del Tribunal Constitucional)*, pp. 105 y ss.

### 3. *El control previo voluntario o copy advice*

El artículo 31 del Reglamento del Jurado de Autocontrol dispone que:

Artículo 31.- «Los anunciantes y/o sus agencias podrán solicitar consultas previas en las que se informe sobre la licitud y corrección deontológica de anuncios propios que estén en fase de elaboración o se vayan a emitir. La emisión de la consulta se realizará confidencialmente para el solicitante [...] Las consultas previas serán elaboradas por el Gabinete Técnico de la Asociación y no vincularán ni al solicitante ni al Jurado».

En la actualidad, el servicio de consulta previa o control deontológico *a priori* resulta más utilizado que el propio recurso al procedimiento ante el Jurado.<sup>15</sup>

No obstante, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha limitado la virtualidad de los *copy advice* al denegar la autorización singular para un acuerdo por el que la Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE) establecía la obligación de someter a un dictamen técnico previo, de forma preceptiva y vinculante para los asociados, la publicidad de cierto tipo de bebidas alcohólicas.<sup>16</sup>

Así, la RTDC de 20 de enero de 2004 (Expte. A 338/03, Autorregulación Publicitaria FEBE) entiende que «el mecanismo de autorización previa introduce un nuevo elemento de restricción de la competencia en la medida en que puede impedir *a priori* la realización de ciertas campañas que sólo serían objetadas *a posteriori* por los mecanismos de control previstos en el artículo 15 del Código (El Jurado de Autocontrol y, posteriormente los Tribunales de Justicia). En otras

---

<sup>15</sup> En este sentido, por ejemplo, la Memoria de 2006 de Autocontrol señala que “ En el año 2006 se la mantenido la tendencia a la alza de peticiones en este servicio. El uso del Copy Advice se está extendiendo como una práctica habitual entre muchas empresas antes de lanzar sus campañas publicitarias. Actualmente, este servicio de consulta previa es el más utilizado por el Sector para garantizar la corrección de sus anuncios. En 2006 Autocontrol revisó 5267 consultas en materia publicitaria, de ellas, más de 3700 fueron solicitudes de Copy Advice. Esta cifra representa un crecimiento del 27% respecto del año anterior” (p. 13).

<sup>16</sup> V. al respecto, DE LA CUESTA RUTE; “Un límite al poder autorregulador de la Publicidad derivado del Derecho de la Competencia. A propósito de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 20 de enero de 2004 “, *passim*.

palabras, tras el acuerdo cuya aprobación se solicita, el anunciante no puede llevar a cabo la campaña publicitaria si existe una objeción de autocontrol; en el sistema ya aprobado por el Tribunal (se refiere a la autorización singular concedida al Código de autorregulación), cualquier empresa puede llevar a cabo la campaña hasta que dicha organización exprese su objeción [...] y a diferencia del acuerdo que ahora se somete a autorización, queda claramente establecida la posibilidad de recurrir esa objeción ante los Tribunales de Justicia [...] No existe ningún mecanismo que garantice que Autocontrol emitirá un informe negativo para todas las campañas ilegales y sólo para aquellas que sean ilegales (ilegalidad que, por otra parte, sólo puede definirse en virtud de las decisiones de los Tribunales de Justicia). Precisamente por ello —porque existe la posibilidad conceptual de que se impidan ciertas campañas publicitarias perfectamente legales, dificultando con ello el acrecentamiento de la competencia en el mercado [...] en la medida en que cabe imaginar supuestos de campaña publicitaria plenamente lícitos que serían abortados por un mecanismo de autorización previa, no es lo mismo una censura previa que un control *a posteriori*— (F.D 4 y 5).

La Resolución del TDC ha sido posteriormente recurrida por FEBE, dando lugar a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de junio de 2006 (JUS 2006/ 246318), que estima parcialmente el recurso, considerando que el acuerdo de sometimiento obligatorio al dictamen previo por parte de los asociados a FEBE constituye un «complemento o garantía adicional, que refuerza la aplicación del código» tratándose por ello de «un acuerdo instrumental al Código y no sustancial». Al margen la Sentencia:

Resalta un hecho relevante que para la Sala tiene un peso decisivo. Nos referimos al hecho de que con posterioridad a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia impugnada, el propio Legislador se ha mostrado favorable a la autorregulación publicitaria preventiva en el artículo 13.2º de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género. Si a partir de [esa Ley] la Administración está llamada a promover acuerdos de autorregulación en materia de publicidad que cuenten con mecanismo de control preventivo, uno de los ámbitos en el que más cla-



ramente parece necesaria tal autorregulación es en el de la industria de las bebidas alcohólicas, por las razones de protección de salud, de los menores y de seguridad vial (F.J. 8º y 9º).

En la actualidad, la Sentencia de la Audiencia Nacional ha sido recurrida por la Abogacía del Estado y se encuentra pendiente de casación ante el Tribunal Supremo.

A nuestro juicio, no es acertado considerar que el acuerdo de sometimiento obligatorio al dictamen previo y vinculante para los asociados de FEBE de su publicidad es un acuerdo instrumental a aquél por el que deciden autorregular la publicidad de determinadas bebidas alcohólicas y someter su cumplimiento al Jurado de la publicidad. Y no lo es porque, por definición, un acuerdo no puede ser instrumento de otro si carecen de aptitud para compararse entre sí por tener objetos diversos.

En realidad, pensamos que no puede compararse la implantación de un código de autorregulación publicitaria con el acuerdo de sometimiento a un *Copy Advice* previo, preceptivo y vinculante para los asociados sometidos a dicho código. Y ahí reside el germen del error en el que, a nuestro juicio, incurre la Sentencia de la Audiencia Nacional. En la autorización singular otorgada por el Tribunal de Defensa de la Competencia al Código de autorregulación publicitaria, lo que se autoriza es el acuerdo en virtud del cual los asociados de FEBE autolimitan su política comercial en materia de publicidad y someten el control a *posteriori* del cumplimiento de esa autolimitación al Jurado de la Publicidad, órgano independiente de la Asociación para la Comunicación comercial a la que FEBE pertenece, cuya caracterización (independencia, imparcialidad transparencia y contradicción) permite considerarlo un cauce válido de solución extrajudicial de controversias y cuyas resoluciones son recurribles ante los Tribunales de Justicia, a diferencia de lo que sucede con el Dictamen<sup>17</sup>. Lo que se cuestiona en relación con el *Copy Advice* es, en realidad, la autorización de un acuerdo que

---

<sup>17</sup> Así también, DE LA CUESTA RUTE. *Ibidem*, pp. 13 y ss.

convierte en vinculante y preceptivo para los competidores, un mecanismo de control previo de su publicidad, que no lo es para el propio sistema de Autocontrol encargado de administrarlo.<sup>18</sup>

No parece casualidad en este sentido, que el Tribunal de Defensa de la Competencia insista en la idea que «no es lo mismo un control *a posteriori* de la aplicación de un código» por un órgano encargado de resolver extrajudicialmente controversias cuyas resoluciones son recurribles ante los Tribunales de Justicia «que una censura previa».

No es exagerado, a nuestro juicio, calificar como *censura* la pretensión de convertir en «vinculante» y «preceptivo» un dictamen técnico sobre la emisión de una publicidad cuando procede de un organismo al que FEBE pertenece y que, conforme a la normativa de *Autocontrol*, es facultativo y no vinculante ni para el solicitante ni, incluso, para el Jurado de la Publicidad. Afirmar que una asociación empresarial puede acordar que, antes de la emisión de la publicidad de sus asociados, un organismo al que ella misma pertenece puede censurar su emisión de forma preventiva, preceptiva y vinculante, no es que suponga limitar desproporcionadamente la libertad de empresa de los anunciantes, sino que a nuestro juicio, va un paso más allá suprimiéndola porque la censura preventiva, preceptiva y vinculante (con posibilidad incluso de expulsión por parte de FEBE en caso de incumplimiento) porque impide *ab initio* la actuación en el mercado y excede, con mucho, de la función «usual» de los organismos de autodisciplina publicitaria.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Destaca el carácter voluntario del sistema *copy advice*, por ejemplo, GÓMEZ CASTELLO. «La asociación de autocontrol de la publicidad y la aplicación del principio de veracidad por su jurado», pp. 138-139.

<sup>19</sup> Destaca el Profesor DE LA CUESTA RUTE, en este sentido, que «el dictamen no puede tener el valor jurídico de una resolución del jurado [...] el dictamen expresa el mero parecer de Autocontrol; su confidencialidad excluye precisamente que la sociedad pueda a su vez formar juicio acerca de quien formula la consulta por lo que aun siendo desfavorable no supone ningún estigma para él. La ausencia de contradicción con quien pueda ser portador de un interés opuesto al del consultante excluye igualmente que el dictamen pueda considerarse fruto inequívoco de un

No nos parece atendible, por ello, el argumento de defensa de los consumidores al que apela la Sentencia porque a los consumidores (cuyos intereses también son objeto de protección en «el modelo social» del Derecho de la competencia desleal) siempre les beneficia más la existencia misma de la posibilidad de competir (por eficiencia no por interferencia) que la sustitución *ex ante* de esa posibilidad por el criterio previo e irrecurrible de un organismo privado no imparcial.<sup>20</sup>

Tampoco lo es el argumento que, conforme declara la Sentencia, ha tenido un peso decisivo en el parecer de la Sala. Esto es, el hecho de que el art 13.2º la Ley contra la Violencia de Género disponga que «la Administración Pública promoverá acuerdos de autorregulación que, contando con mecanismos de control preventivo y Resolución extrajudicial de controversias eficaces, contribuyan al cumplimiento de la Legislación publicitaria». Este precepto no obliga a que la Administración promueva acuerdos de autorregulación publicitaria que conviertan en vinculantes y preceptivos mecanismos preventivos de consulta que carecen de esa caracterización y efectos conforme a su propia configuración normativa. El precepto obliga a que la Administración promueva acuerdos de autorregulación publicitaria por la indudable eficiencia (que ha alcanzado) del sistema de Autocontrol de la Publicidad «conforme a sus mecanismos», pero en modo alguno autoriza a los «competidores a transformar esos mecanismos convirtiendo el sistema» facultativo de control previo no vinculante «en otra cosa distinta que elimine la posibilidad de competir» entre ellos en materia de publicidad.

