

utilizada por el testador. En particular, en las sustituciones hereditarias o de herencia, el objeto dependerá de la modalidad elegida por el causante a la hora de disponer sus bienes. Específicamente, y pese a cierta resistencia doctrinal y jurisprudencial, en la pupilar y ejemplar, el sustituyente (progenitor o titular de la representación legal) dispone de la totalidad de los bienes del sustituido (menor de catorce años o incapacitado), de modo que en principio, ambas sustituciones afectan a la totalidad del caudal relicto de los sustituidos. En suma, la finalidad perseguida en la sustitución pupilar y ejemplar es evitar la apertura de la sucesión abintestato de los menores de catorce años o de las personas incapacitadas judicialmente y afecta a los bienes relictos del patrimonio del que fuesen titulares.

well-known fact that the scope of the assets covered by instructions concerning heirs varies depending on the institutional category used by the testator. In the substitution of heirs or legacies, the object will depend on the means chosen by the decedent when deciding on the disposal of his or her assets. Specifically, despite certain resistance from legal thought and case-law, in the substitution of a minor and in exemplary substitution, the substitute (parent or legal representative) may dispose of all the assets of the person substituted (child under 14 years of age or incapacitated person). Therefore, in theory, both types of substitution affect the entire estate left to the persons substituted.

1.5. Obligaciones y Contratos

LA TRANSACCIÓN Y EL ARBITRAJE: CONTRATOS PARA EVITAR O PONER TÉRMINO A CONFLICTOS YA INICIADOS

por

ROSANA PÉREZ GURREA
Abogada
Doctorando en Derecho

SUMARIO: I. LA TRANSACCIÓN: 1. CONCEPTO Y ELEMENTOS ESENCIALES. 2. NATURALEZA JURÍDICA Y CLASES. 3. CONSTITUCIÓN: A) *Elementos personales*. B) *Elementos reales*. C) *Elementos formales*. D) *Efectos*.—II. EL ARBITRAJE: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PRINCIPALES MODIFICACIONES DE LA LEY DE REFORMA DE LA LEY 60/2003, DE ARBITRAJE. 3. EL CONVENIO ARBITRAL: A) *Concepto y naturaleza*. B) *Clases*. C) *Constitución*. D) *Efectos*.—III. BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA TRANSACCIÓN

Vamos a estudiar en este trabajo dos modalidades contractuales encuadrables dentro de lo que CASTÁN denomina «contratos dirigidos a la eliminación de una incertidumbre jurídica», y que se caracterizan por tener como objetivo suprimir

y dirimir una controversia surgida o que va a surgir entre las partes como consecuencia de una determinada relación jurídica existente entre ellas (1). Se trata de dos instituciones conocidas como «transacción» y «arbitraje» que pasamos a analizar.

1. CONCEPTO Y ELEMENTOS ESENCIALES

El concepto legal de la transacción lo encontramos en el artículo 1809 del Código Civil: «La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación del pleito o ponen término al que había comenzado». Por lo tanto, el contrato de transacción presupone una controversia y las partes realizan mutuas concesiones con la finalidad de evitar o terminar un pleito. Por ello la transacción es un medio de dirimir conflictos, al igual que el arbitraje, pero a diferencia de este son las partes del conflicto las que llegan a un acuerdo que ponga fin a la situación controvertida.

Para que exista transacción se necesita la concurrencia de los siguientes elementos esenciales:

1. La existencia de una relación jurídica incierta o litigiosa, en relación con ello nos podemos plantear en qué debe consistir la controversia para poder resolverla acudiendo a la transacción y, en mi opinión, debemos interpretarla como la existencia de una disparidad entre las pretensiones de las partes motivada por una distinta interpretación de la relación jurídica controvertida, descartando la necesidad de una situación de duda subjetiva sobre la titularidad de los derechos que se pretenden (2). La incertidumbre no procede de un estado de duda sobre cada una de las pretensiones divergentes, sino que está motivada por la oposición de pretensiones y desavenencia entre las partes (3).

(1) Como señala Silvia BARONA VILAR en el ámbito propio de solución de conflictos pueden señalarse tres escalas:

1. La autotutela, que es la forma más primitiva de resolver un litigio, consistente en «tomarse la justicia por su mano», convirtiéndose así el interesado, en *juez in re propria* e interviniendo desde su egoísmo y parcialidad. Esta manifestación de tutela está prohibida salvo excepciones basadas en la legítima defensa y estado de necesidad.

2. La autocomposición que, partiendo del juego de la autonomía de la voluntad, permite que las partes compongan su conflicto, ya entre ellas, ya con intervención de un tercero cuya decisión no es vinculante para las partes. Encuentran aquí su acomodo algunas actividades que cada vez tienen más aceptación, como las llamadas de «mediación», que consiste en el recurso a un tercero ajeno al conflicto que asume la función de reunir a las partes y ayudar a resolver sus desacuerdos, bien sea un juez, un abogado, etc.

3. La heterocomposición se da cuando el conflicto se somete a un tercero, quedando las partes sometidas al cumplimiento de lo que ese tercero decida. Se presentan aquí dos modalidades: la vía judicial y la vía arbitral.

Así visto, la transacción es una forma de «autocomposición», como el arbitraje lo es de «heterocomposición», en «Naturaleza jurídica del arbitraje», en *Comentarios a la ley de arbitraje*, coordinado por Silvia BARONA, 2004, pág. 60.

(2) Véase GULLÓN BALLESTEROS, A., «La transacción», en *Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*, Tomo XLIII, *Contratos sobre litigios*, vol. II, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1964, pág. 30.

(3) La STS de 3 de mayo de 1958 (RJA 2479) señaló que: «...la transacción versa sobre una cuestión dudosa, lo que ha de entenderse, no por el valor racional de la duda, sino

2. La intención de los contratantes de sustituir la relación dudosa por otra cierta e incontestable. Es el llamado *animus transigendi* que caracteriza este contrato.
3. Las recíprocas concesiones de las partes a través de las cuales las partes pretenden superar el conflicto. De ahí que se afirme que la causa de la transacción consiste en eliminar la relación jurídica incierta, lo cual se logra por medio de mutuas renuncias y reconocimientos (4) y, así las partes en conflicto «evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado», *ex* artículo 1809 del Código Civil.

La misma línea sigue el criterio jurisprudencial existente en la materia que admite la existencia de transacción cuando: «...mediante recíprocas concesiones se elimina el pleito o la incertidumbre de las partes sobre una relación jurídica y su finalidad es eliminar el pleito o evitar su provocación, que es tanto como la incertidumbre de las partes sobre una relación jurídica, ya que no exige rigurosamente la amenaza de un pleito inminente, sino solo su posibilidad, que aparece en cuanto media desacuerdo entre las partes, que fuera susceptible de provocarlo» (5); cuando las partes celebran el contrato: «...para poner fin a una relación jurídica incierta (*res dubia*) y por lo tanto al conflicto de intereses que entre los otorgantes existía respecto a la naturaleza del título» (6); se conecta: «...no solo con el supuesto de poner fin a un pleito comenzado, sino asimismo al de buscar una fórmula, dando, prometiendo o reteniendo, que evite su revocación futura...» (7). Se configura así la finalidad de poner término a una relación jurídica incierta (*res dubia*) como la causa de la transacción (8).

Ambas partes reciben y dan «alguna cosa», término que no debemos entender en sentido estricto, sino comprendiendo cualquier tipo de prestación, incluidas las de hacer o no hacer, las partes se sacrifican y obtienen algo a cambio, de ahí su carácter bilateral y oneroso, las concesiones que se hacen pueden consistir en recíprocas renuncias parciales lo que conlleva a su vez reconocimientos parciales, o en la renuncia por parte de una de ellas de sus pretensiones a cambio de una contraprestación.

Las concesiones recíprocas no tienen que ser necesariamente equivalentes, las cuales pueden tener importancia y valor desigual y, de acuerdo con el criterio jurisprudencial, tampoco es necesario que tengan un contenido patrimonial, ya que se admite la validez del convenio transaccional cuando los sacrificios son de orden moral (9).

por su valor real, nacido de la contradicción de juicio de las partes, cualquiera que sea el fundamento con que respectivamente se contradicen o disienten».

(4) GULLÓN, *ob. cit.*, pág. 35.

(5) STS de 8 de marzo de 1962 (*RJA* 1229).

(6) STS de 14 de mayo de 1982 (*RJA* 2572).

(7) STS de 18 de septiembre de 1984 (*RJA* 4899).

(8) STS de 20 de diciembre de 2001 (*RJA* 352).

(9) Véanse las SSTS de 14 de marzo de 1955 (*RJA* 765), 30 de septiembre de 1989 (*RJA* 69729), 4 de abril de 1991 (*RJA* 2634), 6 de diciembre de 1993 (*RJA* 8618), y 30 de junio de 2001 (*RJA* 4982).

2. NATURALEZA JURÍDICA Y CLASES

Ha sido muy discutido doctrinalmente si la transacción tiene naturaleza declarativa o si tiene alcance novatorio, de manera que se produzca la extinción de la relación jurídica, sustituyéndola por otra nueva. La tradición romanista fundada en el Derecho justiniano y el viejo aforismo *transigere est alienare* otorgaba a la transacción naturaleza traslativa, con la consecuencia de producir efectos novatorios y de servir de título a la usucapión y a la acción publiciana. Actualmente la mayoría de la doctrina (10) considera que la transacción pura tiene un carácter meramente declarativo, no constitutivo o traslativo de derechos, si bien en la práctica presenta una naturaleza mixta ya que a los pactos puramente declarativos se añaden otros de clara trascendencia novatoria; este criterio se encuentra confirmado con carácter jurisprudencial por la RDGRN de 6 de diciembre de 1947, según la cual: «La transacción como contrato, implica un acuerdo de voluntades entre las partes para zanjar las diferencias existentes entre ellas y evita que surja un pleito o pone fin al que había comenzado; cuando es pura tiene un carácter declarativo de la propiedad, no traslativo ni constitutivo de derechos, goza de la autoridad de la cosa juzgada».

En definitiva, para los autores partidarios de la teoría declarativa, que me parece la más acertada, la transacción no crea derechos, sino que su función se ciñe a la fijación convencional de los mismos por obra de las partes, que declaran con un valor vinculante de la extensión que ha de darse a la fuente de la relación jurídica controvertida. La transacción viene a ser una nueva fuente de la relación, no en el sentido de que sustituye a la primitiva, sino que coexiste con ella aclarándola. Los derechos y obligaciones de las partes no tienen su causa en la transacción en sí, sino en la fuente primaria que ha sido completada, de esta manera la relación jurídica se presenta como cierta e incontrovertida (11).

(10) PELÁEZ, Francisco J., «Para la inmensa mayoría de la doctrina moderna es declarativa, fundada (según los pandectistas alemanes y buena parte de los autores del mismo país) en que en ella no hay intención recíproca de transferir o adquirir la propiedad y, lo que se renuncia no es la cosa o derecho, sino la pretensión», en *La transacción: Su eficacia procesal*, Bosch, Casa Editorial, S. A., 1987, pág. 93.

(11) Por su parte, GULLÓN propone un nuevo enfoque de la concepción declarativa: «La teoría clásica del acto declarativo solo veía en la transacción su aspecto negativo, su no creación de derechos, su referirse a otros anteriores. De ahí que envolviese ficticiamente la idea de la declaratividad con la idea de la retroactividad. Como en la partición, el reconocimiento de deuda, la sentencia. Ahora bien: conviene separar ambas ideas, porque la retroactividad no va implícita en la declaratividad, sino en el reconocimiento. En este solo se comprueba o constata un acto anterior. Vive de este y para este. Por tanto, sus efectos son retroactivos, datados del derecho reconocido. El reconocimiento no introduce más novedad que el propio reconocer. Por eso la transacción se hacía retroactiva y quedaba ayuna de efectos positivos. Miraba al pasado y no al futuro. Pero los derechos transigidos no necesitan confirmación ni reconocimiento, sino liberación del obstáculo de la pretensión contraria. El acto declarativo, además de permitir el ejercicio del derecho, suele precisar sus cualidades y contornos, determinar su alcance: se pone o se suprime una condición, se recortan su vigencia y efectos. La impronta constitutiva es una determinación. El derecho, en algo impreciso, se fija y concreta. Es un efecto constitutivo y complementario, de alcance dispositivo», en *La transacción. Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*, Tomo XLIII, Madrid, 1964, pág. 71.

Moxó RUANO (12) prefiere la concepción de la transacción como un negocio ni declarativo ni constitutivo, sino más bien «determinativo», ubicándolo así en una categoría general de contratos llamados de «reglamentación» o «regulación» o «especificación», en la que también se encuentran los contratos de participación, división, regulación de comunidad, relaciones de vecindad, estatutos de sociedades, etc.

En definitiva, la causa fundamental de la transacción es poner fin a una situación de conflicto sin necesidad de acudir a los Tribunales: lo que CARNELUTTI llama «composición de la litis».

En la jurisprudencia no encontramos una formulación tan clara como se pretende hacer a nivel teórico, hay varias sentencias que se limitan a declarar que la transacción «sustituye una relación jurídica dudosa por otra cierta», «que su designio es poner fin a la incertidumbre», entre otras SSTS de 9 de marzo de 1948, 30 de marzo de 1950, 14 de mayo de 1952, 20 de abril de 1955, 3 de mayo de 1958 y 26 de junio de 1969, si bien no aclaran cómo se realiza la sustitución: si por extinción de la relación primitiva o por nacimiento de una nueva que ocupa el puesto de la antigua, es decir, estas sentencias simplemente dejan claro que al transigir la situación originaria se extingue quedando sustituida por una nueva.

En cuanto a las CLASES DE TRANSACCIÓN, la doctrina reconoce diversas clases, siendo las más comunes las siguientes:

A) *Propia e impropia*

La propia es aquella llevada a efecto por los mismos contratantes y la define el artículo 1809 del Código Civil. La segunda se da cuando, sin reunir los requisitos del arbitraje, se encomienda a un tercero. La jurisprudencia ha declarado que la intervención de ese tercero no afecta a la esencia y naturaleza de la transacción, ya que tal intervención ni está prohibida por la Ley ni se sujeta a formalidades especiales (13).

B) *Pura y compleja*

La transacción puede ser pura o compleja según tenga por objeto las mismas prestaciones controvertidas o se involucren bienes y servicios distintos a los controvertidos.

(12) Moxó RUANO, «Notas sobre la naturaleza de la transacción», en *Revista de Derecho Privado*, 1950, pág. 688.

(13) La sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de junio de 1968, se refiere al supuesto de transacción impropia, al encomendar a un tercero las divergencias sobre el saldo definitivo de unas obras: «...por lo que la estipulación concertada en aquellos documentos escapa de los límites dentro de los cuales el compromiso se configura en nuestro Derecho positivo, para asemejarse más bien al llamado arbitraje al que alude el artículo 1477 del Código Civil y, sobre todo a la transacción impropia que reconoce la sentencia de 20 de octubre de 1952 en la que la intervención de un tercero no afecta para nada a su esencia y naturaleza». Esta clase de transacción ha sido reconocida con anterioridad en sentencias de 25 de abril de 1902, 10 de marzo de 1912, 20 de octubre de 1952, y 20 de octubre de 1962, entre otras.