---

enjuiciamiento imparcial [...] la capacidad dictaminadora de Autocontrol pertenece a otra esfera distinta de la autorregulación, tanto en su momento de producción de normas como en el de su aplicación». *Ibidem*, pp. 15-16.

<sup>20</sup> V. sobre la evolución del Derecho de la Competencia desleal del modelo «profesional» al «social» con inclusión de la protección de los intereses de los consumidores, por todos, MENÉNDEZ. «La reordenación de la disciplina de la competencia desleal: el modelo social»; en MENÉNDEZ (Dir). *La Competencia Desleal*, Madrid, 1988, capítulo III, pp. 95 y ss; PAZ-ARES. «El ilícito concurrencial: De la dogmática monopolista a la política *antitrust* (Un ensayo sobre el Derecho alemán de la Competencia desleal». En *RDM*, 1981, pp. 7 y ss.

#### 4. La mediación

El artículo 17 del Reglamento del Jurado regula la mediación en caso de conflicto ante la Asociación para la Comunicación comercial disponiendo que «en el caso de existir la posibilidad de alcanzar un acuerdo amistoso entre las partes, se podrá resolver la reclamación presentada mediante la mediación de Autocontrol, sin necesidad de que aquélla sea trasladada al Jurado», correspondiendo al Secretario del Jurado el intento de mediación si el reclamado lo solicita. Si el reclamante no acepta el intento de mediación, ésta se archivará. Finalmente, el precepto dispone que «de no haberse alcanzado un acuerdo de mediación, el Jurado resolverá la reclamación en los plazos establecidos en el presente capítulo. En ningún caso, el plazo para que el reclamado formule su contestación se verá interrumpido por el intento de mediación».

La mediación en el seno de Autocontrol constituye así, un medio de resolución del conflicto previo a la intervención del Jurado (bien en el procedimiento iniciado por reclamación o bien mediante arbitraje) y facultativo para las partes en el que se encomienda a un tercero, el secretario del Jurado (que es el Director General de la Asociación o el técnico de la misma en quién aquél delegue), la función de aproximar a las partes y determinar las posiciones asumibles por ambas.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Mediación, conciliación y arbitraje se integran, como es sabido, dentro de las Técnicas Alternativas de Resolución de Disputas de carácter *dirimente*. V. por ejemplo, BARONA VILAR; «Aproximación al movimiento de ADR (Alternative Dispute Resolutions) en EE.UU, RFA e Italia». En *Revista de la Corte Europea de Arbitraje*, 1998, pp. 57 y ss. De la misma autora, *Solución extrajudicial de conflictos. ADR y Derecho Procesal*. Valencia, 1999. Cabe destacar, además, que el Libro Verde sobre *Modalidades Alternativas de Solución de Conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil* (Libro Verde 19/04/2002. COM 2002, 196 final) afirma que las ADR «representan una prioridad política —confirmada en varias ocasiones— para las Instituciones de la Unión Europea a las que incumbe promover estas alternativas [y] promover el mejor entorno posible para su desarrollo y esforzarse por garantizar su calidad» aunque excluye el arbitraje de las ADR por tratarse de «un tipo de resolución de litigios más cercano a un procedimiento judicial que a las modalidades alternativas en la medida en que el objeti-

Al no ser un mero conciliador, el Secretario del jurado/mediador puede, teóricamente, terciar en la controversia y «ofrecer soluciones al respecto», lo que puede representar un problema de conflicto de intereses de cara a evaluar la «imparcialidad» del Jurado en el caso de que el reclamante someta posteriormente la cuestión al procedimiento (arbitral o no) de dicho órgano respecto del que el mediador es su secretario, aunque el Reglamento expresamente establezca que el Secretario del Jurado actuará «con voz pero sin voto» (artículo 3. 5º RJ). Debe tenerse especialmente en cuenta, en este sentido, que la mediación se realiza por el Director General de la Asociación (o el técnico de la misma en quien aquél delegue) y por tanto, fuera del jurado en el seno de la propia asociación que, normalmente, no es independiente respecto de ambas partes si alguna de ellas, o las dos, son asociadas.

Aunque en su finalidad y efectos la mediación previa a la intervención del Jurado de la publicidad puede compararse a la que se desarrolla por parte del Colegio en los arbitrajes del consumo, difiere de esta en las exigencias expresas de independencia e imparcialidad<sup>22</sup>.

---

vo de la sentencia arbitral es sustituir a la decisión de la justicia». En palabras del Profesor SALVADOR CODERCH; «ABC de la transacción». En *Indret*, 04 (2002), «La inmensa mayoría de los conflictos se resuelven extrajudicialmente: en la realidad social, las partes hacen y soprotan casi todo antes de verse abocadas a la maldición de un litigio judicial». V. sobre la repercusión económica del arreglo extrajudicial (si bien que mediante transacción) en tres famosos casos: la Industria Tabaquera norteamericana, Microsoft y el caso del Mar Egeo, SALVADOR CODERCH y RUIZ GARCÍA y PIÑEIRO SALGUERO y RUBÍ PUIG. «Tres transacciones: la industrial tabaco, Microsoft y Mar Egeo». En *Indret* 115 (2003), con ulteriores referencias.

<sup>22</sup> El artículo 10 del RD 636/1993, de 3 de mayo (RCL 1993, 1564) regulador del Sistema Arbitral de Consumidor, exige que el Colegio Arbitral se atenga a los principios de audiencia, contradicción, igualdad y gratuidad, admitiendo también la representación, cuya suficiencia deberá ser apreciada por el Colegio, aunque la inactividad de las partes no impide que se dicte el laudo, ni le priva de eficacia. La Junta Arbitral es el órgano que organiza, tramita y administra el arbitraje, siendo el Colegio quien resuelve los litigios, estando sometidos ambos a dichos principios. V. al respecto, por ejemplo, DE LA OLIVA SANTOS y Díez-PICAZO JIMÉNEZ y VEGA TORRES. *Derecho Procesal*. Madrid, 2002, tomo I, pp. 49 y ss; OROZCO PARDO

### III. EL JURADO DE LA PUBLICIDAD

#### 1. Caracterización y funcionamiento

Su Reglamento lo define como «órgano especializado en materia deontológica-publicitaria, formado por personas independientes» (artículo 1RJ) que actúa con independencia respecto de la asociación para la comunicación comercial, en el sentido de que sus resoluciones no pueden ser revisadas por los órganos asociativos y sus miembros no podrán mantener al momento del nombramiento o mientras dura su mandato, relación laboral con las empresas asociadas. No obstante, su independencia respecto de la asociación ha sido cuestionada, con razón, en atención al hecho de que sus miembros son nombrados por la Junta Directiva de la Asociación (art.3 RJ) que decide, en última instancia, el 25% de los miembros del Jurado que representan a los consumidores. Por otra parte, se afirma, a pesar de ser el órgano encargado de elaborar los anteproyectos de códigos deontológicos, lo cierto es que su aprobación definitiva también depende, en última instancia, de la Junta Directiva de la Asociación.<sup>23</sup>

El Jurado está compuesto por un Presidente, cinco vicepresidentes y quince vocales «de indiscutible imparcialidad» y actúa en Pleno o por Secciones. El Pleno es competente para aprobar los Anteproyectos de códigos y normas de conducta elaborados por las secciones y resolver los recursos de alzada que se interpongan contra las Resoluciones dictadas por las Secciones.<sup>24</sup> Las Secciones, que son cinco presididas por un vicepresidente del Jurado, son competentes para: emitir dictámenes solicitados por la Asociación, elaborar los anteproyectos de códigos y normas de conducta para la Asociación, resolver las reclamaciones por infracción de los códigos y normas de conducta que aplica la Asociación, resolver las solicitudes de revisión de *Copy Advice* plan-

---

y PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ. «Estudio crítico y propuestas de reforma del Arbitraje de Consumo». En *Actualidad Civil*, 5 (2007) [También disponible en <http://www.westlaw.es> bib 2007/99, 34 páginas, por donde se cita].

<sup>23</sup> V. *in extenso*, PATIÑO ALVES. *La autorregulación publicitaria*, Capítulo III.

<sup>24</sup> V. artículos 5 y 8 RJ.

teadas por anunciantes, atender las solicitudes de aclaración de las Resoluciones y, en fin, actuar como árbitro en aquellas cuestiones publicitarias sometidas a su decisión.<sup>25</sup>

Ante un supuesto de infracción de códigos y normas de conductas de autocontrol, los «asociados» pueden optar, así, o bien por seguir el procedimiento regulado en los arts 12 a16 y 19 a 30 del Reglamento del Jurado o bien someter la cuestión a arbitraje en los términos previstos en los arts. 33 y 34 de dicha norma de funcionamiento interno.