ALBADALEJO (14) señala que cabe calificar a la transacción de pura si las recíprocas concesiones de las partes recaen sobre los derechos controvertidos, es la que define el artículo 1809 del Código Civil. Será compleja cuando para llegar a un acuerdo se compensa a una de ellas (o a ambas) con cosas o derechos extraños a la controversia; en definitiva, las partes sacrifican algo distinto de sus pretensiones.

C) *Judicial y extrajudicial*

La transacción puede ser judicial o extrajudicial, según que trate de poner fin a un pleito ya comenzado o evitar que se inicie uno nuevo.

El artículo 1816 *in fine* del Código Civil presume una bipartición en la transacción diciendo: «No procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial». Algunos autores han querido ver confirmada la mencionada distinción en el artículo 1809 del Código Civil, entendiendo que de la definición legal se desprende que la transacción puede tener una doble finalidad: evitar la provocación de un pleito o poner término al que había comenzado.

Como señala GÓMEZ ORBANEJA (15), la transacción judicial no entra en juego sino en el segundo supuesto: tiene que haber un pleito comenzado. Ello es condición necesaria pero no suficiente. En la inmensa mayoría de los pleitos en los que hay transacción, el contrato es extrajudicial: suelen pedir las partes de acuerdo, la suspensión para negociar el contrato y una vez celebrado este, o dejan que caduque la instancia, o bien desisten de la demanda o de la acción, o bien ponen en conocimiento del juez la transacción».

La LEC regula la transacción judicial diciendo en su artículo 19 que: «los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero». Lógicamente ese acuerdo transaccional habrá de tener acceso a los autos para que pueda calificarse de transacción judicial.

3. CONSTITUCIÓN

A) *Elementos personales*

La transacción se celebra entre los sujetos que son parte de la relación jurídica controvertida, por sí mismos y en su propio nombre o por sus representantes legales o voluntarios. Cuando la transacción se celebre por un representante voluntario no es suficiente un poder general de representación, ya que el artículo 1713.2 del Código Civil exige para ello poder expreso.

Los requisitos de capacidad para transigir son los mismos que para enajenar en base a la máxima romanista *transigere est alienare*, si bien la doctrina ha matizado esta equiparación entre transigir y enajenar, señalando que el término

(14) Vid. ALBADALEJO, *Derecho Civil*, Tomo II, vol. II, Barcelona, 1977, pág. 439.

(15) GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, vol. I, Madrid, 1979, pág. 406.

alienare significa disponer, de manera que los sujetos de la transacción deben tener la libre disposición sobre el derecho objeto de transacción.

Así GULLÓN (16) señala que el aforismo *transigere est alienare* puede ser cierto, «siempre y cuando interpretemos con arreglo a la técnica jurídica que el *alienare* significa disposición, ya que la salida de un derecho de nuestro patrimonio y su entrada en otro, es el máximo acto de disposición que puede hacerse, pero no son términos sinónimos o con el mismo contenido, enajenación y disposición. Así pues, tendríamos que cuando nuestro Código se refiere a enajenación, lo que está indicando es que quiere ver en el transigente la capacidad de disposición sobre el derecho, objeto de la misma».

Las reglas sobre capacidad para transigir recogidas en los artículos 1810 a 1812 del Código Civil se refieren a supuestos específicos.

Así el artículo 1810 del Código Civil señala: «Para transigir sobre los bienes y derechos de los hijos bajo patria potestad se aplicarán las mismas reglas que para enajenarlos», lo que nos remite al artículo 166 del Código Civil, que exige en general, causa justificada de utilidad o necesidad y licencia judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.

Por su parte, el menor emancipado podrá transigir por sí solo en las materias no sujetas a las limitaciones del artículo 323 del Código Civil y necesitará en los demás casos el complemento de capacidad de los padres o del curador.

El artículo 1811 del Código Civil dice: «El tutor no puede transigir sobre los derechos de la persona que tiene en guarda, sino en la forma prescrita en el presente Código», en relación con el artículo 271.3 del Código Civil, que exige al tutor la autorización judicial para «transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado».

Por último, las personas jurídicas de interés público y base corporativa (corporaciones que tengan personalidad jurídica conforme al art. 1812 CC) pueden transigir en la forma y con los requisitos que necesiten para enajenar de acuerdo con su normativa propia.

B) *Elementos reales*

El objeto de la transacción es la situación o relación jurídico-material controvertida. Esto es así en todo caso: «Tanto en el de la transacción pura y simple, en el que el causal de las recíprocas concesiones se refiere al ámbito de la misma situación o relación jurídica discutida, como en el de la transacción mixta o compleja, en la que el término objetivo se amplía, al poder consistir las recíprocas concesiones en dar, prometer o retener cada una de las partes también alguna cosa ajena a la situación controvertida, aunque con el propósito funcional de superar la contienda sobre esta» (17).

La inseguridad del presupuesto transaccional no puede referirse nunca, como señala la sentencia del TS de 6 de noviembre de 1965, al elemento objetivo de la relación. La doctrina general sobre el objeto del contrato, que también es aplicable a la transacción, establece que la transacción ha de recaer sobre un objeto cierto que sea materia del mismo, el cual ha de ser real o posible, lícito y determinado o susceptible de determinación.

(16) GULLÓN, *ob. cit.*, pág. 86.

(17) Vid. LUNA, «La ineficacia de la transacción», en *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, Tomo XXIII, Madrid, 1980, págs. 114 y 115.

CASTÁN afirma que pueden ser materia de este contrato todos los derechos controvertidos o dudosos, siempre que por ser de interés privado y estar en el comercio de los hombres sean susceptibles de disposición y de renuncia por los particulares. Por razón de esta regla general de libre disponibilidad, el artículo 1814 del Código Civil excluye como objeto de transacción el estado civil de las personas, las cuestiones matrimoniales y los alimentos futuros, aunque también podríamos añadir la legítima futura, la herencia futura, los derechos de la personalidad, los derechos de uso y habitación y, en general cualquier otra materia indisponible.

La STS de 28 de mayo de 1992 declaró que: «en aquellas contiendas en las que está comprometido el interés u orden público, las partes no son absolutamente dueñas de poder disponer a través de la conciliación de los derechos o intereses en conflicto. Pues bien, dentro del estándar «orden público» hay que reputar hoy incluidas las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales».

Conviene hacer algunas puntualizaciones sobre la prohibición establecida en el artículo 1814 del Código Civil. Con relación al estado civil de las personas, no puede ser objeto de transacción por ser materia de orden público, sin embargo es posible transigir sobre las consecuencias de naturaleza patrimonial que puedan derivarse del mismo. La STS de 13 de septiembre de 1966, con cita de la sentencia de 17 de junio de 1944, señala que: «...si bien no se puede transigir sobre el estado civil de la persona, el ámbito de aplicación del precepto no se extiende a las consecuencias de naturaleza puramente patrimonial que de tal estado puedan derivarse, que revisten carácter privado y que no afectan al orden ni al interés público».

Respecto a las cuestiones matrimoniales, proponemos una interpretación restrictiva considerando dentro de la prohibición la transacción sobre el vínculo matrimonial, no así las cuestiones puramente patrimoniales.

Con relación a los alimentos, hay que indicar que se refiere a los que tienen origen legal (STS de 3 de marzo de 1967), y no pueden ser objeto de transacción los futuros ni el derecho mismo a exigirlos, pero sí las pensiones alimenticias atrasadas y no satisfechas ex artículo 151.2 del Código Civil. También puede ser objeto de transacción la cuantía en que hayan de prestarse los alimentos cuando haya nacido el derecho a exigirlos, si bien en el caso de que hayan cambiado las condiciones de alimentista y/o alimentante, la transacción celebrada no impedirá que pueda revisarse dicha cuantía (STS de 25 de noviembre de 1985).

También por tratarse de materia disponible, el artículo 1813 del Código Civil permite la transacción que recaiga sobre la indemnización por los daños derivados de un delito a cambio de la renuncia al ejercicio de la acción civil correspondiente, sin que ello suponga la extinción de la acción penal.

C) *Elementos formales*

No se establece ningún requisito formal entre las normas reguladoras del contrato de transacción por lo que habrá de estarse a las reglas generales de los artículos 1278 y 1280 del Código Civil. Todo ello sin perjuicio de los requisitos formales que para su validez y eficacia exijan los contratos que se derivan de la transacción y de otros efectos de la escritura pública, como los ejecutivos, traditorios y de acceso al Registro.

El TS se ha pronunciado sobre la innecesariedad de forma en la transacción: así la STS de 29 de abril de 1966 (RJA 2170) señala que: «la naturaleza contractual

de la transacción viene proclamada por el artículo 1809 del Código Civil y su finalidad esencial no es otra que la de dirimir divergencias entre las partes, en la forma y modo que convengan quienes la conciernen, sin que en ningún precepto del ordenamiento legal se impongan para su existencia y validez, requisito alguno relativo a la forma, pues de lo prevenido en el Capítulo I, Título XIII, Libro IV del Código Civil, solo se infiere que en algunos supuestos podrá ser necesario el otorgamiento de escritura pública y, siempre conveniente el empleo de la forma escrita, pero sin que sea óbice a su eficacia el hecho de que se hayan convenido verbalmente, en tanto y cuanto no concurran todos los elementos necesarios para la existencia de los contratos en general y la circunstancias legales específicas reguladoras de la transacción» (18).

En relación con la interpretación de la transacción, el artículo 1815 del Código Civil contiene una norma específica referida a la determinación del objeto y, limita los efectos de la transacción a los objetos expresados determinadamente en ella o que por una inducción necesaria de sus palabras deban reputarse comprendidos en la misma. La renuncia general de derechos se entiende solo de los que tienen relación con la disputa sobre la que ha recaído la transacción. Es frecuente la cláusula transaccional en cuya virtud las partes hacen constar que renuncian a cualquier reclamación o indemnización por daños y perjuicios que pudieran corresponderles en relación con la cuestión debatida.

D) *Efectos*

El artículo 1816 del Código Civil señala que: «La transacción tiene para las partes la autoridad de cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial».

En base al tenor literal de este artículo, la transacción se asimila a una sentencia, ya que «tiene la autoridad de cosa juzgada». La equiparación con la sentencia ha sido cuestionada por la doctrina y la jurisprudencia porque la transacción por su naturaleza contractual produce los efectos propios de todo contrato: desde su perfección las partes quedan obligadas al cumplimiento de lo expresamente pactado y a las demás consecuencias conforme a la ley, los usos y la buena fe; su eficacia se despliega en el ámbito de las partes y de sus causahabientes, pero no es oponible frente a terceros; evita o pone término a un litigio, pero es susceptible de impugnación por vicios del consentimiento (art. 1817 CC) o resolución por incumplimiento; también puede declararse su nulidad de oficio y no es título ejecutivo, salvo que se trate de una transacción homologada judicialmente (19).

(18) En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 11 de marzo de 1991 (RJA 2211), y 30 de junio de 1996 (RJA 6079).

(19) La STS de 30 de enero de 1999 afirma: «En relación con la eficacia de cosa juzgada que el artículo 1816 del Código Civil atribuye a la transacción entre las partes, declaró la sentencia de 26 de abril de 1963 que: «ha de entenderse e interpretarse en el sentido de que una vez acordada la transacción, no será lícito exhumar pactos o cláusulas, vicios o defectos, posiciones o circunstancias afectantes a las relaciones jurídicas cuya colisión o incertidumbre generó el pacto transaccional, sino que será este, y solo él, quien regula las relaciones futuras insitas en la materia transigida, bien integren esta la ratificación, modificación o extinción de todas o alguna parte de aquellas o la creación de otras distintas, y por ende, los efectos de la cosa juzgada se manifestarán en el absoluto respeto a la nueva

La fuerza ejecutiva o «vía de apremio» es inherente a la transacción judicial. La transacción extrajudicial solamente la tendrá cuando se haya otorgado en escritura pública (art. 517.4 LEC), ya que los demás documentos a los que la ley procesal atribuye fuerza ejecutiva no son susceptibles de acoger una transacción.

El incumplimiento de lo pactado en la transacción faculta a las partes para solicitar la resolución por incumplimiento, con el consiguiente nacimiento de la cuestión litigiosa, salvo en la transacción judicial, ya que al equiparse a la sentencia es irrevocable, a diferencia del ámbito extrajudicial en el que existe reciprocidad de prestaciones y donde carece de sentido acudir a un procedimiento extrajudicial para ejecutar lo que se convino (STS de 11 de junio de 1987).

El contrato de transacción está sujeto a las mismas causas generales de invalidez que afectan a todo contrato, por lo tanto es anulable por falta de capacidad de obrar plena y por concurrir alguno de los vicios de la voluntad que invalidan los contratos. Así el artículo 1817.1 del Código Civil se remite al artículo 1265 del Código Civil para disponer que la transacción puede impugnarse cuando el consentimiento prestado por alguno de los que transigen está viciado por error, dolo, violencia o falsedad de documento.

La doctrina tradicionalmente ha venido distinguiendo entre el *error in caput controversum* y el *error in caput non controversum*, el primero recae sobre la cuestión controvertida e incierta que se solventa con la transacción, y el segundo recae sobre circunstancias o elementos de la relación jurídica que se han dado por supuestos y luego resultan ser inexactos. La opinión mayoritaria entiende que cuando el error recae sobre el punto o cuestión controvertida, no cabe anular la transacción por error, en cambio sí cabe impugnarla cuando concierne a una cuestión no discutida y transigida.

La jurisprudencia no distingue entre *error in caput controversum* o *in caput non controversum* a la hora de apreciar la ineficacia de la transacción por esta causa. En los casos de transacción sobre indemnización por daños, donde con frecuencia se alega el error, simplemente se afirma que es ineficaz si la situación tomada como base firme no corresponde a la realidad y la incertidumbre nació sin conocimiento de la situación verdadera. Este es el criterio que sigue nuestra jurisprudencia en SSTS de 27 de mayo de 1982, 23 de febrero de 1995 y 20 de diciembre de 2000, entre otras.

Los dos artículos siguientes tratan de defender la eficacia de la transacción frente a posibles supuestos que pudieran afectarla, así el artículo 1818 del Código Civil señala que: «El descubrimiento de nuevos documentos no es causa para anular o rescindir la transacción, si no ha habido mala fe», y el artículo 1819 del Código Civil dice: «Si estando decidido un pleito por sentencia firme, se celebra transacción sobre él por ignorar la existencia de la sentencia firme alguna de las partes interesadas, podrá esta pedir que se rescinda la transacción. La ignorancia de una sentencia que pueda revocarse, no es causa para atacar la transacción».

En opinión de GULLÓN BALLESTEROS (20), la transacción otorgada por las partes, sabiendo que hay sentencia firme, es nula por falta de causa, ya que no hay

situación y en el escrupuloso cumplimiento de las obligaciones fijadas en la transacción, pero sin que esto quiera decir que tales obligaciones, en orden a su cumplimiento o incumplimiento, se rijan por normas distintas a las establecidas con carácter general, ya que eso requeriría un precepto legal de excepción que la ley no establece, ni se deduce de sus preceptos», doctrina reiterada en sentencias de 20 de abril de 1989, 29 de noviembre de 1991 y 6 de noviembre de 1993.