A nuestro juicio, como vamos a ver seguidamente, la opción por una u otra vía «no es igualmente ventajosa», porque mientras que la ejecución del laudo arbitral puede garantizarse a través de los Tribunales, la ejecución de una Resolución del Jurado, incluso tras el Recurso de alzada ante el Pleno, se encomienda a la Junta Directiva de la Asociación.<sup>26</sup> Ello implica que si el asociado no quiere cumplir la Resolución, no hay modo de que la Junta Directiva le obligue a ello, aunque naturalmente pueda llegar a expulsarlo del sistema de autorregulación.<sup>27</sup> Pero fuera del efecto disuasorio frente a la inejecución que puedan tener las consecuencias previstas para el incumplimiento de los estatutos de la Asociación, no hay ni puede haber manera de que la Junta Directiva garantice la ejecución de la Resolución. Por lo que el Recurso al arbitraje puede revelarse «ex ante», desde esta óptica, como un remedio más eficiente que el inicio del procedimiento por Reclamación.

## *2. El procedimiento por infracción del Códigos y normas de conducta: la extensión subjetiva de la Resolución «a terceros»*

El Jurado se proclama competente para «resolver los expedientes abiertos en relación con los asociados y terceros por presunta *infrac-*

---

<sup>25</sup> V. artículos 9 y 11 RJ.

<sup>26</sup> V. *infra* III. 4º.

<sup>27</sup> V. art. 28. 2º RJ, en correlación con los arts. 15 y 16 de los Estatutos de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial.

*ción de los códigos y normas de conducta aprobadas por la asociación, de conformidad con este Reglamento» (artículo 4 RJ). Así:*

Artículo 12. 1.- «El procedimiento de incoará por reclamación de *cualquier persona que tenga interés legítimo en que se proceda en relación con una determinada publicidad*. También podrán iniciarlo *de oficio*, cuando las circunstancias lo requieran, los órganos de gobierno de la asociación» (artículo 12. 1º RJ). Finalmente, el Reglamento indica que «La Resoluciones serán *vinculantes para las partes y para los asociados de Autocontrol*».

Con esta regulación, es teóricamente posible que, por ejemplo, una asociación de consumidores someta al Jurado la publicidad de un anunciante que no pertenece al sistema de autocontrol porque no quiere y dicho Jurado resuelva que el «tercero al sistema» ha incumplido un código de autorregulación publicitaria generado por el sistema y «cuya vinculatoriedad debiera fundarse en su aceptación».<sup>28</sup>

A nuestro juicio, la naturaleza jurídica de los códigos de autorregulación publicitaria, en la medida en que se aprueban en el seno de asociaciones privadas, es contractual (entendida *lato sensu* como pactada) y no muy diferente de la que tienen los estatutos asociativos.<sup>29</sup> De la misma forma que, en principio, no pueden aplicarse los estatutos de una asociación a quien no pertenece a ella (intangibilidad de la propia esfera jurídica sin consentimiento ex art. 1255 Cc y 10.1º CE), no pueden extenderse los códigos de autorregulación publicitaria a terceros *sin su consentimiento* ni, en consecuencia, seguirse procedimientos *privados* de ningún tipo para controlar su cumplimiento. A pesar de lo proclamado por el Reglamento del Jurado, a nuestro juicio, una actuación de este tipo no sólo es muy cuestionable desde el punto de vista de su licitud sino que, además puede generar la responsabilidad

<sup>28</sup> Téngase en cuenta que, en la actualidad, la mayor parte de las Reclamaciones –en un 59%– son presentadas por consumidores y/o asociaciones de consumidores y otras organizaciones ciudadanas (acciones de clase). V. al respecto Memoria de Autocontrol 2006, p. 5. V. para un resumen sobre la importancia que, entre nosotros han adquirido las denominadas acciones de clase, por todos, MARÍN LÓPEZ. «Las acciones de clase en Derecho español». En *InDret*, julio de 2001, 13 pp.

<sup>29</sup> V. al respecto, PÉREZ ESCALONA; *La Asociación y el Derecho de Sociedades*, pp. 98 y ss.



civil extracontractual genérica por causación de un daño al tercero (derivado de la merma de su reputación en el mercado) contra el que se ha iniciado un procedimiento de control «privado» prescindiendo de su *consentimiento* y, por tanto, de su adhesión al sistema (art. 1902 Cc).<sup>30</sup>

Por fortuna, éste ha sido el núcleo de la argumentación sostenida por los tribunales para calificar la actuación del Jurado de la Publicidad en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 42 de Madrid, de 24 de marzo de 2003, recurrida por Autocontrol y confirmada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de mayo de 2004. En el caso, se ventilaba la legalidad de la actuación del Jurado consistente en dictar una Resolución (de 3 de junio de 2002) por la que se declaraba que un anunciante había infringido las normas del Código de conducta publicitaria. Dicho anunciante, al momento de dictarse la resolución, no era asociado y además, se había opuesto expresamente a que el Jurado actuase. Con buen criterio, ambos pronunciamientos judiciales interpretan que el Reglamento del Jurado sólo puede entenderse en el sentido de que los terceros habrán tenido que manifestar su sometimiento voluntario al procedimiento del Jurado y dicho sometimiento ha de ser expreso sin que quepa atribuir eficacia al silencio o a la inactividad subsiguiente a la recepción de una oferta realizada por Autocontrol relativa a que si no se manifiesta una voluntad contraria se entiende que se somete a la actuación del Jurado. Aunque en aquel momento la alegación no prosperó, «Autocontrol» se defendió afirmando que aunque sus Resoluciones no vincularan a los no asociados, frente a los mismos tenían el valor de «opinión cualificada», por lo que impedir su emisión supondría cercenar el derecho a la libertad de expresión (artículo 20 CE) de Autocontrol.

---

<sup>30</sup> Así también, DE LA CUESTA RUTE. «Un límite al poder autorregulador de Autocontrol de la publicidad. La Sentencia de la Audiencia de Madrid de 24 de mayo de 2004». «La estigmatización del anunciante condenado se extiende a un amplio círculo social si, como es el caso, la resolución del jurado se publica en el Boletín de Autocontrol y se difunde además mediante su página web. Esto agrava, que no cambia, el efecto estigmatizador, pero además es claro que ello puede causar un daño que debe ser reparado. Por eso es lógico que la declaración de nulidad o inexistencia de la resolución se una a la condena a Autocontrol a la reparación del daño causado a la actora con la emisión y difusión de la resolución del Jurado». (p. 26).

Este mismo argumento ha sido utilizado recientemente por el Jurado de la publicidad, en la Resolución de 2 de marzo de 2007, *Asociación de Usuarios de la Comunicación vs. Dolce & Gabbana*, para declarar contraria a la dignidad la publicidad de un anunciante no adherido a *Autocontrol*. En el caso, como vamos a exponer seguidamente, la repercusión mediática de la Resolución y la reacción (económica) de los anunciantes, retirando temporalmente del mercado español la publicidad de toda la campaña publicitaria, han puesto en entredicho la eficacia de la extensión subjetiva a terceros de las Resoluciones como mera *opinión* logrando crear, paradójicamente, un efecto publicitario para (todos los productos de) la marca que, probablemente, no hubiera sido capaz de conseguir, por sí mismo, el anuncio objeto de controversia.

### 3. El «efecto boomerang» de la extensión subjetiva de la resolución a terceros: el caso *Dolce & Gabbana*

Recientemente, la Sección Segunda del Jurado de la Publicidad ha resuelto, con fecha 2 de marzo de 2007, la reclamación presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación frente a un anuncio perteneciente a la campaña publicitaria «primavera-verano 2007», difundido en prensa y en la página web de la firma *Dolce & Gabbana*. La resolución estima la reclamación presentada declarando que la publicidad reclamada infringe la norma 10 del Código de Conducta Publicitaria y el artículo 3.1 del Código ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva de Confianza *on line*, instando al anunciante al cese de la publicidad reclamada.<sup>31</sup>

Como reacción (económica) frente a la Resolución del Jurado, la firma *Dolce & Gabbana* decidió retirar temporalmente toda la campaña publicitaria del mercado español al objeto de provocar un debate en los medios de comunicación, consiguiendo que diversos anuncios de la

---

<sup>31</sup> El anuncio muestra la siguiente escena: una mujer vestida con un bañador está postrada en el suelo (boca arriba con las rodillas flexionadas) y un hombre con el torso desnudo que se reclina sobre ella la sujeta en esa posición asida por las muñecas. Completan la imagen otros cuatro hombres que contemplan, en derre-

campana a la que pertenecía el polémico anuncio —en algunos de los cuales también aparecen mujeres tumbadas rodeadas por otras mujeres, hombres tumbados rodeados por otros hombres y un hombre tumbado cuyo rostro es pisado por otra persona que no se muestra y utiliza calzado deportivo *unisex*—, junto a detalladas entrevistas a los dos diseñadores titulares de la marca hayan sido publicados en medios de