(20) Vid. GULLÓN BALLESTEROS, *ob. cit.*, pág. 41.

incertidumbre jurídica. Si bien como señala GOMÁ SALCEDO (21), es de suponer que lo que quiere decir este autor es que será nula como tal transacción, sin negar la eficacia de un negocio jurídico querido por las partes y al que habrá que buscar una causa diferente. Sin embargo, aun así parece admisible que las partes no se conformen con la decisión judicial y prefieran sustituirla por otra que les parezca más acomodada a sus intereses, lo que entra dentro de lo que llamamos «renovatio contractus» o «negocio de fijación».

II. EL ARBITRAJE

1. INTRODUCCIÓN

Es la segunda modalidad de lo que antes hemos denominado «contratos dirigidos a poner fin a una incertidumbre jurídica», su nombre clásico procede del Derecho romano *compromittere*, que lo llamó así porque al ser este contrato en aquel ordenamiento un simple pacto carente de acción, las partes habían de reforzar su eficacia obligándose ambas conjuntamente a pagar una multa o prestación si no acataban el laudo (22).

En la actualidad el arbitraje ha visto revitalizado su papel e importancia, ello puede venir motivado por la rapidez que aporta, frente a la lentitud del proceso y sus elevados costes, razones que han facilitado su auge y potenciación hasta el punto de que en los últimos años asistimos a una proliferación de regulaciones en la materia, no solo a nivel interno sino también a nivel supranacional.

La expansión del arbitraje se ha visto favorecida por los Estados y las instituciones comunitarias, que ven en estos medios de resolución de conflictos el cauce adecuado para aliviar la sobrecarga de trabajo de los tribunales.

ALMAGRO NOSETE (23) se refiere al arbitraje como una institución netamente procesal, que no se confunde con el proceso jurisdiccional estatal y necesitado de una tutela jurisdiccional propia y diferenciada donde el proceso arbitral y el proceso jurisdiccional, ambos declarativos, coinciden y se unifican en el proceso jurisdiccional de ejecución.

El arbitraje se encuentra regulado en la Ley de 26 de diciembre de 2003, que deroga la anterior de 1988, con esta Ley se ha perseguido fundamentalmente basar el régimen jurídico español de arbitraje en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 21 de junio de 1985: «teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional». Reconoce la Exposición de Motivos que esta Ley no responde plenamente a los cánones tradicionales de nuestro ordenamiento, pero cree que su aceptación facilitará las relaciones con operadores pertenecientes a áreas económicas con las que España mantiene activas y crecientes relaciones comerciales.

El ámbito de aplicación de la Ley se determina con carácter territorial. Como señala su artículo 1, se aplica a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del te-

(21) GOMÁ SALCEDO, J. E., *Instituciones de Derecho Civil, Común y Foral*, Tomo II, ed. Bosch, 2005, pág. 852.

(22) Vid. SOHM, Rodolfo, *Instituciones de Derecho Privado romano. Historia y sistema*. Traducción española, 1936, pág. 416.

(23) ALMAGRO NOSETE en su manual de *Derecho Procesal*, Tomo I, *Proceso Civil*, vol. II, ed. Trivium, Madrid, 1996, págs. 342 a 344.

rritorio español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de que algunos de sus preceptos [forma, medidas cautelares, ejecución forzosa, *exequá-tur*] se apliquen también a los arbitrajes cuyo lugar radique en el extranjero (24)] y, dejando a salvo lo establecido en tratados de los que España sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje.

Cuando estaba terminando de redactar este artículo, he visto que el Congreso ha dado luz verde a la Ley de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional de la Administración General del Estado, que entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el *BOE*, por lo que voy a exponer brevemente las líneas básicas de la nueva normativa.

La finalidad de la nueva norma es impulsar los sistemas alternativos de resolución de conflictos o controversias, reduciendo así la carga de trabajo de los tribunales a la vez que los costes. También otorga mayor rapidez y conformidad con la resolución por laudo, al haber sido dictado por árbitros designados por las partes. Con la reforma se pretende potenciar el uso del arbitraje y reforzar la posición internacional de España como corte de arbitraje, sobre todo en relación con los países iberoamericanos.

2. PRINCIPALES MODIFICACIONES DE LA LEY DE REFORMA DE LA LEY 60/2003, DE 23 DE DICIEMBRE, DE ARBITRAJE

Las principales ideas de la nueva regulación podemos enumerarlas como sigue:

1. Las funciones de apoyo y control judicial del arbitraje se atribuyen a las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, que incluye el nombramiento judicial de los árbitros, el conocimiento de la acción de anulación del laudo y el *exequá-tur* de laudos extranjeros, que hoy corresponden a los Juzgados de primera instancia y de lo Mercantil. Por lo tanto, se eleva el nivel de los órganos judiciales que realizan tales funciones y se potencia la uniformidad de criterio, lo que redunda en una mayor previsibilidad de las decisiones. Internacionalmente esta medida es valorada muy positivamente, ya que atribuir las decisiones jurisdiccionales derivadas del arbitraje, en especial el reconocimiento de laudos extranjeros a tribunales superiores, supone elevar de rango la institución arbitral.
2. Se modifica el tratamiento judicial de la existencia de una cláusula arbitral, la cual deja de ser una falta de jurisdicción o competencia que haya de ponerse de manifiesto mediante declinatoria, para tratarse como una excepción procesal, cuya tramitación resulta más funcional para los arbitrajes tanto nacionales como internacionales.

(24) La Ley opta por lo que ella misma llama «sistema monista», en virtud del cual se aplican los mismos preceptos al arbitraje internacional y al interno. Como señala su Exposición de Motivos: «...esta ley parte de la base de que una buena regulación del arbitraje internacional ha de serlo también para el arbitraje interno y viceversa. La Ley Modelo, dado que se gesta en el seno de la CNUDMI/UNCITRAL, está concebida específicamente para el arbitraje comercial internacional; pero su inspiración y soluciones son perfectamente válidas en la mayoría de los casos para el arbitraje interno».

3. Se incluye también la posibilidad de arbitraje en el ámbito societario en materia de impugnaciones sociales, reconociendo el arbitraje estatutario para las sociedades de capital.
4. Se refuerza tanto la capacidad, la responsabilidad y las incompatibilidades de los árbitros, así como el papel de las instituciones arbitrales en aras a potenciar su independencia y la transparencia de su labor. La reforma respeta el régimen de los arbitrajes de consumo, a las que las previsiones de la Ley de Arbitraje se aplican tan solo supletoriamente.
5. Se introducen modificaciones de carácter formal en los laudos, haciendo explícito que el árbitro podrá dejar constancia expresa en el laudo de su voto a favor o en contra, en los laudos desaparece la mención a los votos particulares y se pasa a exigir en todo caso la motivación de los mismos.
6. Se simplifica la tramitación de la acción de anulación de los laudos definitivos y se incorpora como novedad una solución rápida a los supuestos de extralimitación parcial del laudo.
7. Se incorporan las entidades públicas a los sistemas alternativos de resolución de controversias con renuncia a cualquier otra vía jurisdiccional o administrativa. A través de una Disposición Adicional bajo el título «Controversias jurídicas en la Administración General del Estado y sus Organismos públicos», se establece un procedimiento arbitral para resolver las controversias entre la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos. Este procedimiento será de aplicación a las sociedades mercantiles estatales y fundaciones del sector público estatal con sus organismos de tutela o matrices.
Quedan fuera de este procedimiento las cuestiones de naturaleza penal, responsabilidad contable, conflictos de atribuciones y las cuestiones derivadas de las actuaciones de la Intervención General del Estado.
8. Por último, se modifica la vigente regla de nulidad del convenio arbitral en caso de concurso de acreedores por la de su vigencia, sin perjuicio de que el juez del concurso pueda anularlo en caso de perjuicio para los acreedores.

3. EL CONVENIO ARBITRAL

A) *Concepto y naturaleza*

El convenio arbitral es el acuerdo por virtud del cual las partes de una relación jurídica determinada, contractual o no contractual, manifiestan su voluntad de someter las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir de aquella relación a la decisión de uno o más árbitros, con el propósito de resolver la controversia jurídica existente entre ellas. Este acuerdo puede manifestarse a través de un contrato independiente de la relación jurídica origen de la controversia o bien como cláusula de un contrato principal *ex artículo 9.1 LA*.

En cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje se han defendido las tesis contractualista y jurisdiccional, ya que si bien desde ambas posturas se reconoce su origen en la autonomía de la voluntad, dotan de un componente jurisdiccional al arbitraje la eficacia del laudo y las garantías del procedimiento arbitral en el que quedan al margen de la voluntad de las partes los principios esenciales del proceso. La mayoría de los autores consideran que se trata de un contrato, opinión que comproto, aunque no faltan quienes resaltan el aspecto marcadamente

jurisdiccional de esta figura, en este sentido la STC de 4 de octubre de 1993 indica que su naturaleza es la de ser «un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil».

Entre ambas teorías se situó la llamada Teoría Mixta, iniciada por CARNELUTTI y seguida por PRIETO-CASTRO y RAMOS. Para sus partidarios el arbitraje es un equivalente jurisdiccional a través del que se pueden obtener los mismos objetivos que los perseguidos por la jurisdicción civil y señalan que si bien la institución arbitral es un negocio de derecho privado, su desarrollo ulterior requiere una actividad jurisdiccional conducente a la obtención del laudo.

Como señala XIOL Ríos (25), «frente a posiciones iniciales que defendían el carácter del arbitraje como un equivalente jurisdiccional, la doctrina y la jurisprudencia han ido evolucionando, subrayando la naturaleza contractual del arbitraje, sin perjuicio de admitir el carácter jurisdiccional de sus efectos como elemento esencial de la institución dentro del marco legal».

Por su parte, LORCA NAVARRETE (26) sostiene la naturaleza eminentemente procesal de esta institución al señalar: «pese a la existencia de dos teorías básicamente contrapuestas y las mixtas (la llamada naturaleza jurisdiccional del arbitraje de un lado y de otro la contractual) lo que importa es la actividad que resuelve la cuestión litigiosa. Esta actividad es la que se corresponde con la existencia de un debido proceso sustantivo arbitral a partir de la cual se puede establecer la más variada sofisticación de técnica procedural. Por ello el resultado final es procesal (sustantivo) y técnico formal a la vez (procedimental). La función que asume el árbitro es procesal pero no jurisdiccional».

Asimismo se ha señalado que la elección por el legislador del término *convenio arbitral* en lugar de *contrato de arbitraje* no tiene ninguna trascendencia jurídica (27), ya que lo importante es determinar si son aplicables con carácter subsidiario a dicho convenio las reglas generales de los contratos, lo cual se afirma en atención a su naturaleza contractual. La expresión «convenio arbitral» engloba tanto el acuerdo independiente de las partes de someter a la decisión de uno o más árbitros las controversias derivadas de una relación jurídica determinada como la cláusula incorporada a un contrato. En este último caso, se consagra la autonomía de la cláusula arbitral o, como indica la Exposición de Motivos, la regla de la separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal, regla que se recoge en el artículo 22.1 LA al disponer que el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considera un acuerdo independiente y la nulidad del contrato declarada por los árbitros no conlleva por sí sola la nulidad del convenio arbitral.

La autonomía de la cláusula arbitral incorporada a un contrato se debe a la distinta finalidad que tienen una y otro. Se trata de dos declaraciones de voluntad con diferente alcance, por lo que se califica de contrato independiente que tan solo formalmente aparece unido a otro.

(25) XIOL Ríos, J. A., *El arbitraje y los Tribunales de Justicia*. Ponencia de 9 de febrero de 2007 en el Club Español del Arbitraje.

(26) LORCA NAVARRETE, A., «Algunas propuestas acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje», en *Diario La Ley*, 2003.

(27) DÍEZ PICAZO, L., *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, coordinados por Julio González Soria, ed. Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 101.

B) *Clases*

De derecho y de equidad

En el arbitraje de Derecho, los árbitros han de ajustarse en el laudo a las normas jurídicas, mientras que en el de equidad resuelven según su saber y entender. En la Ley de 1988 se daba preferencia al arbitraje de equidad, ya que el arbitraje de Derecho solo procedía cuando las partes optaban por él expresamente. En cambio, en la Ley de 2003 se ha invertido la presunción ya que como tipifica el artículo 34.1: «Los árbitros solo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello».

Nacional e internacional

El arbitraje puede ser nacional o internacional. Tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes (28).
- b) Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a este, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimane la controversia o el lugar con el que esta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios.
- c) Que la relación jurídica de la que dimane la controversia afecte a intereses del comercio internacional.

El arbitraje interno se desarrolla bajo una cobertura constituida por la ley estatal que corresponda, mientras que para el arbitraje internacional el artículo 34.2 establece: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el arbitraje sea internacional, los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas».

El artículo 46 regula el *exequátur* de laudos extranjeros, entendiendo por tales los pronunciados fuera del territorio español y se remite al Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras hecho en Nueva York en 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros.

(28) Si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral; y si una parte no tiene ningún domicilio, se atenderá a su residencia habitual. Como señala la Exposición de Motivos, con esta norma se pretende evitar la confusión que la pluralidad de domicilios de una persona podría causar a la hora de determinar si un arbitraje es internacional o no.

Directo o indirecto

En el arbitraje directo, las partes encomiendan a un árbitro la solución de la controversia, mientras que en el indirecto delegan esta función en una institución o se acogen a un reglamento a través del cual se actúa el mecanismo arbitral; como nos indica el artículo 4, cuando la ley deja a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esta facultad comprenderá la de autorizar a un tercero, incluida una institución arbitral, a que adopte una decisión.

C) *Constitución*

a) Elementos personales

Los sujetos otorgantes del convenio arbitral son las partes de la relación jurídica de la que hayan surgido o puedan surgir controversias que quedan sometidas por virtud del convenio a arbitraje.

En cuanto a la capacidad de las partes para celebrar el convenio arbitral, la LA no contiene ninguna norma sobre esta cuestión, sin embargo y dado que el convenio arbitral tiene naturaleza contractual, se exige la capacidad general para contratar *ex artículo 1263 del Código Civil*. Considero que las partes pueden celebrar el convenio arbitral por medio de representante, pero siempre con mandato expreso.

En el caso de que el convenio arbitral se celebre por un menor emancipado, su eficacia queda supeditada al complemento de capacidad *ex artículo 323 del Código Civil*, es decir, necesita el consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, el de su curador. De la misma manera para someter a arbitraje controversias que afecten a los bienes y derechos del menor sometido a patria potestad, se entiende necesaria la previa autorización judicial. Con relación al tutor, el artículo 271.3 del Código Civil dice que el tutor necesita autorización judicial para someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviera interesado.

Además de los requisitos de capacidad, el artículo 2.1 de la LA establece como requisito de legitimación que las partes tengan la libre disposición sobre las materias controvertidas o susceptibles de controversia.

b) Elementos reales

El convenio arbitral tiene por objeto alguna o todas las controversias surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales y siempre que recaigan sobre materias de libre disposición conforme a derecho.