---

dor, la escena. La Asociación de Usuarios de la Comunicación alegó, en su Reclamación que «de la imagen del anuncio reclamado puede deducirse que es admisible la utilización de la fuerza como un medio para imponerse sobre las mujeres, imagen reforzada por la actitud pasiva y de complicidad de los hombres que observan la escena. Asimismo *la reclamante alega que no existe vinculación directa entre la imagen publicitaria y el producto anunciado*, subrayando nuevamente la clara connotación sexual explícita del anuncio. Por las anteriores razones, la reclamante sostiene que concurre una vulneración de las normas 2 (principio de legalidad) y 10 (no discriminación y respeto a la dignidad humana) del Código de conducta publicitaria, en relación con el artículo 3 a) de la Ley General de Publicidad». La reclamación trae a colación el argumento de *la competencia basada en las propias prestaciones* que, como es sabido, fue central en la Resolución de famoso caso *Benetton*. En aquella ocasión se trataba de enjuiciar la campaña de publicidad en la que aparecía, por ejemplo, un barco de refugiados del que alguno saltaba, un enfermo terminal de SIDA rodeado de familiares llorando, un niño negro vestido de demonio al lado de un niño blanco vestido de ángel, etc. El Tribunal Supremo alemán consideró, en relación con el enjuiciamiento de un anuncio en el que se muestra como un niño pequeño es arrojado a un camión donde se encuentran personas de raza negra y militares armados que *Benneton* apelaba a los sentimientos humanos en su propio beneficio y que la publicidad era desleal porque no había relación entre los productos anunciados y el anuncio. El Tribunal Constitucional alemán consideró, sin embargo, que la prohibición judicial de insertar la publicidad en una revista derivada de su consideración como publicidad desleal, era inconstitucional por lesionar la libertad de prensa y opinión. Mostrándose a favor de la opinión del Tribunal Supremo alemán, V. TATO PLAZA; «La explotación publicitaria de los sentimientos y el Derecho de la competencia desleal: el caso *Benetton*»; *Derecho de los Negocios*, 44 (1994), pp. 13 y ss. En sentido contrario, por ejemplo, ALFARO AGUILA-REAL, «Un ensayo sobre la libertad de empresa», entiende que dicha publicidad «está apelando a la inteligencia de los consumidores para ridiculizar los prejuicios raciales, lo que casa bien con una empresa que pretende dar imagen de universalidad» y, en general, «fuera de los supuestos en los que la publicidad sea el vehículo de las opiniones o expresiones públicas de una empresa, el nivel de protección constitucional de la publicidad debe determinarse atendiendo a su función social» (pp. 24 y ss.). El

prensa escrita (destacadas en portada) e *internet* que, habitualmente, incluyen la publicidad de la firma en sus ejemplares. Paradójicamente, el efecto conseguido ha sido, probablemente, el contrario al que perseguía el Jurado de la publicidad en su resolución, porque la difusión de la objeción de autocontrol y de la reacción de la firma ha otorgado a toda la campaña una notoriedad que ha trascendido a otros medios de comunicación como la radio y la televisión, logrando así un «efecto publicitario de la firma» probablemente mayor del que la campaña hubiera obtenido de no mediar la Resolución del Jurado.

Al margen de la probable incidencia económica del «efecto publicitario boomerang» de la resolución, lo llamativo del caso se encuentra, a nuestro juicio, en el hecho de que haya sido dictada por un órgano de autodisciplina publicitaria ajustándose a un código de autorregulación publicitaria de una agrupación privada a la que *Dolce & Gabbana* no pertenece y sin su consentimiento. Así lo reconoce la propia Resolución que, al respecto, señala que:

Debe advertirse que en la medida en que la reclamación que ahora nos ocupa se dirige contra una empresa que no es socia de Autocontrol, la presente Resolución carece de eficacia vinculante para la misma [...] el Jurado de la Publicidad tiene encomendada la resolución de aquellas controversias que le sean presentadas por cualquier persona física o jurídica con un interés legítimo, contra piezas publicitarias tanto de empresas asociadas como de terceros. Sin embargo, las resoluciones que dirimen tales controversias sólo tienen fuerza vinculante para los asociados, que voluntariamente han manifestado su adhesión al Código de Conducta Publicitaria que rige los pronunciamientos del Jurado. Por el contrario, frente a una entidad como la reclamada, no adherida

---

argumento de la competencia basada en las propias prestaciones, como criterio para concretizar la cláusula de deslealtad, en todo caso, parte de la premisa de que al transmitir la publicidad una información para obtener un lucro es, por definición, «de peor calidad» que la información política, religiosa o artística. V. para una crítica exhaustiva, RUIZ MUÑOZ; «Derecho de la Publicidad y globalización: publicidad transfronteriza, libertad de expresión y derechos aplicables», especialmente pp. 127-128 y 132 y ss.

al sistema de autodisciplina, tal resolución constituye una mera opinión no vinculante sobre la corrección ética y deontológica de la campaña publicitaria en cuestión, emitida por expertos en la materia. En todo caso, no puede desconocerse que la mayor parte de las resoluciones que emite este Jurado son cumplidas de forma voluntaria incluso por aquellas empresas que no tienen la condición de asociadas al sistema. Probablemente este hecho se explique por la reconocida fuerza moral de que gozan tales resoluciones. Con toda probabilidad, es esta misma fuerza moral la que explica también la coincidencia sustancial existente entre las resoluciones de jurado y las decisiones de jueces y tribunales en aquellos casos en lo que, de forma consecutiva, los mismos hechos han sido conocidos por éstos.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> La resolución recoge en sus Antecedentes de hecho, expresamente, que «trasladada la reclamación a *Dolce & Gabbana*, esta entidad no ha presentado contestación alguna hasta la fecha». Esta Resolución contrasta con la emitida el 9 de abril de 2007 contra la publicidad de otra entidad, *Giorgio Armani, Spa* que tampoco está adherida a Autocontrol. Autocontrol —Defensor del Menor— y particulares *vs Giorgio Armani, Spa*. A pesar de no estar adherida al sistema de autodisciplina, *Armani* a diferencia de *Dolce & Gabbana* presentó escrito de contestación rechazando los argumentos esgrimidos por los reclamantes (frente a un anuncio de la campaña publicitaria de la línea infantil «primavera-verano2007»), fundamentadas en que el anuncio podía confundirse con la promoción del turismo sexual. La resolución declara que la publicidad objeto de controversia «no infringe norma legal o deontológica alguna». Y «entiende el Jurado que sólo la utilización de una niña con rasgos asiáticos ha motivado que, lo que es común en el sector, haya llevado en el caso que nos ocupa a una asociación con el turismo sexual, vínculo que como queda expuesto, se debe más al contexto social en el que se ha difundido la publicidad (y a la preocupación social que ha generado la expansión de aquella lacra social en ciertas zonas del continente asiático) que a la propia configuración de la publicidad o a los mensajes que ésta transmite explícita o implícitamente» (Fundamento Deontológico 3). Lo llamativo del caso, a nuestro juicio, se encuentra en el hecho de que la reclamada no adherida al sistema de Autocontrol (ni, por tanto, sometida al Código) presentara escrito de contestación frente a la Reclamación por la aplicación de una normativa deontológica *no consentida*. Con todo, en su escrito de contestación, la reclamada insiste reiteradamente en que la publicidad cuestionada no vulnera *norma jurídica alguna*, sosteniendo su adecuación al artículo 3 de la Ley General de la Publicidad, especialmente en relación con los artículos 10. 1 y 39.4 de la Constitución y con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

A nuestro juicio, el argumento que legitima la extensión de los efectos «no vinculantes» de las Resoluciones a terceros en la libertad de expresión de Autocontrol que, en tales supuestos, dejaría de actuar como órgano extrajudicial de resolución de controversias para pasar a ser un mero emisor de opinión, no es atendible, al menos, por las siguientes razones: «en primer lugar», creemos que el Jurado de la Publicidad no puede prescindir de su carácter de órgano de resolución extrajudicial de controversias cuando le convenga porque, como señaló con acierto la SAP de Madrid de 24 de mayo de 2004, con las resoluciones «no se emite libremente un pensamiento, creencia u opinión, sino una condena o reproche formal emitido por un órgano decisorio de conflictos» formado a partir de la comprobación de unos hechos y fundado en normas producidas internamente como concreción del Derecho vigente.<sup>33</sup> La vertiente negativa del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) garantiza, en este sentido, que nadie que no pertenezca a la Jurisdicción o al sistema extrajudicial de resolución de conflictos «aceptado» pueda «juzgar» la conducta comercial o de otra índole de una persona física o jurídica.<sup>34</sup> El principio

---

<sup>33</sup> Así, DE LA CUESTA PRUTE; «Un límite al poder autorregulador de Autocontrol...SAN de 24 de mayo de 2004», pp. 23 y ss.

<sup>34</sup> V. sobre la reserva del monopolio de la Jurisdicción al Estado con carácter general, por todos, Guimares Riveiro; *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría del Derecho procesal*; Barcelona, 2004. Como es sabido, el *principio dispositivo* implica que se hace depender la existencia real del proceso y su objeto del libre poder de disposición de los sujetos jurídicos implicados en la tutela jurisdiccional que se pretende. V., por todos, De la Oliva Santos/ Díez Picazo Jiménez/ Vega Torres; *Derecho Procesal*, tomo I, pp. 60 y ss. La última instancia legitimadora del arbitraje (institucional o contractual), es el propio Estado. Como afirma Díez-Picazo Jiménez; «La justicia privada no existe en nuestro ordenamiento. Cuando, como sucede en el arbitraje, un particular, *por acuerdo de las partes*, dirige una controversia a través de una decisión —un laudo arbitral— es porque el Estado lo permite, del mismo modo que el hecho de que esa decisión tenga el mismo valor que una Sentencia dictada por un Tribunal se debe a que el Estado así lo reconoce», en *Ibidem*, p. 158l. Por ello, precisamente, puede afirmarse que el arbitraje es un *equivalente jurisdiccional* —no una usurpación o desentendimiento respecto— de las funciones jurisdiccionales que corresponden al Estado y por ello, también, el arbitraje no vulnera los postulados de unidad

de intangibilidad de la esfera jurídica privada sin consentimiento (y su corolario, *stat pro razione voluntas*) que garantiza la protección de la autonomía privada (artículo 1255 Cc), como derivación de la protección de la dignidad humana (artículo 10. 1º CE) se opone también, a nuestro juicio, a la posibilidad de que un órgano extrajudicial de resolución de controversias resuelva prescindiendo del «consentimiento» del afectado.<sup>35</sup>

«En segundo lugar», no es cierto que en estos casos la resolución carezca de efectos vinculantes, queridos o no, para los terceros afectados. Tan sólo carece de efectos vinculantes «voluntarios», en el sentido de que los terceros pueden o no ignorar las indicaciones de la resolución en cuanto a retirar la publicidad, teniéndola por inexistente. Pero no hay manera, sin embargo, de que puedan sustraerse a los efectos vinculantes «forzosos». En la medida en que las resoluciones sí son vinculantes para todos los asociados a autocontrol y por tanto también para los medios de comunicación adheridos que se verían obligados a no difundir la publicidad, la trascendencia jurídica y económica del parecer del Jurado no es materialmente idéntica a la inexistencia de

---

jurisdiccional y del monopolio estatal de la jurisdicción: el árbitro no ocupa una posición jerárquica por encima de las partes, su función es ocasional y su poder decisorio se mueve únicamente en los términos fijados en el compromiso. V. al respecto, por ejemplo, GASPAR LERA; *El ámbito de aplicación del arbitraje*; Aranzadi, 1988, pp. 57-59; Valencia Mirón; «El Derecho a la tutela judicial efectiva y la Ley de Arbitraje. Comentario a la STC (Sala 2ª), n.º 176/1996, de 11 de noviembre»; *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, XIII (1997), pp. 152 y ss; Martínez García; *El Arbitraje en el marco de la Ley 1/ 2000, de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, 2002; Fernández Rozas; «Arbitraje y Jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia»; *Derecho Privado y Constitución*, 19 (2005), pp. 55 y ss.

<sup>35</sup> Como señala, por todos, FLUME; *El negocio jurídico* (trad. esp. MIGUEL y GÓMEZ CALLE); Madrid, 1998, «La vigencia del principio de autonomía privada significa el reconocimiento de la autarquía del individuo en la configuración creadora de relaciones jurídicas. En el ámbito de la autonomía privada rige la máxima *stat pro razione voluntas* [...] sólo por razón del modo en que nace el contrato, concretamente porque la regulación contractual tiene lugar merced a la autodeterminación de los contratantes, se puede decir de ella que es justa», (pp. 29-31).

resolución ni puede equipararse, en suma, a la de una mera opinión desprovista de cualquier eficacia.<sup>36</sup>

#### 4. *Arbitraje y Procedimiento ante el Jurado: ¿remedios concurrentes y alternantes igualmente ventajosos?*

El artículo 33 del Reglamento del Jurado dispone que:

Artículo 33. - «El Jurado podrá actuar como árbitro institucional, si las partes contendientes convienen en ello. En este supuesto, las partes podrán elegir —entre los miembros del Jurado- los árbitros: uno, tres o cinco. Si no existiese acuerdo sobre el nombramiento de los árbitros y el arbitraje fuese de equidad, éste se realizará por la Sección a la que por turno corresponda».

El artículo 34 de dicha norma de funcionamiento remite a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y dispone que el laudo arbitral no será, en ningún caso, recurrible ante el Pleno del Jurado.

La remisión a la Ley de arbitraje operada por el Reglamento para que el Jurado acomode su actuación, refuerza sobradamente, a nuestro juicio, las consideraciones críticas efectuadas en torno a la extensión subjetiva de los efectos de las resoluciones del Jurado a terceros. El «libre» sometimiento de las partes al arbitraje y su «consentimiento» al mismo, plasmado en el convenio arbitral, constituye la piedra angular de su aplicabilidad.<sup>37</sup> El Tribunal Constitucional ha insistido reiteradamente, en este sentido, en la necesidad de su aceptación. Así por ejemplo, la STC 56/1990, de 29 de marzo (RTC 1990, 56) afirma que «el acto voluntario de sumisión o sometimiento a la decisión de árbitros es inherente al método específico de heterocomposición dispositiva del conflicto, en que consiste la institución arbitral» (F.J.47). En la misma línea, por

---

<sup>36</sup> Así, DE LA CUESTA RUTE. «Un límite al poder autorregulador de autocontrol.... SAN de 24 de mayo de 2004», pp. 25-26.

<sup>37</sup> Dentro de la amplia bibliografía disponible sobre la Ley 60/2003, V., por todos, VERDERA Y TUELLS, *La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, entre la tradición y la innovación*. Madrid, 2005, especialmente, pp. 50 y ss.



ejemplo, la STC 174/1995, de 23 de noviembre (RTC 1995/174) afirma que «la autonomía de la voluntad de las partes —de todas las partes— constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto, resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje» (FJ.3). La doctrina científica, por su parte, no duda en calificar como «definidora» de la institución la nota de la «voluntariedad» de la institución.<sup>38</sup>

Así las cosas, carece de justificación exigir el consentimiento de «ambas partes» para someter una controversia ante el Jurado cuando actúa como árbitro y prescindir de la nota de la voluntariedad cuando el Jurado dirime la controversia conforme al procedimiento iniciado por reclamación porque ambos mecanismos, arbitraje y procedimiento, constituyen «remedios de solución extrajudicial de conflictos ante un mismo órgano». Además, en la práctica, ambos mecanismos mantienen entre sí relaciones de «conurrencia» y «alternancia» porque concurren a un mismo fin (solucionar la controversia extrajudicialmente) y son alternantes en el sentido de que las partes pueden optar por uno u otro si intentada la mediación ante la Asociación fuese rechazada o no concluyera en acuerdo. Si el arbitraje ante el Jurado, como cualquier arbitraje, llega exclusivamente «hasta donde alcanza la libertad que es su fundamento y motor» (ATC 253/1993, de 20 de julio), no hay razón alguna que justifique que un remedio alternativo orientado al mismo fin pueda traspasar esa frontera prescindiendo de la autonomía de la voluntad. En el arbitraje y en general, en *todos* los remedios de resolución extrajudicial de controversias, la voluntad constituye su fundamento legitimador y prescindir de la misma, supone en suma, suprimir su esencia desnaturalizándolos.

A pesar de constituir remedios que concurren a una misma finalidad y de que, en la práctica, funcionan como alternativos, no está claro que ambos mecanismos estén rodeados de las mismas garantías y sean «igualmente ventajosos». Así por ejemplo, mientras que en el caso del

---

<sup>38</sup> V. *supra* nota n.º 34.

procedimiento iniciado mediante reclamación «la admisión a trámite, por parte de los Tribunales de Justicia, de cualquier demanda contra una Publicidad que sea objeto de reclamación ante el Jurado de Autocontrol supondrá la paralización del procedimiento seguido ante éste» (artículo 13. 4º RJ) la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje entraña un supuesto de falta de Jurisdicción de los Juzgados y Tribunales (artículo 39 LEC). Como consecuencia, el laudo emitido por el Jurado cuando actúa como árbitro vincula y obliga a las partes *como si* hubieran litigado ante un Juez.<sup>39</sup>

Tampoco son remedios alternativos en cuanto a su eficacia, porque mientras que en el caso del arbitraje son los órganos jurisdiccionales quienes, por ministerio de la Ley, deben ejecutar lo acordado en el juicio arbitral cuyo valor es el de título de ejecución que se equipara a una sentencia firme (artículo 8. 4º y 43 Ley 60/2003), la ejecución de una resolución del Jurado se encomienda a la Junta Directiva de la Asociación para la Comunicación Comercial, con lo que carece de la eficacia «material» de la que goza la ejecutoriedad que corresponde a la jurisdicción.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> V. al respecto, por ejemplo, GOÑI. «Eficacia y ejecución del aludo arbitral». En *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. X (1994), pp. 57 y ss; MUÑOZ SABATÉ. «Sobre la irrecurribilidad del arbitraje de Derecho». En *La Ley*, 1990, pp. 982 y ss. Téngase en cuenta, no obstante, que la mera existencia de convenio arbitral no elimina completamente el deber de abstención de los órganos jurisdiccionales. Del artículo 11.1º LA 2003 se desprende que la exclusión de la jurisdicción para conocer de las controversias sometidas a arbitraje, únicamente opera a instancia de parte «mediante declinatoria». Como consecuencia si una parte, ignorando el convenio arbitral, presenta una demanda ante un juez y la otra no interpone la correspondiente declinatoria arbitral, dicho convenio pierde su eficacia. V., por ejemplo, FERNÁNDEZ ROZAS «Arbitraje y Jurisdicción: una interacción necesaria» (pp. 88-91).