La controversia objeto del convenio arbitral puede ser actual o futura, es decir, determinable, pero surgida de una relación jurídica determinada que puede dar lugar a controversias y, en previsión de ello someten su solución a arbitraje. Lo importante es que la relación jurídica no esté absolutamente indeterminada, siendo nulo el convenio arbitral en el que se someten a arbitraje todas las controversias que surjan de relaciones jurídicas futuras, nulidad que está justificada por suponer dicho acuerdo una renuncia a la tutela judicial efectiva establecida en el artículo 24 de la CE.

Ha suscitado muchas discusiones la validez de la cláusula estatutaria de una sociedad mercantil que somete a arbitraje la impugnación de acuerdos sociales,

esta cuestión se plantea porque la regulación de esta materia tiene carácter imperativo, de donde derivaría su indisponibilidad y, por tanto, su exclusión del arbitraje. La jurisprudencia admite la validez de la cláusula arbitral inserta en los estatutos sociales, así la STS de 18 de abril de 1988 señala: «La posibilidad de incluir una cláusula de convenio arbitral en los estatutos de una sociedad mercantil, los cuales quedan integrados en el contrato, es indudable pese a que en los últimos tiempos ciertas posiciones doctrinales lo han discutido. La validez de la cláusula estatutaria que contiene el convenio arbitral que mantiene claramente esta Sala, también ha sido compartida por la RDGRN, de 19 de febrero de 1988: ...si se configura como estatutario (el convenio arbitral) y se inscribe, vincula a los socios presentes y a los 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 en la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria». Con relación al inconveniente derivado de la imperatividad, sigue diciendo: «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 empece el carácter negocial y, por tanto dispositivo, de los mismos».

En el mismo sentido, la STS de 30 de noviembre de 2001, admite la validez de la cláusula de los estatutos de una sociedad por la que se someten a arbitraje las cuestiones litigiosas que pudiera provocar la interpretación y aplicación de los estatutos, incluyendo cuestiones sobre disolución y liquidación de la sociedad. También la STS, de 26 de julio de 2003, entiende que es válido el convenio arbitral celebrado para someter a arbitraje las controversias que pueden surgir entre los socios.

La Ley de Reforma de la Ley de Arbitraje que se acaba de aprobar incluye muy acertadamente, a mi entender, la posibilidad de arbitraje en el ámbito societario en materia de impugnaciones sociales, reconociendo el arbitraje societario para las sociedades de capital; para ello introduce dos nuevos artículos 11 bis y 11 ter, diciendo el primero, bajo la rúbrica de arbitraje estatutario: «1. Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen. 2. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá la mayoría legal reforzada del artículo 199.b) de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. 3. Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral».

c) Elementos formales

La LA requiere la constancia de la voluntad de las partes del conflicto de someterlo a arbitraje manifestada en el convenio arbitral. Esta finalidad está

presente en la regulación de los requisitos formales del convenio arbitral y deben interpretarse de conformidad con este criterio antiformalista que la Ley ha consagrado, tal y como se expresa en el apartado III de la Exposición de Motivos cuando afirma que: «...la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral se superpone a los requisitos de forma».

Una manera de constatar la voluntad de las partes es la constancia por escrito del convenio arbitral, como se infiere del artículo 9.3 de la LA al establecer que el convenio arbitral deberá constar por escrito, entendiéndose por tal no solo un documento firmado por las partes, sino también un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de comunicación que dejen constancia del acuerdo. También se considera cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo (29).

Esta forma escrita se ha interpretado como requisito de validez del convenio arbitral, de manera que su falta es causa de anulación del laudo. Este requisito de forma escrita se ha justificado en la finalidad de garantizar que las partes tengan conciencia de que voluntariamente han sometido su conflicto a arbitraje, si bien también se ha señalado que la forma escrita funciona como medio de prueba y su conveniencia reside en el hecho de que la agilidad en la resolución de la controversia debe ser una de las características esenciales del arbitraje (30).

El convenio arbitral puede presentarse como un contrato independiente o como cláusula incorporada a un contrato, pero si este contrato es de los considerados como de adhesión, la interpretación del convenio arbitral se ajustará a las normas que rigen la interpretación de los contratos de adhesión. Se consagra también la validez de la llamada cláusula arbitral «por referencia», es decir, la que no consta en el documento contractual principal, sino en un documento separado, pero se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo.

De todo lo dicho, cabe afirmar que la Ley de Arbitraje, lo que exige es la forma escrita del consentimiento de las partes. Si bien autores como GÓMEZ JENÉ (31) plantean dos supuestos en los que, pese a faltar dicho requisito, se puede afirmar la validez del convenio arbitral. El primero de ellos es aquel en que una de las partes de un contrato recurre al arbitraje de forma unilateral y la otra no contesta posteriormente. Así entendido, la ausencia de consentimiento escrito de las partes determinaría la inexistencia del convenio arbitral, no obstante hay que tener en cuenta que cuando en atención a las circunstancias del caso concreto se tenga la certeza, de que la parte que no contestó posteriormente conocía la existencia

(29) Como vemos, si bien es necesario que el medio empleado debe dejar constancia documental del convenio arbitral, ello no significa que siempre tenga que ser escrita, sino que también se considera cumplido este requisito de forma cuando aquél conste y sea accesible para su ulterior consulta en un soporte electrónico, óptico o de otro tipo, lo que puede implicar una constancia verbal. De ahí que autores como DIEZ PICAZO señalen que la ley introduce una posible excepción a la regla general de forma escrita y que en tal caso, no se plantearía un problema de validez, sino de autenticidad del soporte, en *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, coordinados por Julio GONZÁLEZ SORIA, Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 107.

(30) BERCOVITZ, RODRIGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Arbitraje, Ley 36/1988, de 5 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 72.

(31) GÓMEZ JENÉ, M., *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, coordinados por David Arias Lozano, Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 86-88.

del convenio arbitral, debe admitirse la validez de este. El segundo de los casos se plantea con respecto a la validez del convenio arbitral que forma parte de un documento gestionado por una sociedad de mediación. La constatación de que las partes tuvieron voluntad de someterse a arbitraje puede alcanzarse si esa forma de contratar es la habitual en las relaciones comerciales de las partes o se adecúa a los usos comerciales del sector implicado.

Finalmente indicar que el arbitraje puede también instituirse por testamento para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia *ex artículo 10 de la Ley de Arbitraje* (32).

D) *Efectos*

El convenio arbitral tiene un efecto negativo consistente en la expulsión de los Tribunales del Estado y un efecto positivo que se basa en el despliegue del procedimiento arbitral.

El 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 (33), así se infiere del artículo 11 de la Ley de Arbitraje.

La Ley de reforma de la misma añade un párrafo segundo a este artículo diciendo que el plazo para la proposición de la declinatoria será dentro de los quince primeros días del plazo para contestar a la demanda en las pretensiones que se tramiten por el procedimiento del juicio ordinario, o en los quince primeros días posteriores a la citación para la vista, para las que se tramiten por el procedimiento del juicio verbal.

Con relación al primero de los efectos señalados, la vigente Ley de Arbitraje no exige que en el convenio arbitral se exprese la obligación de cumplir la decisión arbitral, exigencia que establecía la derogada LA y que fue criticada por ser innecesaria, ya que dicha obligación queda implícita e integrada en el consentimiento contractual.

En realidad las partes no tienen obligaciones en sentido estricto por haber sometido sus controversias a arbitraje, salvo la de pagar costas, sino que tienen más bien facultades o cargas que la Ley de Arbitraje otorga o impone respectivamente. Así están facultadas para impugnar el convenio arbitral, renunciar al arbitraje, hacerlo valer por medio de declinatoria, solicitar la adopción de medidas cautelares, encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a una institución arbitral, determinar el procedimiento de recusación de los árbitros y el procedimiento al que deben ajustarse, la clase de arbitraje, el plazo para dictar laudo y la anulación del laudo, entre otras.