<sup>40</sup> Téngase en cuenta en este sentido que, frente a la Ley de Arbitraje de 1988, la Ley de 2003 regula en su artículo 45 la ejecución provisional del laudo pendiente el proceso de anulación del laudo, «No obstante, en ese caso el ejecutado podrá solicitar al tribunal competente la suspensión de la ejecución siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la demora en la ejecución del laudo». Según la doctrina, la inexisten-

#### IV. AUTOCONTROL VS. CONTROL JUDICIAL: PROBLEMAS PENDIENTES Y CONCLUSIONES

A pesar de la problemática jurídica que envuelve la configuración de los remedios de solución extrajudicial de controversias en materia de publicidad a través de organismos de autodisciplina publicitaria e, incluso, a pesar de las dudas que desde el Derecho de Defensa de la Competencia puede llegar a suscitar la existencia misma de la autorregulación publicitaria, lo cierto es que desde su puesta en marcha en 1995 Autocontrol ha conseguido minimizar, de forma muy notable, el volumen de controversias judiciales en materia de publicidad. En contadas ocasiones, además, los Tribunales se han apartado de la interpretación dada a los diversos grupos de casos de deslealtad publicitaria por el Jurado de la Publicidad. Si se tiene en cuenta además, que Autocontrol resuelve las reclamaciones en un tiempo medio de 16 días, se comprende con facilidad la indudable pujanza de la autodisciplina frente al control judicial de la publicidad.<sup>41</sup>

---

cia de ejecución provisional para los laudos objetos de recurso de anulación, “fue uno de los factores que dispararon un inusitado recuso a las acciones de anulación, pues el procedimiento podía dilatarse entre uno y cuatro años». FERNÁNDEZ ROZAS. *Ibidem*, pp. 72-73. Asimismo, con detalle, GONZÁLEZ SORIA. *La intervención judicial en el arbitraje: recursos jurisdiccionales y ejecución de la laudo arbitral*; Madrid, 1988. En relación con la Ley de 2003, por ejemplo, CUCARELLA GALIANA. *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 de diciembre)*. Bolonia, 2004, especialmente pp. 275 y ss.

<sup>41</sup> V. al respecto, con información de los *datos numéricos disponibles*, por ejemplo, «Autocontrol hace balance; 2700 anuncios revisados en 2004». En *Control*, 510 (2005), pp. 60 y ss. LÓPEZ, MARTÍN y QUILES. «Los sistemas de autorregulación como mecanismos de control de la publicidad de tabaco: evaluación mediante análisis empírico». En *Gaceta Sanitaria*, 5 (2004), pp. 366. FERNÁNDEZ SOUTO y VALDERRAMA SANTOMÉ. «Los límites de la Publicidad. Análisis de las resoluciones del Jurado de ética publicitaria». En *Revista Latina de Comunicación Social*, 34 (2000), pp. 1 y ss. Conforme al último Informe Anual de Actividad 2006, de 2 reclamaciones en 1996, se ha pasado a 187 en 2006. De 19 solicitudes de asesoramiento de 1997, Autocontrol ha pasado a tramitar 5267 solicitudes de asesoramiento y consultas previas (<http://www.autocontrol.es>).

No obstante, pensamos que los indudables logros alcanzados por el sistema de resolución extrajudicial de controversias a través del Jurado de la Publicidad, así como los beneficios que reporta el sistema de autodisciplina a sus participantes y a los consumidores en general, deben ponderarse teniendo en cuenta también, los problemas que suscita, en ocasiones, la configuración de dichos mecanismos.

Entre las dificultades se encuentran, al menos, las siguientes:

Por un lado, aun cuando el Jurado de la Publicidad se configura como un órgano independiente de la Asociación para la Comunicación Comercial, es lo cierto que el nombramiento de sus miembros se efectúa por la Junta Directiva de la Asociación lo que, al menos en un plano teórico, origina un potencial riesgo de conflicto de intereses con las partes involucradas en la controversia por su potencial pertenencia a la Asociación. No en vano, téngase en cuenta, que la mediación previa a la intervención del Jurado se realiza en el seno de la Asociación, por el Secretario del Jurado, que es el Director General de la Asociación o el técnico de la misma en quién aquél delegue.

Por otro lado, la configuración del procedimiento iniciado mediante reclamación ante el Jurado permite que éste pueda actuar contra terceros *no* pertenecientes al sistema de autodisciplina *porque no lo han consentido*, respecto de los que además, es muy discutible afirmar que las resoluciones carecen materialmente de efectos. Finalmente, aunque en la práctica el arbitraje y el procedimiento ante el Jurado se configuran como remedios concurrentes y alternativos para solucionar extrajudicialmente las controversias en materia de publicidad, ambos mecanismos ni están rodeados de las mismas garantías ni, *ceteris paribus*, resultan remedios igualmente ventajosos para las partes de un conflicto en materia de publicidad, aunque sólo sea por carecer las resoluciones del Jurado de la eficacia material de la que goza la ejecutoriedad de los laudos ante la Jurisdicción.

## CAPÍTULO 12

ARBITRAJE Y DERECHO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL:

LA COMISIÓN MEDIADORA Y ARBITRAL EN LA

PROPIEDAD INTELECTUAL

Domingo Bello Janeiro



## Capítulo 12

### ARBITRAJE Y DERECHO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: LA COMISIÓN MEDIADORA Y ARBITRAL EN LA PROPIEDAD INTELECTUAL

*Domingo Bello Janeiro*

I. Introducción.— II. El marco de la gestión colectiva.— III. El desarrollo legislativo de la CMAPI.— IV. La naturaleza y composición de la CMAPI. V. Competencias y procedimientos ante la CMAPI.— VI. La función de mediación.— VII. El arbitraje.— VIII. Resultado de la actividad de la CMAPI.— IX. Consideraciones conclusivas.

#### I. INTRODUCCIÓN

En la disposición adicional segunda de la Ley 23/2006, de 7 de julio de 2006, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril, publicada el 23 de junio en el Boletín Oficial del Estado, se habilita al Gobierno para que, mediante Real Decreto, modifique, amplíe y desarrolle las funciones que la Ley atribuye a la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, que pasará a denominarse Comisión de Propiedad Intelectual, que presenta un balance escaso, a diferencia del modelo alemán en que se inspira.

Entre sus funciones debe incluir, entre otras, las de arbitraje, mediación, fijación de cantidades sustitutorias de tarifas y resolución de conflictos entre las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual o entre alguna de ellas y una o varias asociaciones de usuarios o entidades de radiodifusión.

Se ha presentado una enmienda, la número 64, del Grupo Mixto, Izquierda Unida, que, por la relevancia de la Comisión, pide que sus elementos básicos se fijen por Ley, preferiblemente de Propiedad Intelectual, por lo que propone la supresión de la disposición adicional segunda, que remite a un posterior desarrollo reglamentario, añadiendo que la modificación de la Comisión no está prevista por la Directiva objeto de transposición, todo lo cual fue rechazado en el Pleno del Senado, intentándose así potenciar el papel de la Comisión, que, a continuación, será analizado con cierto detenimiento sirviéndome para ello de diversos textos, alguno de ellos, incluso, inédito, que me ha facilitado mi compañero, y árbitro permanente de la Comisión, Ramón Casas Vallés, a quien agradezco públicamente, una vez más, su generosidad intelectual.

## II. EL MARCO DE LA GESTIÓN COLECTIVA

La Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual (CMAPI) se encuentra en el marco de la gestión colectiva de derechos de autor y afines, que llevan a cabo las entidades de gestión, con la previa autorización del Ministerio de Cultura, normalmente en régimen de monopolio sectorial, puesto que en la mayoría de las ocasiones, corresponde una entidad para cada tipo de titulares y derechos.

Frente a los usuarios de su repertorio las entidades tienen una especial legitimación que les exime de acreditar de forma pormenorizada y exhaustiva los derechos administrados.

Los privilegios necesarios para el ejercicio de sus funciones- de que gozan las entidades, se equilibran con obligaciones legales y hasta expedientes de control del Ministerio de Cultura y lo que es más bien conocido como un expediente facilitador por la Comisión.

La vigente LPI, tras el oportuno pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional, asigna al Ministerio de Cultura un papel de control. Es bien claro que Ministerio y Comisión tienen cometidos diferentes, pero en el fondo, también es nítido que son dos caras de la



misma moneda y a veces los problemas de uno acaban repercutiendo en el otro.

La LPI atribuía al Ministerio la facultad de conceder y revocar las autorizaciones de entidades de gestión, otorgándole diversas facultades, e imponiendo a las entidades una serie de obligaciones, con la finalidad no disimulada tanto en uno como en otro caso de asegurar una buena información a la autoridad de control.

La LPI fue objeto de recurso de inconstitucionalidad por parte de Cataluña y el País Vasco, que dio como resultado una sentencia, 196/1997, de 13 de noviembre, que anuló, por infringir la distribución de competencias, la obligación de las entidades de notificar al Ministerio: los nombramientos y ceses de administradores y apoderados, las tarifas generales y sus modificaciones, los contratos con asociaciones de usuarios y con organizaciones extranjeras.

Se anuló también la facultad del Ministerio de: exigir cualquier tipo de información, ordenar inspecciones y auditorías y designar un representante en las reuniones de los órganos de gobierno de las entidades.

En resumidas cuentas, nuestro sistema de gestión colectiva tiene, por un lado, al Ministerio, al que se atribuye la decisión más grave (revocar las autorizaciones) sin darle instrumentos para informarse ni permitirle actuaciones menos dramáticas; y por otro, a las Comunidades Autónomas que si bien tienen reconocida la competencia de control, en la realidad de fondo, no pueden ejercerla porque la plasmación legal de la misma corresponde al Estado y éste, tras la sentencia del TC, no se ha pronunciado todavía.

Como punto de partida, estaremos de acuerdo todos en que es necesaria una autoridad de control central, autonómica o mixta que colabore en el mejor funcionamiento del sistema de gestión colectiva, en el que está insertado la Comisión.

### III. EL DESARROLLO LEGISLATIVO DE LA CMAPI

La Comisión, que ya se acerca a los veinte años, aparece como Comisión de Propiedad Intelectual en la LPI de 1987, con dos funciones, la arbitral y la de fijación de cantidades sustitutorias de las tarifas generales a los efectos de pago bajo reserva o consignación. La Ley de Arbitraje de 1988 respetó estas previsiones y, poco después, se aprobó, mediante RD 479/1989, el reglamento contemplado en el artículo 143 de la LPI/1987, que, en su artículo 1.2.II, incluyó entre los cometidos de la Comisión la resolución de conflictos por la interpretación o aplicación general de los contratos generales entre las entidades de gestión y las asociaciones de usuarios o entidades de radiodifusión, lo que parece una primera ampliación de funciones, aunque sobre ello hay dudas.

Ahora bien, sí tuvo lugar, de manera indubitada, una ampliación de funciones al incorporar en 1992 la Directiva 92/100 CE sobre Alquiler, Préstamo y Derechos afines, que preveía un derecho exclusivo de alquiler en favor de diversos titulares, y fue incorporada al Derecho interno por la Ley 43/1995, que Ben lo que aquí interesa- estableció el procedimiento para fijar el nivel de la remuneración equitativa correspondiente a los contratos de cesión o transferencia del derecho de alquiler de fonogramas y grabaciones audiovisuales celebrados con anterioridad al 1 de julio de 1994, (fecha límite para la implementación de la Directiva), de modo que Baun sin consecuencias prácticas- el legislador consideró a la Comisión idónea para la fijación del contenido de un derecho de remuneración, en defecto de acuerdo.

Un año después de la anterior, en 1993, se había aprobado la Directiva 93/83/CEE sobre Radiodifusión por Satélite y Distribución por Cable, que imponía la creación de una instancia mediadora para que cuando no llegue a suscribirse un contrato para la autorización de la distribución por cable de una emisión de radiodifusión las partes puedan recurrir a uno o varios mediadores, lo que se incorporó al Derecho interno también en 1995, por la Ley 28/1995, encomendando la función mediadora a la Comisión, que pasó a ser Mediadora y Arbitral.

Tras esta segunda ampliación de funciones, las reformas posteriores (Texto Refundido de 1996, Ley de 1998, sobre bases de datos) no afectaron a la Comisión, traduciéndose en simples cambios en la numeración de los respectivos artículos.

#### IV. LA NATURALEZA Y COMPOSICIÓN DE LA CMAPI

En cuanto a la naturaleza de la Comisión es un órgano colegiado creado en el Ministerio de Cultura, del que por tanto, depende administrativamente, aunque goza de plena autonomía en su actuación, pues no recibe ni puede recibir instrucciones.

Por lo que atañe a sus normas, el régimen básico de la Comisión se contiene en la propia LPI y en el RD 479/1989 (reformado por RD 1284/1995), y, en lo no previsto, en la Ley 20/1992, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común y en el caso concreto de la función arbitral, con la vigente Ley de Arbitraje.

Si la Comisión fuera un órgano activo probablemente aflorarían problemas de orden procedimental y sobre todo, los que afectan a recursos contra sus actos y decisiones, que deberían de tenerse en cuenta en la reforma habría que tenerlo presente para establecer reglas claras.

Respecto de los aspectos organizativos, en cada asunto en que intervengan, tienen derecho a formar parte de la Comisión dos representantes de las entidades de gestión y otros dos de las asociaciones de usuarios o entidad de radiodifusión. Esta previsión afecta tanto a la mediación como al arbitraje, fijando el reglamento luego la composición de la Comisión distinguiendo dos tipos de miembros: los Árbitros y los representantes de las partes. A esos dos grupos —que implican un máximo de siete y un mínimo de cinco miembros para decidir un asunto— hay que añadir un secretario, sin voz ni voto, que será un funcionario del Ministerio de Cultura.

En cuanto a los árbitros (neutrales) tienen carácter permanente y son designados por el Ministro de Cultura, por períodos de tres años prorrogables. Deben ser juristas. No es imprescindible —aunque sí recomendable— que sean expertos en PI; tampoco abogados en ejercicio (la Ley alemana exige que sean competentes para actuar como jueces, de acuerdo con la Ley judicial alemana). El presidente dirime con su voto los empates y tiene atribuidas algunas funciones propias. Hay algunas cuestiones, por ejemplo, la admisión de los casos que son decididas sólo por los árbitros (permanentes). El estatuto de los árbitros permanentes lo establece el Real Decreto (independencia, neutralidad e imparcialidad...).

Por lo que se refiere a los representantes de las partes. La Ley exige que formen parte de la Comisión. La designación se hace para cada caso y se nombran tras la admisión del asunto. Su presencia tiene aspectos positivos derivados de la especialización, conocimiento del asunto, agilidad y fluidez de las deliberaciones.

Pero también otros extremos pueden resultar problemáticos, como la propia denominación y la naturaleza de estos representantes puesto que, en realidad, no son representantes en sentido técnico ya que intervienen en las deliberaciones y votan, siendo cercanos a la condición de ser árbitros, pero todo ello desde luego, con dos particularidades, como son su propio origen, al ser designados por las partes y la limitación temporal *ad casum*, así como, en segundo lugar, en relación al ejercicio (o no) de la facultad (derecho) de designación, siendo problemático si no se ejerce o también si se ejerce de forma asimétrica.

En todo caso, la previsión de que los representantes formen parte de la Comisión es diferente de la legislación alemana, que prevé que la comisión de arbitraje se compone de un presidente y de dos jueces asociados nombrados por el Ministro de Justicia para un período de cuatro años [renovable], y, al presentar una solicitud, el demandante deberá designar un asesor y otro el demandado (aunque la omisión no paraliza el procedimiento). Tales asesores sin embargo, no son miembros de la Comisión, lo que difiere de la solución española.

El aspecto de mayor relevancia de la Comisión es sin duda el relativo a sus competencias y procedimientos que, a continuación, desarrollaré.

## V. COMPETENCIAS Y PROCEDIMIENTOS ANTE LA CMAPI

De acuerdo con su denominación, la Comisión desempeña dos funciones: mediación y arbitraje o si se quiere, desde el punto de vista del orden cronológico, arbitraje y mediación.

Sin embargo, si atendemos a la normativa, esas dos funciones pasan a ser cuatro, junto con las mencionadas de mediación, en materia de distribución por cable de emisiones de radiodifusión, y arbitraje, en conflictos entre entidades de gestión y asociaciones de usuarios o entidades de radiodifusión, relacionados con el cumplimiento de las obligaciones de la LPI.

Asimismo, se contemplan la fijación de cantidades sustitutorias de las tarifas generales, a efectos de pago bajo reserva o consignación, a solicitud de una asociación de usuarios o de una entidad de radiodifusión, así como la fijación de la remuneración equitativa por alquiler de fonogramas y grabaciones audiovisuales para contratos anteriores al 1 de julio de 1994, siempre que se hubiera cursado la correspondiente solicitud y las partes no hubieran alcanzado ningún acuerdo.

Junto a las funciones arbitral y mediadora, aflora tímidamente una función decisoria para la fijación de cantidades sustitutorias de las tarifas —que queda absorbida por la función arbitral, de la que pasa a ser un incidente— y en un caso, de remuneraciones equitativas en defecto de acuerdo. No obstante, el mismo legislador nunca ha querido encomendar a la Comisión intervención alguna en el caso más conflictivo de remuneración: la copia privada.

## VI. LA FUNCION DE MEDIACIÓN

La mediación como nueva función apareció con la Directiva sobre Satélite y Cable, en la cual se exigía que los Estados garantizaran la posi-

bilidad de recurrir a uno o varios mediadores cuando no llegue a suscribirse un contrato para la autorización de la distribución por cable de una emisión de radiodifusión, encomendándose esta tarea en nuestro país, mediante la Ley de 1995, a la Comisión.

La mediación parece reunir gran cantidad de ventajas, pues es voluntaria, puede abandonarse, no hay imposiciones, es compatible con otros cauces, como el judicial, y hasta, de momento, es gratuita, pero tampoco ha tenido ningún éxito en la práctica.

El primer inconveniente al respecto surge de la exigencia por la Ley de previo sometimiento de las partes, lo que, si bien parece derivarse de la propia evidencia de que no hay mediación si las partes no quieren, sin embargo, ha terminado prevaleciendo como un requerimiento análogo al del arbitraje, por lo cual debería admitirse que la Comisión inicie sus actividades a partir de la petición de una sola de las partes legitimadas con los consecuentes beneficios y así, la Comisión está legitimada para formular propuestas, que pueden entenderse aceptadas si no hay oposición y que, en consecuencia, no pueden responderse con una simple negativa, todo ello sin perjuicio de su consideración como opinión autorizada singularmente, siendo también la propia posición ante la Comisión es también un punto de partida para otros procedimientos.

El segundo escollo viene derivada de la limitación por razón de la materia y al respecto, el ámbito material debería ser similar al del arbitraje teniendo en cuenta que aún cuando se modalizara el propio acceso a la Comisión, con mayor libertad, no habría problemas mayores porque no cabe duda alguna de que la mediación seguiría limitada al caso legalmente previsto, aunque en la práctica se han hecho esfuerzos notables para mediar en otros casos, como en los casos de conflictos entre entidades.

## VII. EL ARBITRAJE

Desde el punto de vista de sus efectos, es la función más relevante pues, como ha dicho reiteradamente el TC, constituye un equivalente

de la función jurisdiccional. Su régimen está en la LPI y el RD 479/1989 y, cuando éstos fallan, en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y sobre todo, al basarse en la expresa voluntad de las partes, no suscita ninguna reticencia especial.

Contra lo que pedía la Moción unánime del Congreso, la Comisión no tiene atribuidas competencias para arbitrar en cualquier conflicto en materia de propiedad intelectual, sino que está limitada objetiva y subjetivamente.