(32) Esta disposición lleva implícita la clásica de «prohibición de la intervención judicial en la testamentariedad» dentro de los límites que la ley establece. Vid. VERDERA SERVER, R., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinados por Silvia Barona, 2004, pág. 426.

(33) Pero no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a este concederlas. Como señala la Exposición de Motivos, es un corolario del denominado efecto negativo del convenio arbitral, que impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje. De esta manera, la intervención judicial en los asuntos sometidos a arbitraje ha de limitarse a los procedimientos de apoyo y control, expresamente previstos por la ley.

El efecto negativo de impedir el conocimiento judicial de las controversias sometidas a arbitraje no deriva de forma automática del convenio arbitral, ya que su existencia y validez no evita que una de las partes interponga demanda ante la jurisdicción ordinaria sobre la misma controversia sometida a arbitraje ni tampoco obliga al juez a que se abstenga de oficio de conocerla. La falta de jurisdicción del tribunal ante el que se interpuso la demanda podrá hacerse valer a instancia de parte en forma de excepción a través de la declinatoria. Si el tribunal estimase la declinatoria por haberse sometido la cuestión a arbitraje, lo declarará mediante auto y se sobreerá el proceso en base a lo dispuesto en el artículo 65.2 LEC.

III. BIBLIOGRAFÍA

- ALBADALEJO, M.: *Derecho Civil*, Tomo II, vol. II, Barcelona, 1977.
- ALMAGRO NOSETE: *Derecho Procesal*, Tomo I, Proceso Civil, vol. II, ed. Trivium, Madrid, 1996.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje, Ley 36/1988, de 5 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 1991.
- *Tratado de Contratos*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 3717 a 3829.
- BONACHERA VILLEGAS, R.: *Los arbitrajes especiales*, Thomson Reuters, ed. Aranzadi, 2010.
- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J.: «Naturaleza y ámbito del arbitraje en la Ley 60/2003. Asistencia judicial al arbitraje», en *Diario La Ley*, año XXVIII, núm. 6745, 2007.
- COLLANTES GONZÁLEZ, J. L.: *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, Palestra Editores, 2007.
- CUCARELLA GALIANA, L. A.: *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje)*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2004.
- DÍEZ PICAZO, L.: *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, coordinados por Julio González Soria, ed. Aranzadi, Navarra, 2004.
- GÓMEZ JENÉ, M.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, coordinados por David Arias Lozano, Aranzadi, Navarra, 2005.
- GÓMEZ ORBANEJA: *Derecho Procesal Civil*, vol. I, Madrid, 1979.
- GÓMEZ SALCEDO, J. E.: *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*, Tomo II, ed. Bosch, 2005, págs. 844-874.
- GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L.: *El control judicial del arbitraje*, ed. La Ley, Madrid, 2008.
- GILLÓN BALLESTEROS, A.: «La transacción», en *Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil*, Tomo XLIII, *Contratos sobre litigios*, vol. II, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1964.
- LÓPEZ BARBA, E.: *El contrato de transacción. Su resolución por incumplimiento*, ediciones Laborum, Murcia, 2001.
- LÓPEZ MEDEL, J.: «Acceso al Registro de la Propiedad de las cláusulas, convenios y laudos arbitrales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 679, 2003.
- LORCA NAVARRETE, A.: «Algunas propuestas acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje», en *Diario La Ley*, 2003.
- Moxó RUANO: «Notas sobre la naturaleza de la transacción», en *Revista de Derecho Privado*, 1950.
- PELÁEZ, FRANCISCO, J.: *La transacción: Su eficacia procesal*, Bosch, Casa Editorial, S. A., 1987.

PERALES VISCASILLAS, P.: *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral. Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, Thomson Civitas, editorial Aranzadi, 2005.

SOHM, R.: *Instituciones de Derecho Privado romano. Historia y sistema*, traducción española, 1936.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 25 de abril de 1902.
- STS de 10 de marzo de 1912.
- STS de 17 de junio de 1944.
- STS de 9 de marzo de 1948.
- STS de 30 de marzo de 1950.
- STS de 14 de mayo de 1952.
- STS de 20 de octubre de 1952.
- STS de 14 de marzo de 1955.
- STS de 20 de abril de 1955.
- STS de 3 de mayo de 1958.
- STS de 8 de marzo de 1962.
- STS de 20 de octubre de 1962.
- STS de 6 de noviembre de 1965.
- STS de 29 de abril de 1966.
- STS de 13 de septiembre de 1966.
- STS de 3 de marzo de 1967.
- STS de 10 de junio de 1968.
- STS de 26 de junio de 1969.
- STS de 14 de mayo de 1982.
- STS de 27 de mayo de 1982.
- STS de 18 de septiembre de 1984.
- STS de 11 de junio de 1987.
- STS de 18 de abril de 1988.
- STS de 20 de abril de 1989.
- STS de 30 de septiembre de 1989.
- STS de 25 de noviembre de 1985.
- STS de 11 de marzo de 1991.
- STS de 4 de abril de 1991.
- STS de 29 de noviembre de 1991.
- STS de 28 de mayo de 1992.
- STS de 6 de noviembre de 1993.
- STS de 6 de diciembre de 1993.
- STS de 23 de febrero de 1995.
- STS de 30 de junio de 1996.
- STS de 30 de enero de 1999.
- STS de 20 de diciembre de 2000.
- STS de 30 de junio de 2001.
- STS de 30 de noviembre de 2001.
- STS de 20 de diciembre de 2001.
- STS de 26 de julio de 2003.
- RDGRN de 6 de diciembre de 1947.
- RDGRN de 19 de febrero de 1988.

RESUMEN

TRANSAKCÓN
ARBITRAJE

En este trabajo vamos a analizar dos modalidades contractuales encuadrables dentro de lo que Castán denomina «contratos dirigidos a la eliminación de una incertidumbre jurídica» y que se caracterizan por tener como objetivo suprimir y dirimir una controversia surgida o que va a surgir entre las partes como consecuencia de una determinada relación jurídica existente entre ellas. Primero se analiza la transacción aludiendo a su concepto, naturaleza jurídica y clases, así como a su constitución y sus efectos y, en segundo lugar, estudiamos el arbitraje cuyo papel e importancia se ha visto revitalizado en la actualidad, analizando su concepto, naturaleza, régimen jurídico y efectos, así como los criterios jurisprudenciales sentados en la materia.

ABSTRACT

TRANSACTION
ARBITRATION

This paper analyses two types of contracts that may be placed within the framework of what Castán terms «contracts intended to eliminate a point of legal uncertainty». Such contracts are characterised by their objective, which is to quash and settle a controversy that has arisen or will arise between the parties as a consequence of a certain legal relationship existing between them. First, the transaction is analysed. The concept of the transaction, the legal nature of the transaction, the classes of transactions and the creation and effects of transactions are discussed. Second, arbitration (a procedure whose role and importance have now been revitalised) is studied. The concept, nature, laws and effects of arbitration and the criteria case-law has established concerning arbitration are analysed.

1.6. Responsabilidad Civil

LA OBJETIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES: ACOSO ESCOLAR, CAUSA ADECUADA Y DAÑO MORAL EN CENTROS DOCENTES

por

M.^a FERNANDA MORETÓN SANZ

Profesora Contratada Doctora del Departamento de Derecho Civil de la UNED

y

PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ

Profesora Titular de Universidad de Derecho Civil de la UNED

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO: LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.—II. NEXO CAUSAL Y SUPUESTOS DE ACOSO EN LA EDUCACIÓN PÚBLICA: AGRESIONES DENTRO Y FUERA DEL CENTRO Y CULPA *IN VIGILANDO, IN ELIGENDO O IN ORGANI-*