Desde el punto de vista de la exigencia de carácter objetivo, en relación con obligaciones de las entidades de gestión: contratar autorizaciones no exclusivas en condiciones razonables establecer tarifas generales, y celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios, y que, además en cuanto al aspecto subjetivo, es necesario que las controversias tengan lugar entre entidades de gestión y asociaciones de usuarios de su repertorio o entre entidades de gestión y entidades de radiodifusión.

Quizás, teniendo en cuenta que el arbitraje es siempre voluntario, cabría optar por la ampliación de su ámbito.

En lo que respecta al previo sometimiento de las partes, voluntario y escrito, cabría también plantearse si la Comisión puede recibir solicitudes unilaterales, lo que no tiene duda si, en su día, las partes ya previeron un arbitraje, así como si las partes pactan un arbitraje ad hoc surgido el conflicto.

Ahora bien, si no existe convenio inicial (para conflictos futuros) ni actual (para el conflicto ya surgido), quizás podría admitirse una solicitud para que la Comisión la traslade a la otra parte como fomento del arbitraje, que, en cualquier caso, tendría escaso sentido y utilidad.

Sobre la previsión de gratuidad de ciertos arbitrajes institucionales, beneficiaba también al desarrollado por la Comisión, según la Ley de Arbitraje de 1988 que en la actualidad, no aparecer y ya se sabe que el

arbitraje en general no es barato, puesto que hay costes que pueden ser elevados, tales como el alquiler de sala, retribución de los árbitros (...y representantes), secretaría, comunicaciones, etc. Desde luego, que se asuman esos costes por la Administración o que se carguen a las partes, no es una cuestión menor y desde luego, una eventual reforma deberá ocuparse de ella y acaso establecer tasas.

En cuanto a la voluntariedad, en Alemania, encaja en el procedimiento arbitral una propuesta de acuerdo puesto que el procedimiento alemán no concluye con un laudo, sino que se pretende favorecer un acuerdo y, en última instancia, proponérselo a las partes, que, con todo, no están compelidas a asumirlo, no quedando en ningún caso vedada la vía judicial, sino condicionada, puesto que en los casos litigiosos de que trata no podrá presentarse demanda ante las cortes judiciales sino después de que se haya adelantado un proceso ante la comisión arbitral.

En la legislación española quedan algunos rastros de este tipo y, así, se alude a la realización de las reuniones precisas con la finalidad de alcanzar un acuerdo, que debe ser fomentado por la Comisión, si bien en Alemania, cualquiera de las partes puede pedir la intervención de la comisión, mientras que en España, han de hacerlo ambas partes.

Dentro de la función de arbitraje, se atribuye a la Comisión la de fijar una cantidad sustitutoria de las tarifas generales, a efectos del pago bajo reserva o consignación, cuando lo soliciten una asociación de usuarios o una entidad de radiodifusión.

En este caso, es una fijación cautelar, que no resuelve el fondo del asunto, puesto que la Comisión no establece la tarifa, aunque ello ha tenido, a pesar de todo, una gran resistencia, motivada, en el caso de las entidades de gestión, al miedo a una intervención de la Administración, por medio de la Comisión, en la fijación de las tarifas.

En cambio esta función de fijar una cantidad sustitutoria de las tarifas generales, debiera ser muy bien valorada por los usuarios, aunque no se haya aplicado ni una sola vez porque la configuración legal ha hecho de la fijación de cantidades sustitutorias no una función au-



tónoma sino un simple incidente del arbitraje, haciendo de ella en cierto modo un estímulo de éste.

### **VIII. RESULTADO DE LA ACTIVIDAD DE LA CMAPI**

El balance o resultado de la Comisión frente al caso de Alemania es muy escaso; es lo cierto que los balances pequeños, cuando se trata de órganos constituidos para la resolución de controversias, puede ser una excelente noticia. Ahora bien, la conflictividad relacionada con el ejercicio colectivo de los derechos de propiedad intelectual no es menor. Además, hay que destacar su enquistamiento por no contar con todos los cauces de solución adecuados.

Sobre el papel, la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual debería ser un instrumento útil para el buen funcionamiento del sistema.

El caso alemán es de interés porque nuestro modelo de gestión colectiva está inspirado en La Ley alemanana, con una Comisión Arbitral con estructura y cometidos muy parecidos a los de la nuestra, que ha intervenido en un número considerable de asuntos, con más de 100 procedimientos pendientes en el último año, y algunos de los que se concluyeron además de enorme relevancia, como si debe imponerse un gravamen remuneratorio a impresoras o si los PCs debían esta sujetos a remuneración.

En cambio el saldo de la Comisión española es francamente pobre. En algunos procedimientos judiciales o ante el Tribunal de Defensa de la Competencia hay indicios de algún tipo de actuación previa. Pero el número de asuntos en los que ha intervenido en todos sus años de existencia son muy pocos y ninguno de ellos ha concluido en resolución.

Así la Moción que en junio de 2002 aprobó por unanimidad el Congreso de los Diputados:

El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a:

1. Impulsar, a la luz de la experiencia positiva de otros Estados de la Unión Europea, el establecimiento efectivo de un organismo mediador y arbitral de la propiedad intelectual que, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, y previa consulta con los representantes de los titulares de los derechos y de los usuarios, se constituya en mecanismo permanente de comunicación entre los sectores afectados y de resolución de toda clase de controversias en materia de propiedad intelectual y, en lo referente a los derechos de remuneración, con capacidad de dictar resoluciones que podrían tener, o no, carácter vinculante, según los supuestos, y sin perjuicio, en todo caso, de su revisión jurisdiccional.

En la práctica, la Comisión sólo ha sido una mera etapa en el conflicto que mantienen las partes y hasta en muchas oportunidades una oportunidad para hacerse con algún elemento oportuno que les resultase conveniente para después acudir a impetrar tutela en el ámbito judicial o en la esfera administrativa ante las que en el fondo, las partes intentan hacer valer sus derechos de acuerdo con lo que las leyes les permiten y así, no por casualidad, existen, aparte de importantes concomitancias, también notorias disimilitudes entre las leyes española y alemana.

De hecho, en la propia tramitación de la Moción parlamentaria a la que he hecho referencia pueden encontrarse rastros de todos los problemas que latén derivados de la superación de tres importantes impedimentos tanto por la función de las Comunidades Autónomas como por la composición de la Comisión o su cometido:

Así, del inicial de acuerdo con las CCAA en el marco de sus competencias se pasó al sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, e, igualmente, frente a la primera versión en que se aludía a la participación de representantes de los titulares y usuarios y de la Administración, se habla, finalmente, de previa consulta con los representantes de los titulares de los derechos y de los usuarios.

Por lo demás, no se planteó conflicto en que la Comisión fuera una instancia de «mecanismo permanente de comunicación» e incluso que pudiera resolver “toda clase de controversias en materia de propiedad intelectual», centrándose la discusión en la capacidad de dictar resoluciones que se limitó a los derechos de remuneración que podrían tener, o no (de acuerdo con otra enmienda), carácter vinculante, siendo la cuestión central la distinción entre los derechos exclusivos, las tarifas, sólo sujetos al Derecho de la competencia, y los de simple remuneración.

## IX. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

En cuanto al futuro, en el ambicioso Borrador del Ministerio de Cultura en 2003 se procedía a una reforma a fondo de la Comisión, intentando evitar que todas sus intervenciones dependieran del Aprevio consentimiento de ambas partes.

En concreto, se contemplaban la función arbitral, para todos los conflictos en los que fuera parte una entidad de gestión, y la mediadora, aunque en este caso sólo para la distribución por cable, lo que no dejaba de ser curioso.

Asimismo, se incluía la función Decisoria en relación con: (1) Fijación de cantidades sustitutorias de tarifas generales; (2) determinación de derechos de remuneración; y (3) solución de conflictos entre entidades; siempre con posible recurso a la vía judicial contra las decisiones de la Comisión.

Por último, se consideraba la función asesora, en relación con: (1) cuestiones relacionadas con la PI; y (2) remuneración por copia privada (equipos y materiales; montante del canon).

Ello no fue bien acogido por las entidades de gestión, precisamente por el mayor activo que se pretendía a la Comisión y la prevención de que ésta supusiera la intervención de la Administración en el sistema de gestión colectiva.

En el documento de Actuaciones futuras en el ámbito de la propiedad intelectual de febrero de 2005, tras cita de la Moción Unánime del Congreso de junio de 2002 , se pretendía también un Reforzamiento de las funciones de la Comisión para hacer de ella un instrumento ágil y eficaz, que permita una explotación pacífica de los derechos, dotando a sus decisiones de mayor efectividad, sin menoscabo de los recursos judiciales que correspondan.

En tal dirección, la disposición adicional segunda de la actual reforma de la LPI habilita al Gobierno para que, mediante Real Decreto, modifique, amplíe y desarrolle las funciones que la Ley atribuye a la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, que pasará a denominarse Comisión de Propiedad Intelectual, frente a lo cual se pretendía por parte de Izquierda Unida que ello relega su configuración a un posterior desarrollo reglamentario por lo que propuso la supresión de dicha disposición, que el Pleno del Senado rechazó.

En la disposición, entre sus funciones, se especifica que debe incluir, entre otras, las de arbitraje, mediación, fijación de cantidades sustitutorias de tarifas y resolución de conflictos en los que sean parte las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual entre sí o entre alguna o algunas de ellas y una o varias asociaciones de usuarios o entidades de radiodifusión, todo lo cual someto, por supuesto, a cualquier dictamen mejor fundado.